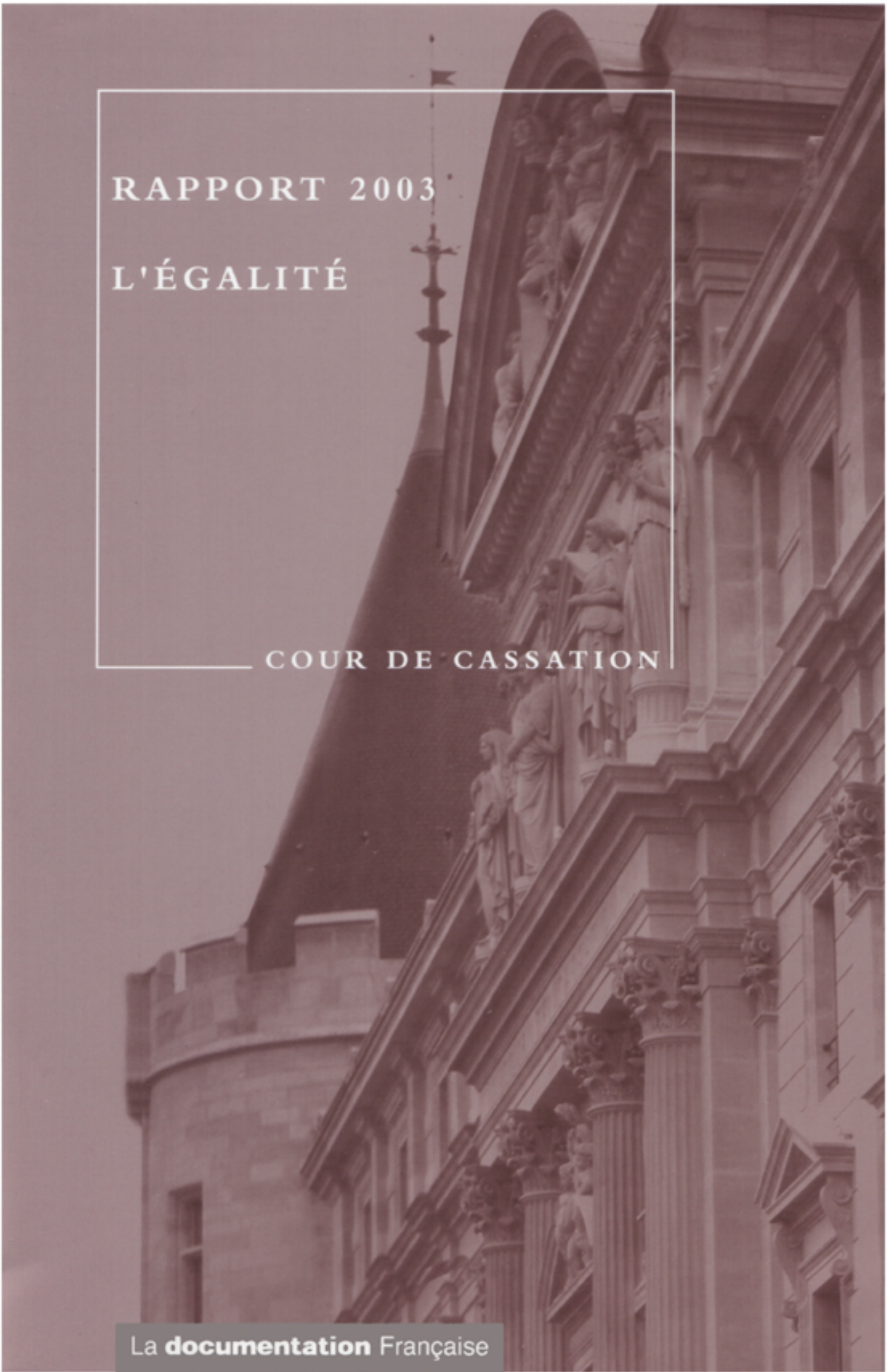


RAPPORT 2003

L'ÉGALITÉ

COUR DE CASSATION

La **documentation** Française

RAPPORT
DE LA COUR
DE CASSATION
2003

“Il y a, pour toute la République, une Cour de cassation”

Article L. 111-1 du Code de l’organisation judiciaire

Ayant constaté que des études ou des commentaires d'arrêts avaient été reproduits sans son autorisation, la Cour de cassation, qui entend mettre fin à ces pratiques illégales, rappelle que celles-ci sont constitutives de contrefaçon. Toute nouvelle infraction serait poursuivie comme telle.

Décret n˚67 - 1208 du 22 décembre 1967, portant application de la loi n˚67 - 523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation (art. R. 131 - 12 et R. 131 - 13 du Code de l'organisation judiciaire) :

"Article 12. - *Il est fait rapport annuellement au garde des Sceaux, ministre de la Justice, de la marche des procédures et de leurs délais d'exécution".*

"Article 13. - *Le premier président et le procureur général peuvent appeler l'attention du garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur les constatations faites par la Cour à l'occasion de l'examen des pourvois et lui faire part des améliorations qui lui paraissent de nature à remédier aux difficultés constatées".*
paraissent de nature à remédier aux difficultés constatées."

" En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur.

Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre".

© La Documentation Française - Paris, 2004

ISBN : 2-11-005598-7

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
- M. le Conseiller référendaire Trassoudaine
- Mme le Conseiller référendaire Coutou

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 Lyon-Caen
- M. le Conseiller référendaire Leblanc
- M. le Conseiller référendaire Liffran

Chambre Criminelle :

- M. l'Avocat général Di Guardia
- Mme le Conseiller référendaire de la Lance
- M. le Conseiller référendaire Samuel
- M. le Conseiller référendaire Lemoine

Service de documentation et d'études :

- M. le Conseiller Lesueur de Givry

SOMMAIRE

Pages

Première partie :
Suggestions de modifications législatives ou réglementaires 5

Deuxième partie :
Études et documents 14

Discours prononcés lors de l'audience solennelle
de début d'année judiciaire le 9 janvier 2004 par :

-- M. Jean-François BURGELIN,
Procureur général près la Cour de cassation 15

- M. Guy CANIVET,
Premier président de la Cour de cassation 24

1. Études sur le thème de l'égalité 33

2. Études diverses 172

Troisième partie :
La jurisprudence de la Cour 247

Quatrième partie :
L'activité de la Cour 524

Table des matières 618

———

Première partie

SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

I. SUIVI DES SUGGESTIONS DE RÉFORME

Le Comité de suivi, composé des membres du Bureau de la Cour de cassation ainsi que du directeur des affaires criminelles et des grâces et du directeur des affaires civiles et du Sceau, s'est réuni en 2003 afin d'examiner les suites éventuellement données aux propositions de réforme des textes de nature législative et réglementaire figurant dans les rapports annuels de la Cour de cassation.

Le rapport de l'année 2002 a maintenu un certain nombre de propositions de réforme précédemment formulées et a par ailleurs présenté de nouvelles suggestions.

Bilan sur les propositions de réforme relevant du domaine pénal :

Une réunion qui s'est tenue le 17 décembre 2003 avec la Direction des affaires criminelles et des grâces a permis de faire le point sur les modifications législatives retenues par le Gouvernement et figurant dans le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité alors en cours de discussion au Parlement.

Par cette loi, définitivement votée mais non encore promulguée au jour de la rédaction de ce bilan, un recours étant pendant devant le Conseil constitutionnel, il a été donné suite à la plupart des propositions de réforme figurant dans le rapport 2002.

Tel est le cas des propositions de réforme issues de rapports antérieurs à 2002 visant à modifier les articles 41-4, 82-3,115, 206 et 612-1 du Code de procédure pénale.

La nécessité de refondre les règles relatives à la représentation et à l'assistance par un avocat devant les juridictions pénales a également été prise en compte par le législateur ; la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité modifie en effet les articles 410 et suivants du Code de procédure pénale, tirant ainsi les conséquences de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 2 mars 2001 duquel il résulte que "*le droit au procès équitable et le droit de tout accusé à l'assistance d'un défenseur s'opposent à ce que la juridiction juge un prévenu non comparant non excusé sans entendre l'avocat présent à l'audience pour assurer sa défense"* (cf. rapport annuel 2001, p. 568 et suiv.).

De même ont été modifiées, dans le sens préconisé par le rapport annuel 2001, les dispositions du Code de l'organisation judiciaire relatives à la réparation d'une détention (articles L. 141-1 et L. 141-2).

S'agissant des nouvelles propositions de réforme suggérées dans le rapport 2002, on relèvera qu'a été inséré dans le Code de procédure pénale un article 212-2 nouveau qui permet à la chambre de l'instruction, sur réquisitions du procureur général, de prononcer une amende civile contre une partie civile dont la constitution a été abusive ou dilatoire.

Le législateur, suivant en cela une nouvelle proposition du rapport 2002, a également modifié l'article 500-1 du Code de procédure pénale afin d'assurer la pleine efficacité du désistement d'appel en matière correctionnelle.

A enfin été supprimée l'obligation de prêter serment pour la personne gardée à vue en application de l'article 154 du Code de procédure pénale ; toutefois, le fait qu'elle ait été entendue après avoir prêté serment ne constitue pas une cause de nullité de la procédure.

La proposition visant à la modification de l'article 339 du Code de procédure pénale relatif à l'audition des témoins devant la cour d'assises n'a en l'état pas été prise en compte ; elle est maintenue par le Bureau.

Enfin, la proposition visant à étendre la procédure du pourvoi en cassation avec représentation obligatoire est également maintenue.

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

D'une réunion qui s'est tenue le 12 janvier 2004 avec la Direction des affaires civiles et du Sceau, ressortent les éléments suivants :

Sur les propositions de réforme issues de rapports antérieurs à 2002, il apparaît que, sur divers sujets, l'accord des autres départements ministériels intéressés n'a pu être obtenu ; il en est ainsi de la question des recours en matière d'aliments, de la responsabilité du titulaire de la garde d'un immeuble ou de biens immobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance. Cette dernière proposition figurant dans tous les rapports annuels depuis 1991, le Bureau décide de la retirer eu égard à l'impossibilité manifeste de parvenir à une réforme en ce sens.

La modification de l'article 1648 du Code civil pourrait figurer dans le texte qui transposera la directive CE n° 1999-44 du 25 mai 1999. On notera que la directive en cause n'est pas visée dans le projet de loi portant habilitation du Gouvernement à transposer par ordonnances des directives communautaires qui vient d'être adopté en première lecture par le Sénat.

S'agissant de l'instauration d'un double degré de juridiction en matière d'élections professionnelles et de désignation des représentants du personnel ou des représentants syndicaux, le ministère de la justice indique qu'il

conviendrait, avant de s'engager dans une telle réforme, de rechercher son incidence sur la charge nouvelle qu'elle induira pour les cours d'appel.

S'agissant de deux importantes questions de procédure, il est précisé, en premier lieu, qu'un projet de décret a été préparé par la chancellerie relatif à la procédure civile qui étend la procédure du pourvoi en cassation avec représentation obligatoire à un certain nombre de matières dont la matière prud'homale ; la proposition d'unification des délais de dépôt du mémoire ampliatif et du mémoire en défense dans toutes les matières, que le pourvoi soit régi par la procédure avec représentation obligatoire ou par la procédure sans représentation obligatoire (rapport annuel 2002 p.14), est maintenue mais, du fait de la réforme envisagée, son domaine d'intervention devrait être réduit.

En second lieu, il est indiqué qu'un autre projet de décret a été élaboré qui porte réforme de la procédure d'expropriation afin de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, jurisprudence dont la Cour de cassation a au demeurant pris acte (arrêts CEDH, 24 avril 2003, Yvon c.France et Civ 3ème, 2 juil. 2003).

Quant aux nouvelles propositions de réforme figurant dans le rapport 2002, deux d'entre elles donnent lieu à des discussions interministérielles : il s'agit de la modification de l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989 et de celle de l'article L. 261-11 du Code de la construction et de l'habitation.

Quant à la proposition de modification de l'article L. 122-32-9 du Code de travail, elle devrait être suivie d'effet.

Enfin, sur la question de la responsabilité des parents du fait des actes dommageables commis par leurs enfants vivant avec eux, le ministère de la justice fait part de sa position réservée quant à la création d'une nouvelle assurance obligatoire. Le Bureau a décidé de ne pas maintenir cette suggestion.

Sont maintenues par le Bureau les propositions sur la prescription en matière d'assurance (voir notamment rapport 2002 p.14) et sur la modification des articles 2262 et 2270-1 du Code civil (voir rapport 2002 p.15).

II. SUGGESTIONS NOUVELLES

Textes dont la modification est suggérée

1. Abrogation de la loi du 30 mai 1857 . . . . . 1 0

Procédures orales 1 1

3. Saisine pour avis de la Cour de cassation 1 2

Exposé des motifs

PREMIÈRE SUGGESTION

Abrogation de la loi du 30 mai 1857

Dans son article 1er, la loi du 30 mai 1857 autorise les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation du Gouvernement belge et qui l'ont obtenue, à exercer leurs droits et à ester en justice en France en se conformant aux lois de l'Empire (aux lois françaises).

L'article 2 soumet à un décret rendu en Conseil d'Etat auquel il faut assimiler les conventions internationales depuis un arrêt de la Cour de cassation du 19 mai 1863 (Civ. 19 mai 1863, Bull. n° 97, p. 146) l'autorisation pour une société de capitaux étrangère bénéficiant de la personnalité morale dans son ordre juridique d'ester en justice en France.

De tels décrets ont été pris peu après la promulgation de la loi. Ils concernent la Turquie, l'Egypte, le Portugal, le Luxembourg, la Suisse, l'Espagne, la Grèce, la Grande Bretagne et les Pays Bas.

La Cour de cassation a pallié l'absence de décrets ou de conventions concernant les autres Etats en reconnaissant le droit d'ester en justice aux personnes morales étrangères non autorisées au sens de la loi du 30 mai 1857 en vertu des dispositions des articles 6-1 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14 de son premier protocole additionnel.

Elle a ainsi jugé que ces dispositions ayant en vertu de l'article 55 de la Constitution une valeur supérieure à la loi interne du 30 mai 1857, toute personne morale, quelle que soit sa nationalité avait droit au respect de ses biens et à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial (Crim., 12 nov. 1990, Bull. n° 377). La première chambre civile a décidé que "c'est sans empiéter sur l'action réglementaire ou diplomatique du Gouvernement.... mais en se fondant sur l'autorité, supérieure à la loi du 11 juin 1857 des dispositions de la Convention européenne et de son protocole additionnel que toute personne morale, quelle que soit sa nationalité, pouvait agir en justice de France pour la protection de ses biens et intérêts" (Civ. 1ère, 25 juin 1991, Bull. n° 207).

Par un arrêt du 15 novembre 1994 publié au bulletin nº 335 p.275, la

chambre commerciale a approuvé une cour d'appel qui après avoir retenu qu'aucune distinction n'était faite par la Convention européenne des droits de l'homme selon que la personne morale a ou non la nationalité d'un Etat contractant en a déduit qu'une société, bien qu'elle ait son siège dans un Etat non partie à la Convention, a la capacité d'agir devant une juridiction française.

La chambre commerciale s'est de nouveau prononcée sur cette question le 8 juillet 2003 (Bull. n°) pour décider que les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de son protocole additionnel ayant une valeur supérieure à la loi interne, une société de droit guinéen pouvait ester en justice en France nonobstant les dispositions de l8 loi du 30 mai 1857.

Il serait donc souhaitable, pour assurer la compatibilité d'une loi interne aux normes internationales, que la loi du 30 mai 1857 soit abrogée.

DEUXIÈME SUGGESTION

Les procédures orales

Devant de nombreuses juridictions civiles, telles que les tribunaux d'instance, les tribunaux de commerce, les conseils de prud'hommes, les tribunaux des affaires de sécurité sociale, les tribunaux paritaires des baux ruraux, les juridictions des référés, les juges taxateurs, ou encore les cours d'appel statuant en matière de droit du travail ou de sécurité sociale, le droit positif consacre la primauté du débat oral sur l'écrit. En outre, selon la jurisprudence, les moyens retenus par la décision ou soulevés d'office par le juge sont présumés, sauf preuve du contraire, avoir été débattus contradictoirement à l'audience devant les juges du fond, ce qui est une source d'insécurité juridique critiquée par la doctrine.

Si ce n'est la reconnaissance prétorienne de rares effets autonomes, de nature purement procédurale, les écritures des parties ou de leur conseil, traditionnellement appelées "conclusions", ne peuvent en effet, actuellement, être prises en compte que sous la double condition d'une comparution ou d'une représentation de la partie à l'audience, et d'une reprise, au moins formelle, à l'audience.

Il est ainsi devenu paradoxal que l'oralité, qui était originellement conçue comme une facilité donnée aux parties, se retourne contre elles, les obligeant notamment, dans des litiges généralement sans grande incidence pécuniaire, à financer soit des déplacements, parfois nombreux et lointains, soit leur représentation sur place par un professionnel du droit.

Une réforme réglementaire, concernant en particulier les articles 727, 843, 871, 882 et 946 du nouveau Code de procédure civile, et l'article R. 516-7 du Code du travail, serait donc souhaitable pour permettre au juge, dans le nécessaire respect du principe de la contradiction, de prendre en compte, tant en demande qu'en défense ou même en intervention, les écrits des parties, selon les différentes modalités induites par les évolutions sociologiques et les technologies contemporaines (lettres missives, télex, télécopies, courriers électroniques,....).

Il faut noter qu'une telle possibilité est prévue dans la procédure devant le juge de l'exécution (décret du 31 juillet 1992, art. 13 et 14). Dans cette procédure - qui est orale - les parties ont en effet la faculté d'exposer leurs moyens par une lettre adressée au juge - sous réserve d'en communiquer la teneur à la partie adverse - et elles ont la possibilité, en ce cas, de ne pas se présenter à l'audience.

SUGGESTION FORMULÉE PAR LE PARQUET GÉNÉRAL

Saisine pour avis de la Cour de cassation

Aux termes de l'article 1031-1 du nouveau Code de procédure civile :
"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 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.
"Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet. Il sursoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3".

Saisie à plusieurs reprises de demandes d'avis dans lesquelles le ministère public n'avait pas été avisé par le juge préalablement à sa décision de saisine, la Cour de cassation a déclaré n'y avoir lieu à avis (avis du 8 mars 1996, Bull. n° 2 ; avis du 27 juin 1994, Bull. n° 17 ; avis du 29 novembre 1993, Bull. n° 14).

De même la Cour de cassation avait eu l'occasion de déclarer qu'il n'y avait pas lieu à avis quand la communication au ministère public était postérieure à la demande d'avis (avis du 27 juin 1994, Bull. n° 15).

Statuant le 1er décembre 2003 sur une demande d'avis formulée par le tribunal de grande instance de Paris le 6 septembre 2001, pour laquelle le ministère public n'avait pas été avisé par le juge préalablement à sa décision de saisine, la Cour de cassation n'a pas, contrairement à sa jurisprudence antérieure, constaté l'irrecevabilité de la demande de ce chef.

Dans ces conditions, il apparaîtrait souhaitable que l'article 1031-1 du nouveau Code de procédure civile et son pendant en matière pénale, l'article 706-56 du Code de procédure pénale, soient modifiés pour faire de la consultation préalable du ministère public à la demande de saisine pour avis de la Cour de cassation, une condition de recevabilité de la demande, tant en matière civile que pénale.

Deuxième partie

ÉTUDES ET DOCUMENTS

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

DISCOURS PRONONCÉ
PAR MONSIEUR JEAN-FRANÇOIS BURGELIN
PROCUREUR GÉNÉRAL PRÈS LA COUR DE CASSATION
lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire
le vendredi 9 janvier 2004

Monsieur le premier ministre,
Monsieur le garde des sceaux,
Monsieur le secrétaire d'Etat aux programmes immobiliers de la justice,
Mesdames, Messieurs les hautes personnalités,
Mesdames, Messieurs,

Dans notre société à la recherche de valeurs, tout rite respecté est significatif.

Les audiences tenues par les juridictions judiciaires de notre pays, au début de chaque année civile, manifestent d'une façon qui peut paraître désuète mais qui est, en réalité, d'une portée symbolique forte, le rôle de l'institution judiciaire dans la vie de la cité.

Je vous suis reconnaissant, au nom de tous ceux qui, au sein de la Cour de cassation, participent à l'oeuvre de justice, de donner ainsi une part de votre temps, de votre attention et de votre intérêt à l'écoute des messages qu'entendent délivrer les responsables de cette institution.

Je voudrais, en ce qui me concerne, tenter d'aller au-delà de nos préoccupations quotidiennes et de vous faire part, aussi simplement que possible, d'un des aspects des difficultés que connaît la vie contemporaine de nos tribunaux.

Monsieur le premier ministre,

Pour la première fois depuis votre accès aux responsabilités qui sont les vôtres, vous avez accepté d'honorer la rentrée de la Cour de cassation de votre présence. Ses membres et l'institution judiciaire en général seront sensibles à cette volonté d'écoute et cette marque de considération.

De longue date, vous avez manifesté votre désir de connaître les

difficiles problèmes qui sont posés à la justice et ceux qui fréquentent, chaque année, les fameux “Entretiens de Saintes” qui réunissent ou interpellent tous les juristes de notre pays, vous y rencontraient souvent, curieux que vous étiez de savoir les tourments de notre institution.

La région dont vous présidiez le Conseil est riche en personnalités qui ont marqué et marquent encore magistrature, barreau et université. Il n’y a pas bien longtemps, on évoquait souvent dans les couloirs de cette Cour, le “clan des poitevins”, par allusion aux juristes formés par l’Université de Poitiers et que l’on retrouvait dans les lieux où se préparaient et se prenaient les décisions juridiques importantes, qu’elles fussent législatives, jurisprudentielles ou doctrinales.

Qu’il me soit permis, à cet instant, d’évoquer la figure du plus grand serviteur du droit qu’a connu la seconde partie du XX^{ème} siècle, Jean Carbonnier, ancien doyen de la Faculté de droit de Poitiers, qui vient de nous quitter, au lendemain du décès d’un autre grand maître du droit, le professeur Georges Levasseur.

Les écrits de Jean Carbonnier, notamment “Flexible droit” et “Essais sur les lois”, ont laissé une empreinte profonde dans l’esprit des juristes contemporains, car ils sont porteurs de toutes les idées qui vont nous permettre de passer, le moins douloureusement possible, de la rigidité légaliste de la tradition napoléonienne, au droit plus incertain qui nous attend et qui nous envahit déjà.

Pour le parquet général de cette Cour dont le rôle quasi-exclusif est de veiller, autant qu’il le peut, à la bonne application de la loi par ceux qui en ont la responsabilité dernière, c’est-à-dire les juges, la pensée du doyen Carbonnier est un guide sans pareil.

En effet, il nous montre ce que peut être un regard distancié par rapport au fait, par rapport au droit, par rapport au dossier. Au-delà du juriste, Jean Carbonnier était philosophe, sociologue, théologien -un membre éminent de la R.P.R., c’est-à-dire la Religion Prétendue Réformée-. Il savait nous faire comprendre que le droit ne pouvait tout régler et que la bonne justice ne pouvait faire abstraction des réalités du monde. Pour le donneur d’avis qu’est l’avocat général, l’incomparable et permanente leçon de Jean Carbonnier se trouve dans la recherche constante des vraies racines de ce qui est juste.

Monsieur le garde des sceaux, plusieurs de vos prédécesseurs ont eu le privilège -et la sagesse- d’avoir le doyen Carbonnier comme inspirateur et parfois comme rédacteur des réformes de notre droit civil. La réforme du droit

des incapables majeurs, la réforme de l'autorité parentale, la réforme du divorce furent menées à bien grâce au souffle qu'il sut donner aux textes dont il était l'auteur.

Des pans entiers de notre Code civil dont nous allons célébrer le bicentenaire sont désormais le fruit de la pensée et des travaux d'un maître qui a, mieux que personne, discerné ce qui relevait de la loi et compris sa nécessaire permanence.

Deux phrases de Jean Carbonnier résument bien sa pensée, à cet égard : "*la loi doit accompagner le changement de la société, sans le précipiter ni tenter de l'arrêter.*" "*Il est de l'inflation juridique comme de la monnaie : elle fait perdre toute crédibilité aux valeurs*".

Cet hommage à l'auteur de "Flexible droit" me conduit assez naturellement à évoquer devant vous un sujet majeur de préoccupation pour les acteurs de la vie politique, économique et sociale de notre pays : la sécurité juridique.

Cette sécurité est demandée avec insistance par les décideurs qui ne veulent pas, à juste raison, qu'aux aléas propres à l'action s'ajoutent ceux résultant de l'instabilité de la loi et de la jurisprudence.

Mais, en regard, il ne faut pas méconnaître une autre demande de sécurité juridique, émanant des hommes et des femmes avides de bénéficier d'un droit qui leur serve de rempart face aux risques découlant des nouvelles techniques et des innovations.

Chacun d'entre nous peut légitimement avoir la conviction que le droit lui file entre les doigts, sans avoir la possibilité de le saisir. La conférence du droit et de l'économie, récemment organisée par le barreau de Paris, a bien montré la gravité des enjeux de cette recherche éperdue d'une sécurité juridique qui toujours se dérobe et dont la perte contribue, à l'évidence, au malaise de notre société.

L'opportunité, l'équité, la proportionnalité, l'effectivité sont désormais les maîtres mots du juge et la sécurité juridique, en tant que principe directeur de l'action de la justice, est, actuellement, mise à mal.

Cette sécurité juridique qui paraissait, aux yeux des juristes de ma génération, l'alpha et l'oméga de l'obligation du juge, est un concept de plus en plus controversé.

Un membre éminent de la doctrine contemporaine, n'hésite pas à écrire : "*Il est clair que la sécurité juridique a cessé d'occuper une place d'honneur au palmarès de nos principes généraux. Aujourd'hui, on demande à la justice de tout réglementer dans un monde où tout se dérégule. Il serait abusif d'exiger qu'elle apporte la sécurité, propre aux époques où règnent l'ordre et l'autorité.*"

Puis-je avouer ma réserve à l'égard d'une telle pensée dont on sent bien la générosité, tout en ne pouvant pas ne pas relever l'inquiétante démobilisation des esprits qu'elle peut susciter.

Ne revient-il pas, tout au contraire, dans un environnement qui perd ses valeurs religieuses et morales, de donner à la sécurité juridique tout le lustre qui devrait être le sien ? Et n'est-ce pas dans cette perspective que tous ceux qui ont à voir avec la création de normes, qu'ils soient décideurs européens, gouvernants, législateurs ou juges, ont le devoir d'oeuvrer ?

Non pas qu'il faille mettre le droit au même rang que la morale et que la religion. Jean Carbonnier disait que "*le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes*". Cela est bien vrai. N'en reste pas moins qu'à supposer que notre société perde la foi, il est nécessaire de lui maintenir une loi.

Et, pour demeurer dans le strict cadre judiciaire que je n'ai aucune légitimité à déborder, n'y a-t-il pas pour les magistrats du parquet qui ont pour mission première d'assurer une bonne application de la loi, le devoir de participer à l'érection d'un principe qui se manifeste timidement de-ci de-là, le principe de sécurité juridique ?

Cette notion a été reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt du 28 octobre 1998 (Perez de Rada Cavanilles c/ Espagne) qui approuve une réglementation nationale assurant "*le respect du principe de la sécurité juridique*".

En France, des parlementaires ont déposé des propositions de loi tendant à introduire ce concept dans notre Constitution. Des avocats invoquent souvent cet argument dans leurs conclusions. Certaines décisions judiciaires, y compris des arrêts de la chambre sociale et de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, y font allusion.

Pourtant le principe de sécurité juridique est loin d'être acquis. Le texte que je citais il y a quelques instants considérait même qu'il n'avait pas à figurer au rang de nos principes généraux.

Certains auteurs soulignent qu'il ne s'agit pas d'une règle de droit, qu'il ne peut avoir de force contraignante, qu'il paralyserait le progrès juridique.

Je pense qu'il faut aller au-delà de cette mauvaise querelle et asseoir sa conviction sur la lecture de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : il n'y a pas de Constitution, pour une société donnée, si la garantie des droits n'est pas assurée. Le Conseil constitutionnel, à plusieurs reprises, s'est clairement fondé -même si ce n'est pas expressément dit- sur la même idée.

On pourrait évoquer aussi l'article 2 de la déclaration de 1789 qui met, au même titre que la liberté et la propriété, la sûreté au rang des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ; comme le souligne François Luchaire, pour les révolutionnaires, la sûreté n'est pas seulement celle des hommes et de leurs biens, c'est aussi celle des droits.

Jean Carbonnier avait une jolie formule pour caractériser cette nécessaire sécurité : "*c'est le besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal*". Maître Emmanuel Piwnica, président de l'Ordre des avocats aux Conseils, l'évoquait il y a quelques semaines, lors de la rentrée de la conférence du stage des futurs avocats aux Conseils.

Ce "*besoin animal*", il revient aux créateurs de normes de le prendre en compte.

Il concerne, entre autres, l'autorité judiciaire, en tant que source de la jurisprudence.

Sur ce point, ce sont les juges qui sont interpellés, notamment ceux qui ont pour mission d'assurer la régulation des décisions des cours et tribunaux. Sans avoir à faire preuve de conservatisme, ils doivent avoir conscience des conséquences des revirements de jurisprudence sur la vie sociale.

En effet, ces changements ont un effet rétroactif, car nul ne peut prétendre avoir droit à une jurisprudence constante. En l'occurrence, le juridiquement correct peut avoir des conséquences dramatiques à l'égard de ceux qui auraient pu croire que le droit jurisprudentiel sur lequel ils avaient fondé leur ligne de conduite était destiné à perdurer. Il est nécessaire qu'en France, à l'image de l'Allemagne, le principe de confiance légitime protège les individus contre l'instabilité de la règle de droit en laquelle ils avaient cru pouvoir faire foi. Maître Elisabeth Baraduc, président à l'époque de l'Ordre des

avocats aux Conseils, nous rappelait dans le discours qu'elle a prononcé le 12 décembre 2000, qu'il était indispensable de faire en sorte que les justiciables ne fussent pas pris à contre-pieds par ces revirements parfois inattendus.

On ne saurait négliger, par ailleurs, la nouvelle forme d'insécurité juridique que constituent les nouvelles technologies de l'information et de la communication. Sans entrer dans les détails, il convient malgré tout de relever que ces innovations échappent souvent au contrôle de l'Etat, car elles se fondent sur des réseaux internationaux. En outre, la rapidité de leur évolution emporte de constants ajustements, sources d'inquiétudes et de questionnements.

Le poète Joseph Brodsky dit quelque part "*Celui qui épouse son temps sera vite veuf*". C'est une mise en garde, ironique et salutaire, contre les effets de mode. En revanche celui qui ignore son temps restera au bord du chemin et sa prédication se fera dans le désert.

Nous touchons là, je le crois, la difficulté d'exercice de la justice et de la fonction de ce donneur d'avis qui est confiée aux avocats généraux de cette Cour. Distinguer les tendances profondes de l'évolution de notre société des modes passagères qui la secouent en tous sens : tel devrait être le souci majeur des magistrats, quelles que soient leurs fonctions.

La jurisprudence des cours doit accompagner ces tendances, tout en ignorant les modes. Proposition facile à énoncer mais ô combien difficile à mettre en oeuvre.

Sans cesse soumis à des pressions médiatiques, le magistrat contemporain doit résister aux modes, faute de quoi, il s'enlisera dans une casuistique chaotique, à géométrie variable comme l'écrivait récemment le professeur Yves Saint-Jours.

La Résistance, il y a soixante ans, permit le maintien de l'honneur et de la présence de la France. Son esprit doit rester en nos têtes et en nos coeurs pour s'opposer à la dissolution des impératifs qui -tel celui de la sécurité juridique- sont nécessaires à la société de confiance qu'Alain Peyrefitte rêvait, à juste raison, d'établir en notre pays.

Le juge a un rôle important à jouer dans l'application de l'impératif de sécurité juridique. En changeant de jurisprudence -compte tenu de la rétroactivité de celle-ci- sans répondre à une impérieuse raison d'intérêt général ou de cohérence, il participe à l'effritement de la sécurité, étant admis, par ailleurs, que ces changements ne connaissent qu'une publicité restreinte et que, par conséquent, ils ne sont connus que des initiés.

Le regretté Jean Rivero insistait, il y a trente ans déjà, sur la réalité et les dangers de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle qui minent les garanties qui fondent la sécurité juridique.

N'oublions pas le trouble supplémentaire que peut créer un changement jurisprudentiel contraire au voeu du législateur. Celui-ci est alors tenté d'intervenir par une loi de validation qui va contrecarrer la nouvelle jurisprudence. La confusion juridique peut alors atteindre son comble, pour peu que le juge judiciaire en vienne à estimer que cette loi ne répond pas à un impérieux motif d'intérêt général et qu'elle contrevient, par conséquent, aux règles du procès équitable établies par la Cour européenne des droits de l'homme.

La sécurité juridique à laquelle aspire la majorité de nos concitoyens implique, en premier lieu, la volonté du législateur de limiter ses initiatives aux seules réformes que nécessitent l'évolution et la protection de notre société.

Elle exige, d'autre part, que le juge fasse preuve de prudence et de discernement dans ses changements d'interprétation de la loi et dans la remise en cause de son effectivité par un recours inconsidéré à des normes internationales mal définies et parfois inconstantes. Ainsi que l'indiquait, à juste titre, le premier président Chazal de Mauriac, lors de sa toute récente installation à la cour d'appel de Paris : "*une des préoccupations majeures de notre collectivité professionnelle est, sans aucun doute, la réduction de l'aléa judiciaire*".

C'est sur ce point que le rôle du parquet général de la Cour de cassation devrait être particulièrement important, dans la mesure, tout au moins, où lui est laissée la possibilité d'intervenir efficacement dans la prise de décision.

C'est à lui que revient le rôle d'informer la Cour des effets prévisibles de ses décisions. Par les entretiens qu'il peut avoir avec les avocats des causes importantes, par les informations qu'il peut rechercher auprès des institutions intéressées, l'avocat général est susceptible d'apporter à la Cour des lumières que la seule lecture du dossier ne permet pas d'acquérir. Il est porteur d'une éthique de responsabilité. Il serait légitime qu'il eût la possibilité et même le devoir de procéder à une véritable étude d'impact des changements jurisprudentiels envisagés.

L'appréciation impartiale donnée par l'avocat général sur la portée et la valeur des moyens de cassation soumis à la Cour est d'autant plus précieuse qu'au-delà de l'Etat, d'autres sources normatives revêtent, à présent, une singulière importance. Les conventions internationales, notamment celles qui ont introduit le droit communautaire et les droits européens de l'homme dans

notre vie juridique, rendent particulièrement complexe et difficile la mise en lumière de la règle de droit. L'insécurité juridique s'en trouve accrue et l'autorité de l'Etat risque d'en souffrir. Le rôle de la Cour de cassation devient alors incertain.

Sensible à ce danger, M. le Président de la République disait, le 11 janvier dernier, en ce même lieu et dans les mêmes circonstances : "*Je souhaite que l'organisation de la Cour de cassation évolue dans le respect de vos traditions qui ont fait leur preuve et participent à la grandeur de votre institution.*"

Dans cette perspective, je ne puis que vous remercier vivement, M. le garde des sceaux, de l'attention que vous portez à la mise en oeuvre de cette nécessaire évolution. Les textes qui fondent le fonctionnement de notre institution sont trop anciens, trop éloignés de la réalité contemporaine pour demeurer en l'état. Il est nécessaire qu'il y ait une concordance entre les normes qui nous régissent, les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme et notre pratique quotidienne. Une réflexion globale s'impose pour que soit envisagée une réforme cohérente de notre Cour dont il convient de lever l'ambiguïté de son destin.

Est-elle vouée, comme l'ont voulu les créateurs du Tribunal de cassation de 1790, à sanctionner les "*contraventions expresses au texte de la loi"* et les "*violations des formes de procédure*" ? A-t-elle vocation, au contraire, à créer, au même titre que le législateur démocratiquement élu, des normes juridiques s'imposant "de facto" aux juridictions inférieures ?

Sur cette question de fond, il faudra bientôt qu'un parti soit pris afin que chacun, qu'il soit magistrat, avocat ou justiciable, sache ce que le peuple français à travers sa représentation nationale attend de cette juridiction. Le sort peu enviable actuellement réservé à ses avocats généraux n'est qu'une des manifestations de cette incertitude conceptuelle. Elle ne saurait perdurer sans risque pour l'harmonie de la Cour au sein de l'Etat français dont elle est une des institutions majeures et dont l'Etat est responsable, ainsi que nous le rappelle la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt Köbler du 30 septembre 2003.

On ne peut toutefois évoquer l'avenir sans accomplir notre devoir de mémoire à l'égard des magistrats, des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et des fonctionnaires qui ont disparu l'an passé. Qu'on me pardonne, cette litanie de noms qui va évoquer, pour certains d'entre vous, des visages, des personnalités qu'ils ont connues et qui leur furent parfois très proches. Certains ont atteint la notoriété et mériteraient que leur existence et leurs

éminents services fussent largement commentés. Je me bornerai, pour ne point abuser de votre temps, à indiquer leur patronyme et leurs fonctions.

Il s'agit de MM. Ernest FRANK et Georges COSSE-MANIERE, présidents de chambre honoraires, M. Maurice GEGOUT, premier avocat général honoraire, M. André PERDRIAU, conseiller doyen honoraire de la Cour, M. Maurice BRUNEAU, conseiller doyen honoraire de la chambre criminelle, M. Georges DUBOIS, conseiller doyen honoraire de la 2ème chambre civile, ancien membre du Conseil constitutionnel, M. Hugues MAC ALEESE, conseiller doyen honoraire de la chambre sociale, MM. André MARTIN, Pierre VOISENET, Jean-Paul DORLY, Jacques LESAGE et Jean JÉGU, conseillers honoraires, MM. Fernand DAVENAS et René AMIEL avocats généraux honoraires, de Me Jean MARTIN-MARTINIERE, avocat honoraire au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, de M. Alfred TERTEAUX, greffier en chef honoraire et de Mme Germaine ABSIL, chef du secrétariat du parquet honoraire.

Chacun d'eux, selon ses dons, a mené un combat pour une meilleure justice, c'est-à-dire, dans son esprit, pour une saine application de la loi. Qu'il me soit permis d'évoquer tout particulièrement l'inlassable travail pratique et doctrinal qu'a conduit le regretté doyen André Perdriau pour maintenir cette Cour dans la cohérence et dans l'attachement à ses heureuses traditions procédurales, si malmenées par certaines décisions européennes. Notre pensée émue ira aussi au regretté professeur Philippe Fouchard dont l'oeuvre doctrinale sur l'arbitrage a une influence importante sur les travaux de notre Cour et qui vient de disparaître avec dix des siens lors de la catastrophe de Charm-el-Cheik.

Je vous remercie, monsieur le premier ministre, monsieur le garde des sceaux, monsieur le secrétaire d'Etat aux programmes immobiliers de la justice, mesdames et messieurs les hautes personnalités, mesdames et messieurs de votre écoute attentive et patiente.

Que 2004 soit, pour le monde, pour notre pays, pour ceux qui ont la charge de le gouverner et pour les institutions qui en assurent la pérennité, une année de réussite et de progrès, tel est le voeu que je forme du fond du coeur.

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 9 janvier 2004

> « *Heureux le magistrat qui, successeur de la dignité de ses pères, l'est plus encore de leur sagesse ; qui, fidèle comme eux à tous ses devoirs, attaché inviolablement à son état, vit, content de ce qu'il est, et ne désire que ce qu'il possède.*
>
> *Persuadé que l'état le plus heureux pour lui est celui dans lequel il se trouve, il met toute sa gloire à demeurer ferme et inébranlable dans le poste que la république lui a confié : content de lui obéir, c'est pour elle qu'il combat, et non pour lui-même. C'est à elle de choisir la place dans laquelle elle veut recevoir ses services ; il saura toujours la remplir dignement. Convaincu qu'il n'en est point qui ne soit glorieuse dès le moment qu'elle a pour objet le salut de sa patrie, il respecte son état, et le rend respectable* ».

Ainsi s'exprimait, devant le Parlement de Paris assemblé, à la Saint Martin de 1698, l'un de ses grands avocats généraux, dans une célèbre mercuriale sur l'amour de l'état de magistrat.

> *« Mais"* - disait-il encore - *"oserons-nous avouer publiquement que la justice gémit du mépris que les juges ont conçu pour leur profession et que la plaie la plus sensible qui ait été faite à la magistrature, elle l'a reçue de la main même du magistrat »*.

Aimer ou abhorrer son propre état ? Se satisfaire de sa profession et de son statut, en être fier ou les déplorer au point de les mépriser ?

Le juge interpellé, celui de la fin du XVIIème siècle, offrait, il est vrai, un visage marqué par l'époque. Titulaire d'une charge dans cette justice d'Ancien Régime atomisée en de multiples ordres, juridictions de classe, catégorielles, spécialisées ou d'exception, le juge pouvait afficher une farouche autonomie issue de la patrimonialité des offices, autonomie démultipliée à

l'échelle des provinces par des Parlements exerçant un contre-pouvoir juridictionnel en opposition à la volonté légiférante du monarque. Un juge dont les qualités étaient magnifiées par les harangues et mercuriales, toutes formes d'exhortation et de discours vertueux que le corps judiciaire s'adressait à lui-même en guise de mise en garde et d'auto-adulation : la grandeur d'âme, la dignité, l'amour de la simplicité, l'autorité, la science, l'attention, la fermeté, l'impartialité, l'honnêteté, la discipline du magistrat ou l'amour de la patrie...! Apologie d'un juge qui se pense investi d'un pouvoir divin, vision emphatique..., vision complaisante, puisque construite par lui-même et pour lui même en forme de glorification pro domo.

Depuis lors, on le sait, l'état de juge s'est profondément transformé. Il a connu l'expérience révolutionnaire de l'élection et des tribunaux populaires, le masque d'un juge entièrement soumis à la loi au point que l'on pût même lui dénier le pouvoir de l'interpréter, celle du juge napoléonien, inamovible mais dépendant de l'exécutif, docile au prince mais impitoyable pour le justiciable. Il a traversé la IIIème République, bousculé par les courants politiques dominants et soumis aux notables, mais conquérant peu à peu son autorité par l'avènement de la jurisprudence. Il a vécu les évolutions de l'après-guerre et de la fin du XXème siècle, la progression vers l'indépendance peu à peu dessinée par les constitutions des IVème et Vème Républiques, les réformes successives et le renforcement des pouvoirs du Conseil supérieur de la magistrature.

Depuis 1958, il est bien conscient de n'être plus un pouvoir constitué, puisque le texte suprême, à rebours des grands systèmes étrangers, réduit le judiciaire à une autorité. Il n'ignore pas que cette autorité judiciaire n'est pas investie de tout le pouvoir juridictionnel, puisqu'à ses côtés, l'existence d'un juge administratif a été consacrée sur le fondement d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Exclusivement investi de la mission de protection des libertés individuelles, le magistrat de l'ordre judiciaire craint de voir, au fil des interprétations évolutives de la Constitution, cette réserve de compétence se réduire à la garantie contre la détention arbitraire. Magistrat du siège, il sait qu'il n'est pas à lui seul l'autorité gardienne des libertés individuelles, puisque, selon la doctrine de l'unité du corps, les procureurs y tiennent rang avec lui, même si la séparation des autorités de poursuites et de jugement est principe à valeur constitutionnelle. Enfin, l'inamovibilité, instrument essentiel et spécifique de la garantie d'indépendance du siège cède, peu à peu, à l'exigence de mobilité qui oblige ou incite à limiter le temps d'exercice des mêmes fonctions, tandis que les impératifs de la production judiciaire portent à moduler les rémunérations en considération de l'activité de chacun.

Parvenu à ce stade de l'histoire, le juge est-il encore "inviolablement" attaché à son état ? A cette question identitaire, ce n'est évidemment pas en lui

qu'il trouvera la réponse. Indépendamment de la conscience que chaque juge peut avoir de sa fonction, des sentiments ou ressentiments que sa mission lui inspire, des craintes et des doutes que les modifications de son statut lui font concevoir, c'est hors de lui qu'il cherche l'apaisement dans sa place dans les institutions aussi bien que dans la perception que lui renvoie le corps social. Comment voit-il son reflet dans le regard d'autrui ? Pour s'apprécier, il faut ne pas se sentir rejeté.

En France, l'état de juge résulte d'abord de règles statutaires, déterminées par la loi organique de 1958 et scellées par une Constitution au contenu enrichi par l'interprétation qu'en fait le Conseil constitutionnel. Mais nul n'ignore qu'aujourd'hui, dans une large mesure, cet état dépend aussi du droit communautaire comme de la Convention européenne des droits de l'homme et qu'une silhouette nouvelle, universelle et grandie, émerge, peu à peu, de la jurisprudence des Cours de Strasbourg et de Luxembourg complétée des travaux du Conseil de l'Europe.

Mais la représentation que le juge a de lui-même tient aussi dans la confiance que les justiciables, destinataires naturels de son office, acceptent de placer en lui. Bien que l'opinion soit versatile et parfois contradictoire, le sentiment populaire de justice pèse sur les juges, garants solidaires de l'institution qu'ils représentent et façonnent. Comme dans un kaléidoscope, leur image se transforme en fonction du rôle social qu'on leur donne, des méthodes qu'ils pratiquent ou du droit qu'ils appliquent.

Evolution du statut, taylorisation des missions, engouement pour l'informel, diversification des voies de la justice, le visage du juge moderne est tributaire de courants divers, qui convergent vers un nouveau modèle. Assez singulièrement, la récente instauration d'une juridiction de proximité et les débats qui ont accompagné son avènement aident à saisir, par contraste, l'image d'un juge mythique : un juge proche du justiciable, une proximité présentée comme le symbole d'une justice restituée au citoyen.

Une telle aspiration n'est pas inédite : ne fait-elle pas immédiatement songer à celle que les Révolutionnaires purent ériger en dogme et mettre pour partie en pratique ? L'instauration d'une justice de proximité ne pouvait manquer de susciter le parallèle avec la justice de paix issue de la loi des 16 et 24 août 1790. La figure de ce juge là, est celle d'un père qui, selon une feuille de l'époque, « ne doit épargner, ni ses peines, ni ses soins paternels, pour adoucir les gens aigris et ramener ceux qui sont entêtés ». La nostalgie pour une justice de bon sens, de dialogue et de pédagogie, d'une justice rendue par soi-même en quelque sorte et non par un autre d'hermine revêtu s'exprime ici, dans ce courant qui traverse l'ensemble des systèmes européens. Comme il faut des maisons du droit, il faut des juges de proximité. La distance à réduire est en

tout : dans l'espace, dans le temps, dans l'habit ou le décorum, dans la psychologie, dans la culture, dans les mots et les choses.

Cette nouvelle philosophie de la justice jette un pont entre la conception de la Constituante et celle d'aujourd'hui. Des tribunaux proches des justiciables, une justice conçue comme un service et une institution sociale pour « l'avantage commun des membres de la société », la Justice des Constituants résonne singulièrement jusqu'à nous. La loi de 1790 n'entendait-elle pas comme aujourd'hui « simplifier les formes, abréger les longueurs, restreindre les procédures », au point d'encourager l'arbitrage et la conciliation ?

Mais la comparaison trouve une infranchissable limite dans la conception même du jugement qui sous-tendait cette organisation de la justice. Les juges n'étaient que « la bouche de la loi », "instrument passif, aveugle, dont" - selon la formule de Clermont-Tonnerre - "toutes les actions, toutes les décisions sont d'avance écrites dans la loi". Des juges passifs, subordonnés et soumis, des juges transparents et neutres, au service d'une justice sans procédure et d'une vérité légale jaillissant mécaniquement du pur syllogisme judiciaire, cette vision là ne fut sans doute que celle d'un rêve de révolutionnaires, l'utopie d'une justice sans juge.

Faut-il admettre que la " nécessité des juges ", redécouverte dès 1793 par Cambacérès, n'est plus aujourd'hui remise en cause ? Encore doit-on s'entendre sur cette nécessité. Car, au sein même de la sphère judiciaire, le juge vérifie chaque jour la concurrence qu'il subit et qui, de plus en plus, lui fait partager avec d'autres le pouvoir de juger. Le juge de proximité rejoint ainsi le cortège des juges occasionnels, des juges temporaires, des juges vacataires, des juges catégoriels, des juges élus ou nommés, tous fortement attachés à leurs prérogatives.

En lui-même, le statut du magistrat de carrière prévoit des voies d'accès différenciées, filières diverses qui, au fil du temps et des politiques de recrutement, se sont accumulées et se recoupent sans grande cohérence puisqu'à côté des concours ordinaires, au nombre de trois, externe, interne à la fonction publique puis ouvert à d'autres professions, ont été instaurés des concours dits exceptionnels, puis complémentaires et prévus des modes de nomination sur titre à l'école de la magistrature ou d'intégration directe dans le corps, à des grades et fonctions divers, de sorte qu'aujourd'hui on ne dénombre pas moins de neuf moyens de devenir magistrat.

C'est sans aucun doute ce phénomène visible de diversification qui a

conduit le Conseil constitutionnel à réfuter le monopole des juges de carrière en estimant que la Constitution ne fait pas obstacle à ce que, pour une part limitée, et à titre exceptionnel, des fonctions qui leur sont normalement réservées puissent être exercées, à titre temporaire, par des personnes qui n'entendent pas pour autant embrasser la carrière judiciaire, à la condition toutefois que les garanties appropriées leurs soient ménagées et qu'ils aient la capacité de juger.

Pour les sages du Palais-Royal, l'habit ne fait pas tout à fait le juge ; le juge est, tout simplement, mais c'est déjà beaucoup, celui qui est apte à juger.

Dans cette compétition avec les laïcs, tous les juges de carrière ne sont pas égaux. A l'évidence, c'est celui de première instance qui subit la plus forte pression comme si la justice professionnelle ne devait être nécessaire sinon légitime qu'une fois dispensée la justice *des* professionnels. C'est en tant que juge des gens ordinaires, « des litiges de la vie quotidienne », que son office est disputé sinon contesté. Il ne peut alors que redouter la comparaison : refoulé au profit de juges de proximité, il craint ne refléter qu'une justice d'éloignement ; supplanté par des juges dotés d'expérience professionnelle, il redoute le grief d'inexpérience. Il apprend ainsi que les nouvelles formes de justice voient le jour parce que la densité humaine, le supplément de coeur, tout comme la disponibilité deviennent aussi essentielles que les compétences juridiques. En doutait-il pour autant, lui qui espérait n'être dépourvu ni des unes ni des autres ?

Il peut alors se rassurer en lisant les enquêtes effectuées auprès de ses usagers, pour apprendre qu'ils estiment très majoritairement que les tribunaux sont facilement accessibles, que plus des trois quarts des personnes interrogées sont satisfaits des fonctionnaires et juges qui font l'institution, qu'en aussi forte proportion, elles déclarent que le juge a été honnête, qu'il s'est exprimé simplement, qu'il a été compétent, qu'il a bien compris le problème posé, qu'il a été impartial, qu'il a bien tenu compte des arguments des deux parties et qu'il a été équitable. Heureux le juge qui ne fait qu'un mécontent sur deux, disait un grand ancien. N'est-il pas comblé celui qui rallie les 3/4 des suffrages ?

Mais la tendance à différencier la régulation sociale est forte et toute aussi tenace la concurrence faite au juge.

Dans les contentieux de masse, c'est la multiplication des fonds de garantie de toutes sortes, destinés à permettre, hors des tribunaux, une indemnisation des victimes de dommages sériels : victimes d'accidents médicaux, des maladies contractées à l'hôpital, de l'amiante, de la contamination par le virus du SIDA, d'actes de terrorisme, d'accidents de circulation et d'accidents de chasse, tous demandeurs potentiels devenus

contractants à seule fin de se soustraire à la justice civile ou pénale.

Dans les domaines techniques, c'est l'irruption des autorités administratives indépendantes investies d'un pouvoir répressif en même temps que de la charge de régler certains conflits purement civils, de sorte qu'en un peu plus d'une décennie se sont répandues les instances sectorisées, professionnelles, économiques, de marché, de régulation, aux variables missions et dotées sous diverses formes, de pouvoirs quasi-juridictionnels.

Et en toutes matières, on assiste à une variation infinie des formes de la justice, celles qui s'inspirent tout à la fois de l'idéologie révolutionnaire et du modèle alternatif américain, servies par des acteurs multiples investis de pouvoirs extra-juridictionnels, pré-juridictionnels, para-juridictionnels ou véritablement juridictionnels, selon des dénominations et des statuts divers, publics ou privés, organisés ou non : émetteurs d'offres transactionnelles, négociateurs, facilitateurs, conciliateurs de justice, arbitres, médiateurs,... médiateurs pénaux, médiateurs familiaux, du travail, des litiges commerciaux, médiateurs de banque, d'assurance, déontologues d'entreprise, experts-décideurs, tiers intervenants, délégués du procureur et même le procureur lui-même, bientôt investi de la faculté de négocier la sanction avec celui qui se reconnaît coupable. Toutes formes de justice citoyenne dont l'essor est, dans le temps présent, la marque de l'avènement d'une justice contractualisée, permise par l'État mais destinée à s'épanouir hors de lui, de lui qui prend conscience, à son tour, qu'il pâtit aussi d'un déficit d'image. Les médias lui font comprendre combien le caractère rigide, rebutant, bureaucratique, parfois inefficace de l'appareil judiciaire étatique fait naître, chez les usagers, ce souhait de justices plus informelles, non juridiques, souples, douces, mais immédiates et effectives.

Le juge voit ainsi se mettre en place, progressivement, ce que l'on a pu appeler « un schéma d'organisation différencié », c'est-à-dire une répartition des contentieux non plus entre des juridictions professionnelles, mais entre les juges de carrière et les autres. Au petit contentieux, désormais officiellement séparé du grand contentieux, s'ajoutent d'autres distinctions : celle qui affleure entre les contentieux professionnels et les autres ; celle qui s'exprime de plus en plus entre les contentieux de cabinet et les contentieux d'audience. Parce qu'il existe maintes formes de litiges, il devrait exister maintes formes de justice et avec celles-ci désormais, maintes formes de juges. A chacun son conflit, à chacun son juge.

Assailli par ces attentes nouvelles, le juge se pose la question de sa propre accessibilité, de la suffisance de l'aide légale au procès, de l'efficience de la voie contentieuse, des délais, de la qualité de la justice qu'il rend, de sa propre qualification, de son professionnalisme, de sa spécialisation. L'état dans

lequel il se trouve aujourd'hui est-il toujours heureux ? Faut-il discerner dans ces introspections un doute identitaire, un malaise, peut-être une crise, une crise d'image, une crise de représentation ? Notre juge devrait pourtant se convaincre que le poste que la République lui confie est ambitieux, que la fonction qu'il exerce est assise sur une forte culture et, tournée vers la modernité, la justice qu'il dispense.

Ambitieuse, la stature du juge érigée par la Constitution l'est assurément. Au fil continu de ses décisions le Conseil constitutionnel rappelle que, sauf exceptions limitées, justifiées, proportionnées et contrôlées, la justice est communément rendue en France par des juges de carrière, ayant une formation juridique de haut niveau, dotés d'un savoir-faire professionnel approprié et sélectionnés en fonction de leurs capacités à être indépendant et à faire respecter l'égal accès des citoyens à la justice. Et, comme le Conseil y invite par son commentaire officiel, dans l'égal accès à la justice, on comprend désormais le respect des garanties d'un procès équitable définies par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi implicitement intégrées dans le bloc de constitutionnalité.

Peut-on être plus clair ? Peut-on mieux proclamer que le juge est, ordinairement, dans notre système judiciaire, un juriste accompli en même temps qu'un professionnel formé dans une grande école, protégé par de fortes garanties statutaires, choisi en fonction de sa dimension intellectuelle et morale lui permettant tout à la fois d'imposer son indépendance et de s'obliger à une stricte impartialité ? Si telle est la vision du juge par le constituant, il nous revient, individuellement et collectivement, de l'assumer, de l'assumer sans ostentation ni provocation, mais de l'assumer pleinement, sans faiblesse, sans renoncement, sans compromission d'aucune sorte, tout comme il appartient au Conseil supérieur de la magistrature de faire respecter les exigences qui en résultent autant dans le recrutement, les nominations et les promotions que dans la discipline. C'est parce que cette stature du juge professionnel s'impose, s'affirme et rassure que d'autres formes de justice peuvent se déployer au stade primaire des affaires.

Telle qu'elle est restituée par le constituant, l'image du juge est d'ailleurs celle qui est imprimée dans notre mémoire collective. Léguée par les traditions grecques et romaines, la fonction juridictionnelle intègre de manière indissociable dans notre compréhension du juste, la connaissance, le métier et la sagesse, la science du droit, le savoir-faire du procès et l'exigence intellectuelle et morale, l'aptitude à distinguer les faits, à les comprendre et la capacité à interpréter et appliquer la loi de manière équitable. Il n'y a pas dans notre culture judiciaire une équité indépendante de la connaissance du droit, une

équité sans la science et l'expérience et encore moins une équité contre elles. C'est à cette tradition que sacrifie le Conseil constitutionnel lorsqu'il impose aux juges de proximité, tout à la fois les devoirs et obligations, les protections, les connaissances juridiques, la formation, les capacités et les réflexes déontologiques indispensables pour être admis à juger.

Mais, tout autant, notre culture aspire à un accès confiant au bon juge, à un juge en qui chacun se reconnaît, devant qui, au moins pour les litiges domestiques, chacun comparaît facilement, sans crainte ni complexe. Que, dans la continuité de l'histoire, il soit seigneurial, notable ou simplement citoyen, sans ce juge familier, notre vision de l'institution judiciaire ne serait pas complète. C'est cette aspiration forte qui, s'exprimant de manière constante par diverses voix depuis la disparition des juges de paix, s'est finalement réalisée par la restitution d'une justice du quotidien. Mais si nous admettons que la création du juge de proximité n'épuise pas le besoin d'humanisation de la justice, nous devons en tirer la leçon que dans l'administration des juridictions, dans nos gestes et comportement professionnels, dans nos procédures, dans nos usages, dans nos écrits comme dans nos paroles et dans nos sentences, il nous faut montrer, bien davantage que nous le faisons, le souci constant d'attention au justiciable, qu'il soit victime ou prévenu, partie ou témoin, en première instance comme à la Cour de cassation, afin qu'en toute circonstance, la personne qui se trouve devant nous perçoive qu'est respectée sa dignité d'homme autant que le sont les droits qu'elle défend.

La triple dimension de la science du droit, de la sagesse et de l'humanité, représentatives du juge et de la justice, sont constantes dans le temps et dans l'espace. Sauf à affecter la confiance interne et internationale en l'Etat de droit, le statut de celui qui est désigné par la société pour juger, dépositaire de cette culture, n'est pas modulable à volonté. Comme des plis ineffaçables de la mémoire commune, les mêmes images de la justice demeurent, les mêmes besoins persistent, resurgissent et s'expriment, avec entêtement, en dépit des avatars de l'histoire des institutions.

Aujourd'hui, cette revendication culturelle tend davantage encore vers une justice plus indépendante, plus impartiale, plus humaine mais ce qui est nouveau, c'est quelle tend aussi vers une justice plus responsable, plus transparente, plus représentative. C'est précisément en prenant la mesure de ces attentes reformulées d'éthique de la responsabilité, de transparence et de représentativité, que la justice tendra vers la modernité. En se donnant les moyens de répondre à cette demande sociale nettement perceptible, en France comme partout en Europe, en facilitant les modes d'accès aux tribunaux, en simplifiant les procédures, en expliquant les méthodes, en justifiant clairement les décisions, en développant les démarches de qualité et d'efficience, en se montrant disponible et responsable, finalement, en soumettant l'exercice de

leurs fonctions à un contrôle démocratique, les juges contribueront à la réconciliation du citoyen avec sa justice.

Alors, de cette manière, ils respecteront leur état et le rendront respectable.

C'est, à n'en pas douter, une autre conception de la justice, une vision neuve qui se situe très exactement dans la ligne d'une nouvelle gouvernance, nouvelle gouvernance humaniste, dont Monsieur le Premier Ministre, avec Monsieur le Ministre de la justice, vous avez pensé la philosophie, défini la méthode et montré les applications.

La belle formule de Michel Serres que vous vous plaisez à citer, Monsieur le Premier Ministre, "L'honnête homme du XXIème siècle jardine ses convictions jusqu'à la clarté", formule qui invite à un retour à la simplicité par l'effort, le travail et la méditation, pourrait s'adresser au nouveau juge, au juge de ce siècle à qui je dédie, aussi, la conclusion de la mercuriale de l'avocat général d'Aguesseau :

"Aussi simple que la vérité, aussi sage que la loi, aussi désintéressé que la justice, ...le juge sait qu'il n'a pas été revêtu du sacré caractère du magistrat pour plaire aux hommes mais pour les servir".

1. Études sur le thème de l’égalité

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

L'ÉGALITÉ D'ACCÈS À LA COUR DE CASSATION

Guy Canivet
Premier président de la Cour de cassation

Introduction :

Appliqué à la Cour de cassation, le principe d'égalité d'accès à la justice a une importance primordiale puisqu'il commande le droit de faire constater par la juridiction suprême du système judiciaire la légalité des décisions rendues par les juges du fond, donc le droit à une justice légalement rendue. Le sujet revêt, en outre, une certaine actualité provoquée par des décisions récentes de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel ainsi que des projets de modification de la procédure du pourvoi en matière civile. Enfin, il s'insère parfaitement dans le thème de l'égalité retenu cette année par la Cour comme fil directeur de son rapport.

D'un point de vue méthodologique, l'égalité d'accès à la Cour de cassation impose l'examen préalable des sources du principe d'égalité des citoyens devant la justice et la portée que le juge constitutionnel donne à ce dernier.

1. Sources du principe d'égalité des citoyens devant la justice

Les sources du principe d'égalité des citoyens devant la justice sont tout à la fois internes, essentiellement la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et supranationales, prioritairement la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le droit communautaire. La Convention européenne des droits de l'homme interdit que des individus fassent l'objet d'une discrimination dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention (cf article 14 de la CEDH). A cet égard, le droit d'accès au juge doit, sans aucun doute, être combiné avec le principe d'égalité. Par ailleurs, de façon complémentaire trouve à s'appliquer le principe de l'égalité des armes, principe non écrit d'origine anglo-saxonne, "*clé de voûte de la notion de procès équitable*"[1].

Quant à l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme

[1] Didier Jean-Pierre et Ferdinand Mélin-Soucramanien *Le principe de l'égalité des armes*, Revue de la recherche juridique

de 1948, il prévoit que "*Toute personne a droit en pleine égalité que sa cause soit entendue équitablement...par un tribunal*".

La Cour de justice des Communautés européennes regarde le principe d'égalité tout à la fois comme constitutif de l'ordre juridique communautaire et comme une protection essentielle des droits des ressortissants communautaires.

Le principe d'égalité devant la justice dans le droit interne

Aux termes de l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : *"Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits"*. Selon ceux de l'article 6 : "*la loi doit être la même pour tous"*. Depuis la II ème République, *"égalité"* est, en outre, le deuxième mot de la devise de la République et la Constitution de 1958 retient que la France assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens. Le principe d'égalité est, par ailleurs, la norme de référence la plus invoquée et la plus utilisée pour le contrôle de constitutionnalité des lois en France[2]. Comme l'affirme le rapport de la France établi à l'occasion du premier Congrès de l'Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français, qui s'est tenu à Paris en avril 1997 et a été consacré au principe d'égalité, *"le principe d'égalité constitue en quelque sorte un principe carrefour, un droit tuteur qui vient renforcer la mise en oeuvre d'autres droits et libertés comme le droit de propriété et les droits de la défense."* Selon notre droit constitutionnel, le principe d'égalité a donc un rapport direct avec les droits de la défense. L'égalité entre les parties va donc être mise en oeuvre sur le double fondement de l'égalité devant la justice et le respect des droits de la défense tant devant la juridiction européenne que devant la juridiction constitutionnelle.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a mis en oeuvre le principe d'égalité devant la loi en identifiant spécifiquement la notion d'égalité devant la justice dans plusieurs décisions, notamment :

- La décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, dans laquelle, au delà de l'application du principe d'égalité devant la loi, le Conseil cherche en réalité à imposer au législateur le droit de recourir au juge.

- La décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, relative à des dispositions modifiant pour des infractions de même nature la composition collégiale ou à juge unique, sur la seule décision du président du tribunal, et de

[2] François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Economica 1998.

laquelle il résulte que les citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions ne doivent pas être jugés par des juridictions composées selon des règles différentes.

- La décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, de laquelle il résulte que le bénéfice du double degré de juridiction ne peut dépendre de la seule décision de la partie civile.

- La décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985 qui présente un intérêt particulier par rapport au thème abordé puisque le Conseil a soulevé d'office un moyen et censuré une disposition qui prévoyait que, dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises, *"lorsque la cour d'appel n'a pas statué au fond dans les deux mois suivant le prononcé du jugement entrepris, celui-ci acquiert autorité de chose jugée. Dans ce cas, le pourvoi en cassation est formé contre le jugement de première instance."* Aux termes de son motif de censure, le Conseil constitutionnel a jugé : *"Considérant qu'il résulte de ces dispositions que, dans toutes les procédures d'appel prévues par la loi, les justiciables quelles que soient leurs diligences sont placés dans des situations différentes au regard des garanties qu'offre l'exercice d'une même voie de recours selon que la cour d'appel statue ou non dans le délai qui lui est imparti ; que le premier alinéa de l'article 175 méconnaît ainsi le principe d'égal accès des citoyens à la justice et doit être déclaré non conforme à la Constitution "*. L'égalité des parties est ici affirmée avec force ; les justiciables ne doivent pas être placés dans des situations différentes au regard des garanties qu'offre l'exercice d'une même voie de recours.

- Plus récemment encore, dans la décision n°2002-461 du 29 août 2002, lorsqu'il s'est prononcé sur les textes relatifs au juge de proximité, le Conseil constitutionnel a rappelé que, si des règles de procédure différentes peuvent être prévues par le législateur selon les faits, les situations et les personnes c'est à la condition que soient assurées aux justiciables des garanties égales notamment quant au respect du principe des droits de la défense qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable.

On notera qu'en l'absence d'une source constitutionnelle clairement identifiée permettant d'affirmer le droit au juge, le Conseil constitutionnel s'est référé jusqu'aux années 1990 au principe d'égalité. Toutefois, depuis lors, il n'a plus recours au principe de l'égal accès à la justice pour garantir le droit au juge ; il se fonde en effet désormais sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen aux termes duquel *"Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution"*. De cette disposition, le juge constitutionnel déduit qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction *(cf*

notamment décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 relative au statut de la Polynésie française).

Les sources étant rappelées et les principes posés, qu'en est-il de l'égalité dans l'exercice du pourvoi en cassation ? Le fait que coexistent, devant la Cour de cassation, deux procédures distinctes, avec représentation obligatoire et sans représentation obligatoire, pose à cet égard de réelles difficultés. Après avoir rappelé cette distorsion et évoqué ses conséquences pratiques, on examinera sa conformité à la Convention européenne des droits de l'homme.

I. La dualité de procédures devant la Cour de cassation et sa mise en oeuvre.
II. La procédure du pourvoi en cassation et les exigences conventionnelles.

I - La dualité de procédures devant la Cour de cassation et sa mise en oeuvre

Comme devant les juridictions du fond, le recours à la Cour de cassation est, selon les matières, subordonné ou non à la constitution obligatoire d'un postulant. Pour la juridiction suprême de l'ordre judiciaire, ce mandataire est l'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation qui, de la sorte, assure tout à la fois la représentation et la défense. Toutefois, dans tous les cas où cette représentation n'est pas obligatoire, rien n'empêche les parties de faire le choix d'un tel avocat qui, en outre, jouit du monopole de la prise de parole devant la Cour suprême de l'ordre judiciaire, ce qui est à l'évidence facteur d'inégalité.

A - La représentation et la défense des parties dans la procédure du pourvoi en cassation

La procédure avec représentation obligatoire

Les règles de procédure applicables devant la Cour de cassation, en matière civile, rendent en principe obligatoire pour les parties, en demande comme en défense, le recours au ministère d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, officier ministériel spécialisé.

En application de l'article 973 du nouveau Code de procédure civile, les parties sont, en effet, tenues, sauf disposition contraire, de constituer un avocat aux Conseils. La représentation et la défense des parties devant la Cour de cassation sont donc confiées à ce corps d'avocats spécialisés.

La fonction propre du pourvoi en cassation qui, aux termes de l'article 604 du nouveau Code de procédure civile, tend à *"faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit"*, justifie le principe du recours à des avocats spécialisés dans la technique très spécifique du pourvoi en cassation. C'est ce qu'a retenu la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise, laquelle prévoit notamment en son article 5, §3, alinéa 2, que "*dans le but d'assurer le bon fonctionnement de la justice, les Etats membres peuvent établir des règles d'accès aux cours suprêmes, telles que le recours à des avocats spécialisés"*.

Et, en effet, ces avocats spécialisés, les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, appelés avocats aux Conseils, constitués en un Ordre particulier, sont organisés, recrutés, formés à l'exercice de cette fonction très spécifique et à la technique du pourvoi en cassation. C'est parce qu'ils formulent les moyens et établissent leurs mémoires selon une logique propre que se maintient à la Cour de cassation la technique du pourvoi qui permet de contrôler de manière pertinente la régularité des décisions des juges du fond et de fixer l'interprétation de la loi. Leur connaissance parfaite de la jurisprudence de la Cour, de ses courants d'évolution, des tendances qui s'y développent leur permet d'anticiper sur les évolutions de jurisprudence et d'assurer de manière éclairée la défense des parties. Une telle spécialisation répond, en effet, avant tout, à l'intérêt du justiciable qui, préalablement à l'exercice du recours extraordinaire qu'est le pourvoi en cassation, doit pouvoir être utilement informé sur ses chances de succès, par un avocat indépendant qui, à ce stade, procède à un nouvel examen critique du dossier et des décisions auxquelles il a déjà donné lieu.

La procédure sans représentation obligatoire

Néanmoins, certaines affaires relèvent d'une procédure sans ministère d'avocat aux Conseils. Le justiciable peut alors former un pourvoi lui-même ou par un mandataire spécial qu'il choisit pour déposer son pourvoi et établir un mémoire. Cette dérogation s'explique par la volonté de faciliter l'accès du plaideur à la Cour de cassation en lui permettant de saisir lui-même, sans intermédiaire, la juridiction et de faire valoir par écrit ses arguments sans engager de frais d'avocat. En ces matières, le défendeur est lui aussi dispensé de se faire représenter par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Cette dispense du ministère d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation n'existe que dans certains contentieux civils, parmi lesquels notamment la matière prud'homale, la matière électorale, celle de l'assistance

éducative, le surendettement et l'expropriation. Il est à noter qu'après avoir connu un certain engouement, la dispense du ministère d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation a été supprimée par le législateur dans des matières où il l'avait pourtant établie : en matière de baux ruraux, de sécurité sociale ou de loyers d'habitation.

Aux termes des articles 984 et 989 du nouveau Code de procédure civile, en ces matières limitativement énumérées, le demandeur peut donc faire déposer son pourvoi et son mémoire par un mandataire spécial. Le choix de ce mandataire est libre, il peut s'agir d'un tiers, d'un délégué syndical ou d'un avocat à un barreau.

S'agissant de la matière pénale, l'absence de représentation obligatoire des parties résulte des articles 567-2, 574-1, 584, 585 et 585-1 du Code de procédure pénale. La déclaration de pourvoi peut être faite par le demandeur, au greffe de la juridiction qui a rendu la décision, par un avoué près la juridiction qui a statué ou par un fondé de pouvoir spécial. Si le condamné est détenu, le pourvoi peut être formé au moyen d'une déclaration auprès du chef de l'établissement pénitentiaire (articles 576 et 577 du Code de procédure pénale). La personne pénalement condamnée peut ensuite déposer au soutien de son pourvoi un mémoire personnel signé par elle, dans les conditions prévues par les articles 584 et suivants du Code de procédure pénale ; ce mémoire peut être déposé au greffe de la juridiction qui a rendu la décision attaquée soit au moment même de la déclaration soit dans les dix jours suivant celle-ci ; après l'expiration de ce délai, le demandeur au pourvoi condamné pénalement peut encore transmettre directement son mémoire au greffe de la Cour de cassation.

Si les matières dispensées du ministère d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation sont ainsi limitativement énumérées, elles représentent néanmoins, actuellement, près de 50 % du contentieux soumis à la Cour de cassation.

Mais l'expérience révèle que l'intention ainsi manifestée par le législateur ou le pouvoir réglementaire de favoriser les justiciables financièrement défavorisés, loin d'atteindre son but, produit au contraire des effets pervers. Cette facilité apparaît, en réalité, davantage comme un leurre, tant il existe une contradiction évidente entre le caractère social de cette exception au principe de la représentation obligatoire et les chances réelles de voir aboutir les pourvois présentés par les requérants directement. Cette conséquence paradoxale provient de ce que, dans la procédure sans représentation obligatoire, tant en matière civile que pénale, seule disparaît l'obligation de faire appel au ministère d'un avocat aux Conseils, les parties conservant la faculté d'y recourir. Il en résulte des inégalités inévitables et évidentes lorsqu'une seule des parties,

en demande ou en défense, a recours au ministère d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

B - Les conséquences de la dualité des systèmes de représentation et de défense

Observées dans le traitement des parties dans la procédure du pourvoi, ces inégalités ont des répercussions dans les chances que celles-ci ont de voir reconnus leurs droits par le juge de cassation.

Les inégalités procédurales

Les inégalités procédurales qui en résultent sont de quatre ordres :

Le premier se révèle d'abord au stade de la présentation des moyens de cassation. On sait que, selon la procédure de cassation, la Cour ne répond qu'aux moyens critiquant la décision soumise à recours et ces critiques doivent impérativement être énoncées, selon un formalisme correspondant à une logique de raisonnement très précise, dans le délai de production du mémoire en demande. Cette logique formelle de présentation des moyens est la conséquence directe du principe du contrôle de cassation dans l'ordre juridictionnel français selon des cas d'ouverture limitativement fixés par la loi et strictement encadré par la technique de la Cour. Si un moyen de cassation n'a pas, dès l'origine, été bien discerné ou qu'il n'est pas correctement énoncé, le demandeur perd toute chance de faire reconnaître son droit à cassation même si la décision attaquée est contestable, sauf évidemment si la Cour de cassation, à titre exceptionnel, soulève un moyen d'office. L'avocat spécialement formé pour rechercher et présenter les moyens de cassation est donc nécessairement mieux à même que la partie ou son mandataire non spécialisé d'établir la demande en cassation ; celui qui fait le choix d'un tel avocat est donc nécessairement favorisé.

Le second ordre d'inégalité tient au fait que dans les matières dispensées, les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation conservent le monopole de la défense orale. Les mandataires spéciaux que les parties ont éventuellement désignés, fussent-ils avocats au barreau, ne sont pas autorisés à prendre la parole tant devant les formations civiles que pénale de la Cour. Par ailleurs, on relèvera que le caractère essentiellement écrit de la procédure devant la Cour de cassation a pour conséquence que l'audition des avocats aux conseils n'est ni nécessaire ni habituelle. L'intervention des parties elles-mêmes est exceptionnelle ; en matière pénale, si les demandeurs au pourvoi non assistés d'un avocat aux Conseils peuvent éventuellement formuler une requête en vue de leur comparution personnelle conformément aux dispositions d'une ordonnance du 15 janvier 1826, cette faculté est rarement consentie dans la pratique parce qu'elle est, dans la majorité des cas, inutile. Cette prise de parole

des intéressés est, en effet, dépourvue de sens dans la mesure où elle ne présente aucun intérêt réel. On ne voit pas comment des personnes sans qualification particulière pourraient utilement prendre partie à l'oral sur des mémoires ou sur des observations des avocats aux Conseils, des avocats généraux, régis par une stricte technique juridique, ou répondre à des moyens de pur droit soulevés d'office par la Cour.

Le troisième réside, en matière pénale, dans les délais différents qui sont impartis à l'auteur du pourvoi pour présenter un mémoire selon qu'il agit seul ou qu'il est assisté d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Ainsi, en principe, le mémoire du demandeur condamné pénalement agissant seul doit parvenir au greffe de la Cour de cassation un mois au plus tard après la date du pourvoi ; toutefois, une dérogation peut être accordée par le président de la chambre criminelle. Différemment, lorsqu'un avocat aux Conseils intervient et sauf dans l'hypothèse où le demandeur doit déposer son mémoire dans un délai fixé par la loi, le conseiller rapporteur fixe un délai à l'avocat du demandeur pour ce faire ; de même, il fixe un délai pour le dépôt du mémoire du défendeur. En application des dispositions de l'article 590 du code précité, les mémoires doivent être déposés dans le délai imparti. L'inégalité est encore plus grande pour les parties autres que le demandeur "pénalement condamné" qui ne disposent que d'un délai de dix jours pour produire leur mémoire.

Enfin, le quatrième facteur d'inégalité est d'ordre plus général. Les parties ont manifestement plus de chances de faire entendre leur argumentation si elles sont assistées d'avocats spécialisés, connaissant parfaitement la technique du pourvoi et les développements les plus récents de la jurisprudence, proches de la Cour, aptes à suivre de près la procédure, à s'en entretenir avec les présidents, doyens et avocats généraux. C'est la conséquence de la proximité de la Cour d'un ordre restreint d'avocats (soixante charges détenues par quatre-vingt-dix avocats) et des relations privilégiées qui en résultent inévitablement.

2. Les inégalités de chance

De telles inégalités de traitement conduisent inexorablement à des inégalités des chances de voir reconnu son droit devant la Cour de cassation.

Les statistiques établies depuis plusieurs années révèlent que les chances de voir reconnaître ses droits sont sensiblement différentes selon que l'on est ou non assisté d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Elles sont, à peu près, réduites de moitié en matière civile. Elles le sont encore davantage en matière pénale. Les dernières statistiques disponibles pour l'année 2003 montrent, en effet, que devant la chambre criminelle, les demandeurs assistés d'un avocat aux Conseils ont obtenu une décision de cassation dans 9, 09 % des cas, alors que ceux qui ne l'étaient pas dans 1,16% des cas.

En matière civile comme en matière pénale, ce mouvement est aggravé par l'instauration de la procédure de non admission des pourvois qui peut être décidée si le pourvoi n'est pas fondé sur un moyen sérieux. Il est certain que la formulation et la justification du moyen sont des éléments pris en compte dans l'appréciation du sérieux de la contestation. Il en résulte que pour la chambre criminelle, le taux de non admission est de 64, 99 % lorsque le demandeur dépose un mémoire personnel et qu'il n'est que de 20,34 % s'il le fait établir par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Toutes chambres civiles confondues, dans les procédures sans représentation obligatoire, ce taux est de 19, 68 % en cas de formation du pourvoi par un avocat et de 59, 46 % dans le cas contraire.

Force est donc de constater que la technicité du pourvoi en cassation, à laquelle s'ajoute la complexité grandissante du droit, substantiel ou procédural, rend théorique voire illusoire une défense sans avocat, et même une défense sans avocat spécialisé ; l'articulation des moyens de droit est un exercice si particulier que, tous mémoires personnels confondus, ces pourvois sont ainsi très majoritairement voués à l'échec.

Ce déséquilibre, il est important de le noter, procède d'un choix, et d'un choix éclairé, libre et conscient des parties, puisqu'elles ont les moyens de se renseigner sur la spécificité des règles de représentation et de défense devant la Cour de cassation, fût-ce auprès de l'avocat au barreau qui les a jusqu'alors conseillées et que, si elles sont dépourvues des moyens financiers nécessaires au recours à un tel défenseur, elles peuvent, même dans les matières dispensées d'un avocat aux Conseils, solliciter le bénéfice de l'aide juridictionnelle.

II - La procédure du pourvoi en cassation et les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme

Néanmoins, une telle situation ne peut évidemment être sans incidence au regard des exigences du procès équitable. Il convient d'en examiner la jurisprudence au regard du principe d'égalité et d'évoquer ensuite les décisions qui concernent spécifiquement la Cour de cassation.

Les exigences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relativement au principe d'égalité de traitement devant une cour suprême

Le principe de l'égalité des armes trouve à s'appliquer devant les juridictions de premier degré comme devant les juridictions d'appel et de cassation ; selon une jurisprudence constante initiée par l'arrêt Delcourt de 1970 " *Certes, l'article 6 de la Convention n'astreint pas les Etats contractants à*

créer des cours d'appel ou de cassation. Néanmoins, un Etat qui se dote de juridictions de cette nature a l'obligation de veiller à ce que les justiciables jouissent auprès d'elles des garanties fondamentales de l'article 6".

La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît toutefois le particularisme de la défense devant une cour de cassation, et les difficultés liées à cet exercice à titre personnel ; ainsi observe-t-elle, dans l'affaire Pakelli c. Allemagne (25 avril 1983) où le requérant se plaignait de n'avoir pas bénéficié de l'assistance d'un avocat commis d'office devant la chambre criminelle de la Cour fédérale de justice : *"... il va sans dire que la comparution personnelle du demandeur n'eût pas compensé l'absence de son avocat : sans le ministère d'un praticien ..., il ne pouvait contribuer utilement à l'examen des questions de droit du litige..."*.

Mais, comme le répète systématiquement la Cour européenne, *"la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs"* (par exemple, Artico c. Italie, 13 mai 1980).

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'égalité des armes devant la Cour de cassation.

Certes, saisie de requêtes soulevant la question du respect des droits de la défense et de l'égalité des armes devant la Cour de cassation dans les procédures soumises à la Chambre criminelle dans le cas où l'une des parties se défend seule, la Cour européenne des droits de l'homme a énoncé dans l'arrêt du 8 février 2000, Voisine c. France, que

> "*la spécificité de la procédure devant la Cour de cassation peut justifier de réserver aux avocats spécialisés le monopole de la prise de parole"*.

Siégeant en Grand Chambre, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé, dans un arrêt du 26 juillet 2002 : *"Il est clair que la spécificité de la procédure devant la Cour de cassation, considérée dans sa globalité, peut justifier de réserver aux seuls avocats spécialisés le monopole de la prise de parole et qu'une telle réserve n'est pas de nature à remettre en cause la possibilité raisonnable qu'ont les requérants de présenter leur cause dans des conditions qui ne les placent pas dans une situation désavantageuse"*. Dans cet arrêt, la Cour considère en conclusion que *"compte tenu du rôle qui est celui de la Cour de cassation et eu égard aux procédures considérées dans leur ensemble" "le fait de ne pas avoir offert aux requérants l'occasion de plaider leur cause oralement, personnellement ou par l'intermédiaire d'un avocat inscrit à un barreau, n'a pas porté atteinte à leur droit à un procès équitable au sens des dispositions de l'article 6 "*.

Dans l'arrêt précité du 8 février 2000, la Cour a indiqué néanmoins que "*cette spécificité ne peut justifier qu'il ne soit pas offert au demandeur en cassation, auquel est reconnu en droit interne le droit de se défendre personnellement, des moyens de procédure qui lui assureront le droit à un procès équitable devant cette juridiction*".

A partir de ce raisonnement, la Cour a, de manière réitérée, condamné la France pour n'avoir pas permis au requérant se défendant seul, ou assisté d'un conseil autre qu'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, de répondre aux conclusions du ministère public.

Il convient donc de s'attacher à mettre en conformité la procédure suivie devant la Cour de cassation avec les exigences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme telles qu'elles ressortent des décisions récentes. A cette fin, notamment, l'avocat général informe désormais, avant le jour de l'audience, les conseils des parties, et à leur demande les parties elles-mêmes, du sens de ses propres conclusions et ceux-ci ont la possibilité de répliquer par une note en délibéré à l'avis du ministère public.

D'autres aménagements de procédure pourraient être envisagés, et sont d'ailleurs prévus pour améliorer l'information des justiciables non représentés devant la Cour mais le moyen le plus simple, le plus sûr et le moins contestable de se mettre à l'abri de toute critique est, sans aucun doute, la généralisation de la représentation des parties par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation qui rendrait plus effectif l'égal accès des justiciables, même les plus démunis, au juge de cassation et assurerait un droit effectif à un procès équitable. Ainsi toutes les parties seraient également éclairées sur les chances de succès d'un recours éventuel, également conseillées dans la présentation de leur mémoire, également informées de la progression de la procédure, pourraient faire valoir des observations orales en défense, seraient, à égalité, en mesure de prendre partie sur des moyens soulevés d'office par la Cour ou de répliquer aux conclusions du ministère public.

Il faudra alors étudier les dispositions appropriées d'aide juridictionnelle de nature à favoriser l'accès des personnes dont les ressources ne leur permettent pas de recourir à un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

A cette condition, l'extension de la représentation obligatoire, même en matière pénale, non seulement ne serait pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme mais viserait au contraire à une conformité incontestable, absolue et définitive.

Conclusion

Telles sont les brèves observations qui peuvent être présentées relativement à l'égalité des parties devant la Cour de cassation. Comme on le voit, en matière de procédure juridictionnelle comme ailleurs, les meilleures intentions peuvent se retourner contre ceux qu'elles visent à protéger. Lorsque l'on constate de tels effets pervers tant en ce qui concerne les droits effectifs des parties que la conformité de la procédure interne aux standards internationaux, il faut, abandonnant toute tentation démagogique, en tirer les conséquences.

La procédure devant le Conseil d'Etat montre, à cet égard, plus de réalisme puisqu'en effet les recours en cassation ne peuvent être formés que par le ministère d'un avocat aux Conseils à l'exception de ceux dirigés contre les décisions de la commission centrale d'aide sociale et des juridictions des pensions (article R 821-3 du Code de justice administrative). Enfin, dans les matières où les parties peuvent produire seules ou par des mandataires munis d'un pouvoir spécial, ni les unes ni les autres - et pas même l'Etat - n'ont accès à la barre, la Haute juridiction administrative interprétant l'expression "avocat des parties" comme visant nécessairement les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (articles R.613-5 et R 731-4 du même code).

De manière constante, la Cour de cassation souligne, notamment dans ses rapports annuels, la nécessité de revenir à une uniformisation de la procédure de pourvoi qui aurait, au surplus, le mérite d'unifier les procédures de cassation en matière judiciaire et administrative. Le projet de décret préparé par le Garde des Sceaux, Ministre de la justice, généralisant, à quelques exceptions près, la représentation des parties devant la Cour de cassation en matière civile va en ce sens. Les raisons qui détermineraient à introduire la même unification en matière pénale sont encore plus fortes.

Chambres civiles - Pourcentages des décisions par catégorie selon la procédure avec et sans représentation obligatoire

Décisions sur pourvois	avec représentation obligatoire		sans représentation obligatoire		Total	%
Catégorie	Nombre	%	Nombre	%	général	
Cassations	3 176	23,19%	2 198	22,68%	5 374	23%
Déchéances	1 511	11,03%	816	8,42%	2 327	10%
Désistements (arrêts)	186	1,36%	113	1,17%	299	1%
Désistements (ordonnances)	2 415	17,64%	1044	10,77%	3 459	15%
Irrecevabilités	124	0,91%	159	1,64%	283	1%
Non admission	2368	17,29%	3627	37,43%	5 995	26%
Rectifications	3	0,02%	30	0,31%	33	0%
Rejets	3 621	26,44%	1 540	15,89%	5 161	22%
Autres	289	2,11%	163	1,68%	452	2%
Total	**13 693**	**100,00%**	**9 690**	**100,00%**	**23 383**	**100%**

Chambres civiles - Pourcentages des décisions sur les pourvois sans représentation obligatoire selon présence ou non d'un avocat

Décisions sur pourvois	avec avocat		sans avocat		Total	%
Catégorie	Nombre	%	Nombre	%	général	
Cassations	1588	30,91%	610	13,40%	2 198	23%
Déchéances	302	5,88%	514	11,29%	816	8%
Désistements (arrêts)	90	1,75%	23	0,51%	113	1%
Désistements (ordonnances)	879	17,11%	165	3,62%	1 044	11%
Irrecevabilités	37	0,72%	122	2,68%	159	2%
Rectifications	29	0,56%	1	0,02%	30	0%
Non admission	1011	19,68%	2616	57,46%	3 627	37%
Rejets	1 165	22,68%	375	8,24%	1 540	16%
Autres	36	0,70%	127	2,79%	163	2%
Total	**5 137**	**100,00%**	**4 553**	**100,00%**	**9 690**	**100%**

(Pourvois avec ou sans représentation obligatoire, hors requêtes)

Chambre criminelle - Pourcentages des décisions sur les pourvois selon présence ou non d'un avocat

Décisions sur pourvois	Avec avocat		Sans avocat		Total	%
Catégorie	Nombre	%	Nombre	%	général	
Cassations	269	9,09%	58	1,16%	327	4%
Désistements	283	9,56%	280	5,60%	563	7%
Désignation de juridiction	0	0,00%	638	12,76%	638	8%
Irrecevabilité	133	4,49%	55	1,10%	188	2%
Non admissions	602	20,34%	3 250	64,99%	3 852	48%
Rectifications	4	0,14%	0	0,00%	4	0%
Rejets	1 614	54,53%	641	12,82%	2 255	28%
Autres	55	1,86%	79	1,58%	134	2%
Total	**2 960**	**100,00%**	**5 001**	**100,00%**	**7 961**	**100%**

Chambre criminelle - Examen de la catégorie "autres"

Décisions sur pourvois	Avec avocat		Sans avocat		Total	%
Type	Nombre	%	Nombre	%	général	
Annulations	1	1,82%	1	1,27%	2	1%
Déboutement	1	1,82%		0,00%	1	1%
Déchéances	4	7,27%	5	6,33%	9	7%
Extinction d'action publique	6	10,91%	1	1,27%	7	5%
Non lieu à statuer	29	52,73%	51	64,56%	80	60%
Nullité	1	1,82%	2	2,53%	3	2%
Rejet de récusation		0,00%	1	1,27%	1	1%
Requête / pourvoi sans objet	13	23,64%	18	22,78%	31	23%
Total	**55**	**100,00%**	**79**	**100,00%**	**134**	**100%**

Pourcentage des pourvois avec représentation obligatoire

Toutes chambres civiles confondues

- enregistrés en 2000 : **61,28%**
- enregistrés en 2001 : **59,86%**
- enregistrés en 2002 : **58,00%**
- enregistrés en 2003 : **55,27%**

Par chambre pour les pourvois enregistrés en 2002 et orientés vers une chambre :

% par chambre	Civ. 1	Civ. 2	Civ. 3	Commerciale	Sociale
Pourvois avec représentation obligatoire	**92,90%**	**76,19%**	**90,79%**	**100,00%**	**4,38%**
Pourvois sans représentation obligatoire	**7,10%**	**23,81%**	**9,21%**	**0,00%**	**95,62%**

Pourvois sans représentation obligatoire (enregistrés en 2002) selon la présence d'avocat aux conseils :

% par chambre	Civ. 1	Civ. 2	Civ. 3	Commerciale	Sociale	Criminelle
Aucun avocat	**65,99%**	**78,19%**	**22,99%**	**0,00%**	**24,69%**	**58,57%**
Avocat(s) en demande, aucun en défense	**13,71%**	**10,05%**	**29,95%**	**0,00%**	**31,70%**	**25,66%**
avocat(s) en défense, aucun en demande	**15,23%**	**8,09%**	**11,23%**	**0,00%**	**18,16%**	**3,42%**
avocat(s) en demande et en défense	**5,08%**	**3,68%**	**35,83%**	**0,00%**	**25,45%**	**12,36%**

Pourcentage de cassation sur les décisions rendues en 2003 dans les pourvois sans représentation obligatoire :

% par chambre	Civ. 1	Civ. 2	Civ. 3	Commerciale	Sociale	Criminelle
Aucun avocat	**0,00%**	**12,44%**	**1,60%**	**0,00%**	**2,67%**	**0,60%**
Avocat(s) en demande, aucun en défense	**0,51%**	**8,07%**	**0,53%**	**0,00%**	**10,41%**	**1,66%**
avocat(s) en défense, aucun en demande	**0,00%**	**1,51%**	**1,06%**	**0,00%**	**3,26%**	**0,13%**
avocat(s) en demande et en défense	**1,02%**	**1,51%**	**5,32%**	**0,00%**	**6,86%**	**1,70%**
Total	1,53%	23,53%	8,51%	0,00%	23,20%	4,08%

L'ÉGALITÉ DEVANT LA CHAMBRE CRIMINELLE

Emmanuel Piwnica
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation
Président de l'Ordre

Depuis l'abolition par l'article 16 de la loi des 16-24 août 1790[1] des privilèges en matière de juridiction, les droits procéduraux constituent l'un des terrains d'élection du « *principe fondateur de la démocratie* »[2] qu'est le principe d'égalité.

Le Conseil constitutionnel veille à l'égal accès des justiciables à la justice, et notamment à la justice pénale[3], sachant que, selon la formule du doyen Vedel, le principe d'égalité ne joue que toutes choses égales d'ailleurs[4].

L'égalité devant la justice est encore rappelée par les instruments internationaux tel le Pacte sur les droits civils et politiques[5] ; elle l'est surtout à travers l'équité du procès, garantie par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[6].

Le législateur n'a pas manqué de consacrer ce principe en l'inscrivant à l'article préliminaire du code de procédure pénale qui évoque « *l'équilibre des droits des parties* »[7].

Les développements qui vont suivre n'ont pas pour objet d'analyser la

---

[1] *«Tous les citoyens sans distinction plaident dans la même forme, devant les mêmes juges, dans les mêmes cas*».

[2] Conseil d'Etat, Rapport public 1996, n° 48, Sur le principe d'égalité, p. 21, La Documentation française, 1997.

[3] Cons. Const., 23 juillet 1975, DC n°75-5, AJDA 1976, p. 44, note J. Rivero, JCP éd.. G 1975, II, 18200, note C. Franck, décision qui censure la disposition visant à laisser au président du tribunal de grande instance la faculté de décider de manière discrétionnaire de la composition du tribunal appelé à statuer en matière correctionnelle.

[4] G. Vedel, préface de la thèse de P. Delvolvé, Le principe d'égalité devant les charges publiques, LGDJ 1969, p. XIII.

[5] article 14 : « *tous sont égaux devant les tribunaux et cours de justice* ».

[6] par exemple : CEDH, 6 mai 1985, Bönisch c/ Autriche, A.92; 27 octobre 1993, Dombo Beheer BV c/ Pays-Bas, A.274, JCP éd. G 1994, I, 3742, obs. F. Sudre ; en outre, le protocole additionnel n° 12 du 4 novembre 2000 rappelle le « *principe fondamental selon lequel toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi* », enjoignant aux Etats membres du Conseil de l'Europe d'assurer la jouissance sans discrimination de tout droit prévu par la loi.

[7] art. 1er de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes : « *les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles* ».

place du principe d'égalité dans la jurisprudence de la Chambre criminelle mais d'observer comment, sur certains points et sans prétendre à l'exhaustivité, il s'exprime dans l'instance en cassation.

La procédure suivie devant la Chambre criminelle est prévue aux articles 567 et suivants du Code de procédure pénale dont certaines dispositions ont déjà été soumises à l'épreuve des exigences du procès équitable par la Cour européenne des droits de l'homme. On examinera dans un premier temps les modalités selon lesquelles la Chambre criminelle veille au respect de l'égalité des parties dans la procédure (I).

Mais, cette première interrogation n'épuise pas la question. Il ne saurait y avoir d'équité du procès sans égalité des justiciables devant la justice, de sorte que la réflexion portera, dans un second temps, sur l'égalité des justiciables face au jugement (II).

I - Égalité et procédure

Composante fondamentale du droit au procès équitable, l'égalité des armes est garantie tant par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme que par l'article préliminaire du code de procédure pénale. Elle l'était déjà, avant l'édiction de ces textes, par la jurisprudence elle-même.

Toute partie à l'instance doit jouir d'une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal, dans des conditions qui ne la désavantagent pas de manière significative par rapport à la partie adverse[8], ce qui implique que les parties disposent des mêmes moyens pour faire valoir leurs arguments.

Dans le procès pénal, l'égalité des armes implique, outre l'égalité de traitement entre les parties privées, un équilibre des droits processuels de l'accusation et de la défense.

Mais l'égalité des armes ne cesse pas avec le jugement : elle n'est assurée que si elle prévaut également dans l'exercice des voies de recours[9].

Il convient tout d'abord de rechercher si les parties au procès pénal jouissent d'un égal accès au juge de cassation (A) avant d'examiner si la procédure suivie devant la Chambre criminelle garantit l'égalité des armes (B).

---

[8] par exemple : CEDH, Dombo Beheer, préc.

[9] Cass. Crim., 7 octobre 2003, Droit pénal 2004, comm. n° 13, obs. A. Maron ; Cass. Crim., 6 mai 1997, Bull. crim., n°170, p. 566.

A - L'égalité des armes dans l'exercice du pourvoi

La Convention européenne des droits de l'homme n'exige pas de ses signataires qu'ils se dotent d'une juridiction de cassation. Les parties jouissent néanmoins, en droit interne, de la faculté de former un pourvoi (1). Le juge de cassation, lorsqu'il existe, n'est pas dispensé du respect des exigences du procès équitable[10] : le pourvoi en cassation doit, en conséquence, s'exercer dans le respect de l'égalité des armes (2).

1. La formation du pourvoi[11]

Considérant que tout justiciable doit pouvoir faire vérifier que la décision qui le concerne est conforme à la loi, le Conseil d'Etat tient le droit de former un recours pour un principe général du droit[12], de sorte que le pourvoi en cassation reste ouvert, quand bien même la décision serait « *insusceptible de recours* »[13].

Si la Cour de cassation a consacré ce droit au recours à l'égard des décisions de condamnation des juridictions répressives de première instance[14], elle décide en revanche que la formule « *sans recours possible* » s'applique au pourvoi en cassation comme à toute autre voie de recours[15].

Cette position de principe connaît toutefois des infléchissements. Il en va ainsi en matière d'extradition[16].

L'irrecevabilité du pourvoi en cassation cède également devant l'excès de pouvoir : les ordonnances rendues par le président de la chambre de l'instruction en application des articles 173 ou 186-1 du code de procédure

---

[10] CEDH, 17 janvier 1970, Delcourt c/ Belgique, A.11; 26 octobre 1984, De Cubber c/ Belgique, A.86; 26 mai 1988, Ekbatani c/ Suède, A.134.

[11] J. Barthélémy, Le droit au pourvoi *in* Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à P. Drai, Dalloz 2000, p. 185.

[12] CE Ass., 19 octobre 1962, Canal, Robin et Godot, Rec. p. 552, AJDA 1962, p. 612, note de Laubadère.

[13] CE Ass., 7 février 1947, D'Aillières, Rec., p. 50, RDP 1947, p. 68, concl. Odent, note Waline.

[14] Cass. Crim., 7 octobre 2003, préc.

[15] Cass. Civ. 1ère, 6 décembre 1994, Bull. civ. I, n° 364, p. 263; Cass. Civ. 2ème, 9 mai 1983, Bull. civ. II, n° 107, p. 74.

[16] Cass. Crim., 17 mai 1984, Bull. crim., n° 183, p. 473, JCP éd. G 1985, II, 20332 note J. Borricand, D. 1984, jur. p. 536, note W. Jeandidier : recevabilité du pourvoi contre l'avis émis par une chambre d'accusation en dépit des termes de l'article 16 de la loi du 10 mars 1927.

pénale, qui ne sont pas susceptibles de recours[17], peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cas de « *risque d'excès de pouvoir* »[18].

Le droit de former un pourvoi résulte encore du silence des textes. Est ainsi susceptible d'un pourvoi en cassation la décision de la chambre de l'instruction statuant sur le fondement des articles 224 et 230 du code de procédure pénale[19].

Enfin, dans la ligne tracée par la Cour européenne des droits de l'homme[20], la détention du demandeur ne peut plus constituer une condition de recevabilité du recours : le pourvoi du prévenu en fuite est dorénavant recevable[21]. De même, la procédure de la mise en état, qui obligeait le demandeur au pourvoi condamné à une peine d'emprisonnement de plus de six mois, durée portée à un an par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999, à se constituer prisonnier la veille de l'audience de cassation à peine de déchéance de son pourvoi, a été supprimée[22] ; et le législateur remanie actuellement la procédure de contumace[23].

Les exigences du procès équitable concernent également l'exercice du pourvoi.

2. L'exercice du pourvoi

Les distinctions mentionnées à l'article 567 du code de procédure pénale dans l'exercice du pourvoi concernent la phase d'instruction (a) celle de jugement (b) et dans chacune de ces phases, les arrêts « *intermédiaires* » (c).

---

[17] Cass. Crim., 18 décembre 2001, Bull. crim., n° 271, p. 888 ; 17 décembre 2002, n° 228, p. 838.

[18] Ord. Prés., 5 mai 1997, Bull. crim., n° 160, p. 530 ; Cass. Crim., 18 septembre 2001, Bull. crim., n° 180, p. 587 ; 11 décembre 2001, n° 257, p. 850.

[19] Cass. Crim., 26 février 1997, Bull. crim., n° 78, p. 252, D. 1997, jur. p. 297, note J. Pradel.

[20] CEDH, 14 décembre 1999, Khalfaoui, JCP éd. G 2000, I, p. 203, obs. F. Sudre, D. 2000, somm. comm. p. 180, obs. J.-F. Renucci, arrêt qui condamne la mise en état ; voir également : CEDH, 23 novembre 1993, Poitrimol, D. 1994, somm. comm. p. 187, obs. J. Pradel ; 29 juillet 1998, Omar et Guérin, D. 1998, somm. comm. p. 364, obs. J.-F. Renucci, JCP éd. G 1999, I, 105, obs. F. Sudre.

[21] Cass. Crim., 30 juin 1999, Bull. crim., n° 167, p. 478, Droit pénal 1999, comm. n° 156, obs. A. Maron.

[22] La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 a abrogé l'article 583 du code de procédure pénale ; pour un exemple de la jurisprudence antérieure : Cass. Crim., 30 juin 1999, Bull. crim., n° 167, p. 478.

[23] article 66 du projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; sur l'incompatibilité de l'article 636 du code de procédure pénale avec l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme : CEDH, 13 février 2001, Krombach c/ France, D. 2001, p. 3302, note J.-P. Marguénaud.

a) La phase d'instruction

Avant la réforme de la procédure pénale opérée par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993, seuls les magistrats étaient des acteurs "actifs" de l'information ; l'inculpé, la partie civile étaient passifs : privés du droit de demander des actes, de faire valoir des nullités.

La loi du 4 janvier 1993 -modifiée le 24 août suivant- est revenue sur cette solution. Sur ce point, l'inégalité des armes entre ministère public et parties privées a été abandonnée.

S'agissant du pourvoi en cassation, des inégalités demeurent : le ministère public a le droit de se pourvoir contre tous les arrêts de la chambre de l'instruction qu'il a intérêt à attaquer, quand la partie civile et le mis en examen voient leur droit d'accès au juge de cassation limité respectivement par les articles 575 et 574 du code de procédure pénale.

En premier lieu, l'article 575 du Code de procédure pénale limite le droit d'accès au juge de cassation de la partie civile qui, en principe, n'est pas recevable à former un pourvoi contre un arrêt rendu par une chambre de l'instruction en dehors des 7 hypothèses énumérées à son second alinéa.

Et il importe peu que les motifs de l'arrêt critiqué soient erronés, inopérants ou contradictoires[24].

Si la partie civile jouit, depuis l'arrêt Laurent-Athalin[25], de la faculté de mettre en mouvement l'action publique, le législateur a estimé que l'intérêt général n'exige pas qu'elle dispose en outre de la faculté de former un pourvoi lorsque le ministère public n'a pas estimé utile d'exercer ce recours.

Une telle limitation peut s'expliquer par le fait que la défense de l'ordre public, dont le ministère public est seul responsable, justifie que ce dernier dispose de droits plus étendus que ceux des parties privées[26]. La partie civile

---

[24] Cass. Crim., 12 mars 1959, Bull. crim., n° 175, p. 349 qui déclare irrecevable un pourvoi formé par une partie civile bien qu' « *en l'état de ces motifs dont les uns sont erronés et les autres inopérants ou contradictoires, la chambre d'accusation, loin d'avoir légalement justifié sa décision, [ait] méconnu les dispositions de l'article 341 du Code pénal dont les circonstances de fait, telles que l'arrêt les avait lui-même énoncées, commandaient l'application* ».

[25] Cass. Crim., 8 décembre 1906, arrêt Laurent-Athalin, Les grands arrêts du droit criminel, Dalloz 1995, T. 2, p.38 ; J. Brouchot, L'arrêt Laurent-Athalin, sa genèse et ses conséquences *in* La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin, Editions Cujas, p. 412.

[26] voir notamment sur les pouvoirs propres du ministère public : Cass. Crim., 5 mars 1970, Bull. crim., n° 93, p. 215, JCP éd. G 1970, II, 16556, note M.-L. Rassat.

peut certes mettre en mouvement l'action publique, selon les modalités prévues par les articles 2 et suivants du code de procédure pénale ; son droit d'appel devant la chambre de l'instruction l'autorise à critiquer les ordonnances du juge d'instruction qui lui font grief. Pour autant, elle n'est pas recevable, en dehors des exceptions du second alinéa de l'article 575 du code de procédure pénale, à former un pourvoi.

La Chambre criminelle et la Cour de Strasbourg ont d'ailleurs décidé que cette restriction n'était pas contraire aux exigences du procès équitable, étant rappelé que la partie civile conserve la faculté de faire valoir ses droits devant la juridiction civile[27].

Cette préférence donnée à la limitation de l'accès au juge de cassation par la partie civile par rapport au contrôle de légalité peut étonner. Mais la Chambre criminelle n'approuve pas l'arrêt illégal qui lui est soumis : elle se borne à constater l'irrecevabilité.

Au demeurant, quand bien même le pourvoi de la partie civile serait irrecevable, le procureur général près la Cour de cassation peut encore former un pourvoi dans l'intérêt de la loi conformément à l'article 621 du code de procédure pénale lorsqu'il apparaît que l'illégalité de la décision soumise à la Cour de cassation est à ce point choquante que les juges ne peuvent, sous couvert d'irrecevabilité, s'abstenir de la désapprouver, sans pour autant en faire profiter la partie civile[28].

En second lieu, la personne mise en examen n'a, pas plus que la partie civile, un droit absolu à se pourvoir contre un arrêt de la chambre de l'instruction. Son droit varie selon la gravité de l'infraction poursuivie.

En matière criminelle, le mis en examen est admis à se pourvoir, sans restriction, contre l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises.

En matière correctionnelle ou de police, il résulte des dispositions de l'article 574 du code de procédure pénale que le mis en examen ne peut former de pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction qui le renvoie devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police que s'il statue sur la compétence ou s'il comporte des dispositions définitives qui s'imposeraient au tribunal[29].

---

[27] CEDH, 3 décembre 2002, Berger c/ France, req. n° 48221/99 ; Cass. Crim., 23 novembre 1999, Bull. crim., n° 268, p. 836.

[28] Cass. Crim., 2 décembre 1998, Bull. crim., n° 327, p. 948 ; voir également : Cass. Crim., 30 avril 1996, Bull. crim., n° 178, p. 510.

[29] Cass. Crim., 1er décembre 1960, Bull. crim., n° 565, p. 1108.

b) La phase de jugement

Les décisions juridictionnelles rendues en dernier ressort sont susceptibles de pourvoi, sauf disposition contraire.

L'« *accusé* » peut ainsi former un pourvoi contre la décision qui le condamne.

La partie civile peut, pour sa part, se pourvoir contre les décisions qui ont statué sur son action civile, sans pour autant jouir d'un droit de critique aussi étendu que celui du ministère public : ainsi n'est-elle pas recevable à invoquer l'incompétence des juridictions pénales devant la Chambre criminelle[30].

c) Les arrêts qui ne mettent pas fin à l'instance

Les articles 570 et 571 du code de procédure pénale sont le siège d'une parfaite égalité : parties poursuivantes -ministère public et partie civile- et partie poursuivie sont soumises à la même règle. Lorsqu'une décision ne met pas fin à l'instance, que ce soit par un arrêt de renvoi devant la juridiction de jugement ou de non lieu dans la phase d'instruction, ou un arrêt distinct de l'arrêt sur le fond dans la phase de jugement, l'examen immédiat du pourvoi est subordonné à une ordonnance d'admission du président de la Chambre criminelle qui se prononce au regard de l'intérêt de l'ordre public ou d'une bonne administration de la justice.

Echappent à ce mécanisme les arrêts rendus par la cour d'assises pendant l'instruction à l'audience ainsi que les décisions rendues en matière de détention provisoire ou de contrôle judiciaire.

Toutes les parties sont ainsi soumises à la même règle, appliquée à l'identique, étant cependant observé que des distinctions subsistent : le pourvoi de la partie civile demeure soumis aux dispositions de l'article 575 du code de procédure pénale dont l'application est cumulative de celle des articles 570 et 571. Réciproquement si la partie civile est recevable à former un pourvoi contre l'arrêt qui déclare irrecevable sa constitution, la jurisprudence paraît considérer, en dépit de quelques hésitations, que le même droit, sans limitation, doit être accordé à la personne mise en examen lorsqu'elle critique un arrêt ayant admis la recevabilité de la constitution de partie civile[31].

---

[30] Cass. Crim., 22 juin 1994, Bull. crim., n° 248, p. 604, JCP éd. G 1994, II, 22310, obs. M.-L. Rassat.

[31] Cass. Crim., 6 mars 1990, Bull. crim., n° 104, p. 270 et les arrêts cités ; et Cass. Crim., 30 janvier 2002, Bull. crim., n° 14, p. 36.

B - L'égalité des armes dans le respect du contradictoire

L'égalité des armes s'entend essentiellement du droit à une procédure contradictoire qui constitue un élément fondateur du procès équitable.

La contradiction suppose de pouvoir discuter tous les arguments de fait et de droit avancés par la partie adverse. En la matière, force est de constater que les inégalités sont plus apparentes que réelles, que l'on envisage le rôle du parquet général de la Cour de cassation (1) ou la confrontation des parties au procès pénal (2).

1. L'avocat général à la Cour de cassation et l'égalité des armes

La Cour de Strasbourg a estimé que l'égalité des armes et le principe du contradictoire imposent à l'avocat général de transmettre ses observations aux parties, afin qu'elles puissent y répliquer[32]. La pratique consistant à informer les parties du sens des conclusions de l'avocat général et à leur offrir la possibilité d'y répondre soit oralement soit par une note en délibéré permet aujourd'hui de satisfaire aux exigences du procès équitable[33]. Cette solution est constante pour la Cour européenne[34].

De même, la Cour de Strasbourg a considéré que méconnaissait l'égalité des armes la communication à l'avocat général du rapport et du projet d'arrêt alors que les parties ne recevaient que la première partie du rapport[35].

Tout en reconnaissant l'indépendance de l'avocat général, la Cour européenne retient qu'il peut influencer la décision des juges dans un sens défavorable à la thèse des demandeurs et que les justiciables peuvent en conséquence avoir l'impression qu'il est l'allié objectif des juges du siège[36].

La solution retenue par la Cour de Strasbourg a été critiquée au regard du rôle spécifique de l'avocat général à la Cour de cassation[37].

---

[32] CEDH, 20 févr. 1996, arrêt Vermeulen c/ Belgique et Lobo Machado c/ Portugal, JCP éd. G 1997, I, 4000, obs. F. Sudre, RTD civ. 1996, p. 1028, obs. J.-P. Marguénaud.

[33] CEDH, 31 mars 1998, Reinhardt et Slimane Kaïd c/ France, JCP éd. G 1999, II, 10074, note S. Soler.

[34] CEDH, 26 juillet 2002, Meftah c/ France, D. 2003, somm. comm. p. 594, note N. Fricero; 27 novembre 2003, Slimane-Kaid c/ France (2), req. n° 48943/99.

[35] CEDH, Slimane Kaïd (1) et (2), préc.

[36] CEDH, 30 octobre 1991, Borgers c/ Belgique, série A, n° 214-A; CEDH, Slimane Kaïd (1) et (2), préc.

[37] J. Sainte-Rose, Le parquet général de la Cour de cassation "réformé" par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mythe ou réalité ? D. 2003, p. 1443.

2. L'égalité des armes entre les parties au procès pénal

Si l'on se penche, en premier lieu, sur les prérogatives du parquet, on constate que l'égalité avec les parties privées n'est pas parfaitement assurée, puisque les articles 584 et 585 du code de procédure pénale ne sont pas applicables aux mémoires déposés à l'appui de ses pourvois par le ministère public[38], auquel aucun délai n'est imparti.

La Cour de cassation a rétabli l'équilibre en exigeant du ministère public qu'il dépose son mémoire dans un délai raisonnable[39].

S'agissant en second lieu des parties privées, on constate également que les droits procéduraux diffèrent selon qu'elles sont ou non représentées par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation[40].

D'une part, à l'exception du demandeur pénalement condamné et en dehors des cas de délais légaux prévus par les articles 567-2 et 574-1 du code de procédure pénale[41], la faculté de transmettre le mémoire exposant les moyens de cassation directement au greffe de la Cour de cassation, au-delà du délai de dix jours à compter de la déclaration de pourvoi prévu par l'article 584 du code de procédure pénale, est réservée aux parties représentées par un avocat aux conseils[42].

D'autre part, le mémoire du demandeur pénalement condamné doit parvenir au greffe de la Cour de cassation un mois au plus tard après la date du pourvoi, sauf dérogation accordée par le président de la Chambre criminelle tandis que le délai de dépôt des mémoires est fixé par le conseiller rapporteur lorsqu'un avocat aux conseils est constitué.

La Cour de Strasbourg a validé ces distinctions[43].

---

[38] Cass. Crim., 23 janvier 2001, Bull. crim., n° 17, p. 42.

[39] Cass. Crim., 10 décembre 2002, Bull. crim., n° 221, p. 820.

[40] A. Lyon-Caen, Les avocats dans les procédures écrites *in* Le juge entre deux millénaires, préc., p. 415.

[41] Arrêts rendus par les chambres de l'instruction en matière de détention provisoire et de mise en accusation.

[42] Cass. Crim., 30 octobre 2000, Bull. crim., n° 320, p. 951.

[43] CEDH, 8 juillet 2003, Fontaine et Bertin c/ France, req. n^{os} 38410/97 et 40373/98.

Enfin, les avocats aux conseils ont le monopole de la prise de parole devant la Chambre criminelle, solution approuvée par la Cour de Strasbourg eu égard à la spécificité de la procédure[44].

En revanche, l'inégalité des chances entre une partie assistée d'un conseil et une partie agissant seule a suscité des interrogations légitimes.

Le premier président de la Cour de cassation a constaté : « *les dernières statistiques disponibles pour 2001 montrent […] que devant la Chambre criminelle, le demandeur est déchu de son pourvoi, faute d'avoir accompli les diligences procédurales nécessaires, dans 6,94 % des cas s'il est représenté par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation mais dans 81,83 % des cas s'il ne l'est pas* »[45], à tel point que l'on peut légitimement se demander si l'accès effectif au juge est assuré[46].

Le jugement du pourvoi appelle aussi des interrogations quant à l'application du principe d'égalité.

II - Égalité et décision

Le Conseil constitutionnel a rappelé que le principe d'égalité devant la justice faisait obstacle à ce que des justiciables se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes[47], ce qui n'exclut nullement que le législateur prévoie « *des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées des garanties égales aux justiciables* »[48], principe dorénavant consacré par l'article préliminaire du code de procédure pénale.

---

[44] CEDH, 8 février 2000, Voisine c/ France, D. 2000, somm. comm. p. 186, obs. N. Fricero; 26 juillet 2002, Meftah c/ France, préc.

[45] G. Canivet, L'accès au juge de cassation et le principe d'égalité, PA 2002, p. 15 ; voir aussi l'étude de M. Canivet, en page 45, au présent rapport.

[46] Sur le droit d'accès effectif au juge : CEDH, 9 octobre 1979, Airey c/ Irlande, série A, n° 32.

[47] Cons. Const. 23 juillet 1975, préc.

[48] Cons. Const., 19-20 janvier 1981, DC n° 80-127 (sécurité et liberté) ; 3 septembre 1986, DC n° 86-21.

L'égalité des chances ne se satisfait pourtant pas de l'existence d'une même règle pour tous les justiciables placés dans une situation identique. Encore faut-il qu'elle soit appliquée de manière effective et égale.

Le juge doit donc se garder, dans l'application de la loi, des différences de traitement arbitraires. C'est au regard de ces principes que seront examinées la faculté pour la Chambre criminelle de relever des moyens d'office (A) et l'application de la théorie de la peine justifiée (B).

A. Les moyens relevés d'office

Le moyen relevé d'office est un moyen que le juge soulève de sa propre autorité « *lorsque ceux des parties n'ont pas épuisé le débat* »[49]. La Chambre criminelle a le devoir de relever d'office les moyens d'ordre public négligés par les parties ou les juges du fond. Les modalités selon lesquelles elle agit seront examinées au plan de l'égalité entre justiciables (1), et du débat contradictoire (2).

1. La faculté de relever les moyens d'office

Le juge répressif a l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public : véritable obligation pour les juges du fond à peine de censure par la Chambre criminelle, ce devoir s'applique naturellement au juge du droit. On concevrait mal une solution différente[50].

Ainsi qu'il a été exactement observé à propos de la requalification des faits, en matière civile, affirmer que le juge aurait la faculté, et non le devoir, de requalifier reviendrait à « *dispenser le juge des devoirs de sa charge* »[51]. C'est pourquoi l'article 595 du code de procédure pénale énonce le « *droit qui appartient à la Cour de cassation de relever tous moyens d'office* », qu'ils tendent à la cassation ou au rejet du pourvoi.

Reste à savoir s'il s'agit d'une simple faculté ou d'une obligation : si l'on s'en tient au texte, sa formulation affirmative présente un caractère impératif. Le droit accordé à la Cour de cassation serait ainsi un devoir. Il serait excessif de vilipender sans nuance la marge d'appréciation que peut s'accorder le juge, qui peut contribuer à une bonne administration de la justice, en obviant à la rigueur de la stricte application des textes.

---

[49] E. Baraduc, Le juge civil de cassation, le moyen relevé d'office et le principe de la contradiction, à paraître.

[50] J. Boré, La cassation en matière pénale, LGDJ 1985, §3086.

[51] G. Bolard, L'arbitraire du juge *in* Le juge entre deux millénaires, préc., p. 225.

Que l'on songe à la pratique de la correctionnalisation judiciaire[52].

Cette pratique conduit à contourner les règles d'ordre public de la compétence pénale ; au strict plan de l'égalité entre justiciables, elle n'écarte pas le risque d'arbitraire dès lors que le même fait peut conduire à faire juger l'un par une cour d'assises et l'autre par une juridiction correctionnelle.

Dans le même temps, elle permet au juge pénal de prendre acte de la désuétude d'une incrimination ou d'appréhender au plus juste les faits à l'origine des poursuites en tenant compte de la personnalité des parties.

Dans la mesure où elle repose sur une déformation délibérée des faits, - on occultera une circonstance aggravante, voire une qualification plus élevée - elle ne peut intervenir qu'avec l'accord de tous les acteurs du procès pénal, savoir le ministère public, la partie poursuivie et le cas échéant la partie civile, qui renoncent à soulever l'incompétence. C'est un « *mensonge accepté* »[53]. Et il faut reconnaître que la Chambre criminelle, de manière nécessairement implicite, le juge du droit ne pouvant raisonnablement approuver une incompétence manifeste, l'accepte parfois. Le législateur a pris acte de la nécessité d'admettre le principe même de la correctionnalisation[54].

L'une des questions essentielles reste celle du respect du principe du contradictoire : un moyen ne peut être relevé d'office, quel que soit son objet, sans que les parties aient été invitées à s'expliquer.

2. Le débat contradictoire

Alors que l'article 1015 du nouveau code de procédure civile impose à la Cour de cassation le respect du principe du contradictoire lorsqu'elle envisage de soulever un moyen d'office en matière civile[55], le code de procédure pénale ne contient aucune disposition équivalente.

Pour autant, la Chambre criminelle n'en est pas affranchie, puisque l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme impose de soumettre le moyen relevé d'office à l'épreuve du contradictoire.

---

[52] P. Decheix, En finir avec l'hypocrisie de la correctionnalisation judiciaire, GP 1970, 2, doct., p. 180.

[53] Pradel et Varinard, Les grands arrêts du droit criminel, Dalloz 1995, T. 2, p. 25.

[54] article 55 du projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

[55] E. Baraduc, préc.

La Cour de Strasbourg a ainsi jugé que le contradictoire devait être respecté en cas de requalification des faits, le tribunal devant inviter l'accusé ou le prévenu à présenter ses observations[56]. Et la Chambre criminelle a désormais fait sienne cette solution à l'égard des requalifications opérées par les juges du fond[57].

L'absence de débat contradictoire présente une double difficulté au plan de l'égalité des justiciables.

D'une part, le juge qui relève un moyen d'office se préoccupe certes du respect de la loi mais vient nécessairement au secours de la thèse soutenue soit par l'accusation, soit par la défense, de sorte que l'égalité des armes n'est préservée que si la partie adverse a la possibilité de le discuter[58].

D'autre part, le demandeur au pourvoi s'expose, par ce biais, à l'aggravation de sa situation. La Chambre criminelle a montré sa préoccupation pour cette question en jugeant que la requalification ne pouvait conduire le juge d'appel à aggraver le sort du prévenu sur son seul appel et qu'il suffisait alors que le juge d'appel n'inflige pas une peine plus grave que celle prononcée en première instance[59].

L'effet relatif de l'exercice des voies de recours devrait pourtant s'opposer à ce que « *sur le seul pourvoi du condamné, soit soulevé un moyen d'office qui puisse lui nuire : le pourvoi du seul condamné ne livre aux investigations de la Cour la procédure contre laquelle il est dirigé, que dans la mesure où elle peut aboutir à une cassation en sa faveur* »[60].

Alors que l'article 515 du code de procédure pénale interdit à la cour d'appel d'aggraver le sort d'une partie sur son seul recours, aucun texte ne limite les pouvoirs de la Chambre criminelle qui n'hésite pas à relever d'office

---

[56] CEDH, 25 mars 1999, Pélissier et Sassi c/ France, req. n° 25444/94, Procédures 1999, comm. n° 186, obs. J. Buisson, JCP éd. G 2000, I, 203, obs. F. Sudre.

[57] Cass. Crim., 16 mai 2001, Bull. crim., n° 128, p. 394 ; 12 septembre 2001, n° 177, p. 577 ; 17 octobre 2001, n° 213, p. 681 ; 5 mars 2003, n° 60, p. 226 ; 4 novembre 2003, BICC 1er février 2004, n° 137 : s'il appartient aux juges répressifs de restituer aux faits dont ils sont saisis leur véritable qualification, c'est à la condition que les prévenus aient été en mesure de se défendre sur la nouvelle qualification envisagée, jurisprudence qui revient sur la solution antérieure selon laquelle les juges ont le devoir de restituer à la poursuite sa qualification véritable sous la seule réserve de ne pas ajouter aux faits visés par la prévention ; voir par exemple : Cass. Crim., 29 octobre 1996, Bull. crim., n° 378, p. 1103.

[58] E. Baraduc, article préc.

[59] Cass. Crim., 12 janvier 1923, DP 1924.1.57.

[60] P.-E. Trousse, Le moyen d'office dans la jurisprudence de la Chambre criminelle des Cours de cassation de France et de Belgique, Mélanges Patin, préc., p.654.

un moyen, bien que la cassation qui s'ensuit soit défavorable à l'auteur du pourvoi[61]. Ce n'est que dans l'hypothèse où la cassation est prononcée en application de l'article 612-1 du code de procédure pénale au profit d'une partie qui ne s'est pas pourvue que la Chambre criminelle reconnaît que l'application de ce texte ne peut conduire à l'aggravation du sort du condamné[62].

En s'abstenant d'informer les parties, la Chambre criminelle interdit au demandeur de faire valoir son point de vue sur la pertinence du moyen envisagé, voire de faire échec au moyen relevé d'office en se désistant de son pourvoi.

Elle peut ainsi relever d'office l'incompétence de la juridiction correctionnelle, conduisant au renvoi du demandeur devant une cour d'assises, sans que ce dernier soit en mesure de débattre de la qualification des faits retenus à son encontre[63].

La question se pose d'ailleurs dans des termes identiques dans les cas où la Chambre criminelle entend rejeter un pourvoi en opérant une substitution de motif ou casser sans renvoi, en application de l'article L.131-5 du code de l'organisation judiciaire, lorsque les faits tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée et qu'elle prononce elle-même la peine aux lieu et place des juges du fond[64].

Il est vrai qu'une pratique s'instaure désormais chez les rapporteurs d'informer préalablement les avocats aux conseils des moyens qui pourraient être relevés d'office, qu'il s'agisse de moyens de cassation ou de défense et que l'ancien usage paraît ainsi en voie d'abandon.

Une seconde source de difficulté quant à l'application du principe d'égalité réside dans la théorie de la peine justifiée.

B. La théorie de la peine justifiée[65]

---

[61] Cass. Crim., 17 janvier 1991 et 21 février 1991, Droit pénal 1991, comm. n° 162, obs. A. Maron.

[62] Cass. Crim., 29 février 2000, Bull. crim., n° 90, p. 264 ; sur la consécration législative de cette jurisprudence, voir l'article 67 du projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

[63] Cass. Crim., 24 juillet 1956, Bull. crim., n° 574, p. 1031.

[64] voir par exemple : Cass. Crim., 10 novembre 1998, Bull. crim., n° 294, p. 850.

[65] J.-M. Robert , La peine justifiée, Mélanges Patin, préc., p. 567.

Une expression spécifique à la Chambre criminelle du moyen relevé d'office tient à la faculté qu'elle s'est donnée d'approuver une décision de culpabilité aux motifs que la critique ne serait que partiellement fondée.

Depuis un arrêt des Chambres réunies du 30 mars 1847[66], la Chambre criminelle sauve de l'annulation la décision qui lui est soumise lorsqu'en dépit d'une qualification erronée, elle prononce une peine qui aurait effectivement été encourue si les faits avaient été exactement qualifiés.

Son fondement légal improbable - l'article 598 du code de procédure pénale n'écarte l'annulation d'un arrêt qui prononce une peine "justifiée" que dans l'hypothèse d'une « *erreur dans la citation du texte de loi* » - lui a valu d'être qualifiée d'« *expédient* » par un éminent auteur[67].

Exploitant les ressources de la technique de cassation (1), la théorie de la peine justifiée heurte le principe d'égalité des justiciables, dans un domaine où il devrait s'imposer avec vigueur (2).

1. La technique

Elle consiste à déclarer justifié le dispositif d'un arrêt de condamnation, lorsque la peine prononcée est identique à celle que le juge du fond aurait pu prononcer si l'erreur n'avait pas été commise[68]. Le moyen de cassation qui critique la qualification erronée, pour pertinent qu'il soit, est inopérant.

Lorsqu'une seule infraction a été commise, la Chambre criminelle procède par substitution de base légale, pour affirmer que la peine est justifiée. Si plusieurs infractions ont été commises, elle dit n'y avoir lieu à examiner le moyen, la peine prononcée étant justifiée au regard des infractions qui ont été légalement constatées.

Une technique identique est mise en œuvre pour déclarer légalement justifié l'arrêt qui, par erreur, a condamné le prévenu en qualité d'auteur principal d'une infraction alors qu'il n'en était que le complice[69], ou pour avoir commis une infraction alors qu'il était l'auteur d'une simple tentative.

---

[66] Cass. 30 mars 1847, D. 1847.1.168.

[67] Maurice Patin, Essai sur la peine justifiée, Thèse Paris, 1936.

[68] J.-M. Robert , La peine justifiée, préc.

[69] Cass. Crim., 30 janvier 1979, Bull. crim., n° 44, p. 125.

La théorie de la peine justifiée ne se déploie toutefois pas sans limite. Elle doit être écartée lorsqu'elle conduit à méconnaître les règles d'ordre public relatives à l'organisation et à la compétence des juridictions pénales[70].

Elle est également inapplicable lorsque la circonstance aggravante de récidive a été retenue à tort par les juges du fond, la Cour de cassation considérant, dans cette hypothèse, que « *la constatation injustifiée de l'état de récidive a pu exercer une influence sur l'application de la peine et préjudicier ainsi au demandeur* »[71].

Cette dernière concession démontre encore que la théorie de la peine justifiée n'est pas satisfaisante, puisqu'elle produit des effets défavorables au prévenu ou à l'accusé, qu'il n'aurait pas eu à subir s'il avait été poursuivi sous une qualification exacte.

Il est vrai que le revirement de jurisprudence intervenu en matière de requalification permet de pallier certains effets néfastes de la peine justifiée[72].

2. La rupture d'égalité

Le rejet d'un pourvoi sur le fondement de la théorie de la peine justifiée entraîne une rupture d'égalité.

En premier lieu, si la peine prononcée par l'arrêt attaqué est légalement justifiée, en ce qu'elle entre dans les prévisions du texte d'incrimination, il est probable que l'erreur de qualification a, dans l'esprit du juge, influé sur le quantum ou la nature de la peine.

Ainsi qu'il a été exactement observé, le condamné se voit « *refuser en définitive la garantie élémentaire d'une sanction appropriée* »[73], en méconnaissance du principe de personnalisation de la peine.

De même, il est permis de penser qu'il n'est pas indifférent au juge qui prononce la peine que le prévenu soit auteur ou complice de l'infraction ou que l'infraction ait été tentée ou consommée.

---

[70] Cass. Crim., 1er juillet 1997, Bull. crim., n° 261, p. 892.

[71] Cass. Crim., 5 janvier 1965, Bull. crim., n° 3, p. 4 ; 23 mars 1982, n° 84, p. 228.

[72] cf. supra, note 57.

[73] J. Boré, La cassation en matière pénale, § 3166.

L'accusé a sans nul doute, à sanction égale, un intérêt moral à être condamné pour une infraction plutôt que pour plusieurs ou sous une qualification plutôt qu'une autre, à la connotation sociale éventuellement plus infamante et dont les conséquences peuvent être distinctes qu'il s'agisse du casier judiciaire ou de suites disciplinaires éventuelles. Il est vrai que dans certains cas, la Chambre criminelle s'est prononcée sur la valeur d'un moyen contestant une infraction pour désapprouver la solution retenue par les juges du fond tout en s'abstenant de censurer l'arrêt attaqué en application de cette théorie[74].

En deuxième lieu, quoiqu'erronée, la déclaration de culpabilité, revêtue de l'autorité de la chose jugée, n'en va pas moins produire tous ses effets en matière de récidive, comme si l'infraction retenue avait été réellement commise.

S'il est vrai que la Cour de cassation s'est parfois efforcée d'inclure dans le dispositif une mention selon laquelle son arrêt ne pourra servir de base à la récidive[75], il a été observé qu' « *il s'agit là d'un vœu pieux qui ne peut s'opposer au jeu normal de l'autorité de la chose jugée* »[76].

Enfin, le recours à la peine justifiée, en ce qu'il implique le maintien de la déclaration de culpabilité, entraîne également des difficultés au regard des intérêts civils.

Lorsque l'arrêt ne retient qu'une infraction, dont la qualification est erronée, il est vrai que les réparations civiles sont en principe justifiées puisque le fait dommageable ne varie pas. En revanche, le maintien des réparations civiles en cas de pluralité d'infractions conduit à condamner l'accusé à supporter les conséquences civiles d'un fait qu'il n'a pas commis.

La Cour de cassation, par un arrêt ancien, avait pourtant décidé que la déclaration de culpabilité, erronée mais définitive, pouvait fonder des condamnations à dommages et intérêts au profit de la victime, bien qu'un seul des deux délits retenus dans la déclaration de culpabilité soit légalement constitué[77].

Puis, convenant qu'il était impossible de maintenir une condamnation à réparer le préjudice causé par plusieurs infractions alors que l'une d'elles n'a

---

[74] Cass. Crim., 10 avril 1997, Bull. crim., n° 139, p. 464.

[75] Cass. Crim., 10 novembre 1899, D. 1900.1.403.

[76] M.-L. Rassat, Traité de procédure pénale, PUF 2001, §500.

[77] Cass. Crim., 14 mai 1915, Bull. crim., n° 96.

pas été commise, elle a choisi de prononcer une cassation limitée aux intérêts civils[78].

Un auteur -haut magistrat du parquet- avait plaidé l'abandon de cette théorie : c'était en 1965[79]. Au regard des nouvelles exigences du procès équitable on ne peut que souscrire de plus fort à ce vœu.

Force est de constater que la procédure suivie devant la Chambre criminelle respecte pour l'essentiel le principe d'égalité, même si des incertitudes subsistent.

Si l'égalité est un principe fondateur de la démocratie, elle doit, à son image, poursuivre un développement graduel mais irrévocable, sans que « *la grandeur de ce qui est déjà fait empêche de prévoir ce qui peut se faire encore* »[80].

[78] voir par exemple : Cass. Crim., 29 novembre 1951, Bull. crim. n° 327, p. 548 ; 8 octobre 1963, n° 271, p. 567, même si certaines décisions ont pu faire naître une incertitude : Cass. Crim., 21 mai 1997, Bull. crim., n° 193, p. 625.

[79] J.-M. Robert, La peine justifiée, préc.

[80] A. de Tocqueville, De la démocratie en Amérique,12ème éd. Paris, Pagnerre éditeur, 1848, introduction p. 8

L'ÉGALITÉ DES SALARIÉS EN DROIT DU TRAVAIL

Pierre BAILLY
Conseiller à la Cour de cassation[1]

"Je pense que le mouvement social qui rapproche du même niveau le fils et le père, le serviteur et le maître et, en général, l'inférieur et le supérieur, élève la femme et doit de plus en plus en faire l'égale de l'homme."

Alexis de Tocqueville, de la démocratie en Amérique, Livre II, 3 ˚partie, Chap. IX.

Appliquée au domaine du travail, cette opinion véritablement prophétique si l'on considère la situation alors faite aux femmes dans les fabriques et les ateliers, mettra longtemps à se réaliser. Il faudra attendre plus d'un siècle pour que l'égalité des hommes et des femmes soit proclamée dans un texte solennel et bien davantage encore pour que cet objectif soit pleinement atteint, car il serait à la fois présomptueux et inexact de prétendre que toute discrimination au détriment des femmes a disparu dans le monde du travail, quand des études économiques récentes nous apprennent que trente années de législation protectrice ne sont pas venues à bout du faible niveau de rémunération du travail féminin, par rapport aux hommes, et que l'importance du temps partiel chez cette catégorie de travailleurs résulte plus d'une contrainte que d'un libre choix.

La recherche d'une égalité de traitement entre les hommes et les femmes constitue cependant le premier domaine d'application d'un principe d'égalité reconnu dans le préambule de la Constitution de 1946 et, d'une certaine manière, la première manifestation de l'irruption des droits fondamentaux dans l'entreprise. Depuis plus de cinquante ans, de nombreux textes ont été adoptés, dans l'ordre interne ou international, pour anéantir toute forme de discrimination entre les sexes : article 3 du préambule de la Constitution de 1946 (*la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme)* ; convention de l'Organisation internationale du travail n˚ C 100, du 29 juin 1951 posant le *principe d'égalité de rémunération entre la main-d'oeuvre masculine et la main-d'oeuvre féminine pour un travail de valeur égale ;* Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, dont l'article 14 prohibe

[1] L'auteur tient à remercier M. Le doyen honoraire Waquet, pour les conseils qu'il lui a donnés, et Mme Amand, auditeur au Service de documentation et d'études, pour la documentation fournie.

notamment les discriminations fondées sur le sexe, dans le champ d'application de la convention ; Traité de Rome, dont l'article 119 (devenu l'article 141 CE) impose aux Etats membres d'appliquer le *principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins*, pour *le même travail* ou, depuis le Traité d'Amsterdam, pour *un travail de même nature*, principe dont des directives de 1975 (75/117), de 1976 (76/207) puis de 1997 (97/80) et de 2002 (2002/73) ont organisé le régime ; Pacte international du 16 décembre 1966 sur les droits économiques, sociaux et culturels, dont l'article 7 garantit aux femmes une égalité de conditions de travail et de rémunération ; convention de New-York, du 18 décembre 1979, sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; lois françaises de 1972, de 1983 (83-635) et de 2001 (2001-397 et 2001-1066).

Mais si la lutte contre les discriminations sexuelles au travail est, d'un point de vue historique, le premier domaine où un principe d'égalité a trouvé à s'appliquer entre des salariés, d'autres sources d'inégalité de traitement ont été aussi identifiées et combattues, à travers des dispositions visant à abolir toute forme de discrimination, c'est-à-dire de distinction entre les personnes au travail, ne reposant pas sur des bases objectives moralement ou socialement admissibles : origine ethnique ou nationale, religion ou convictions, état de santé, handicap, etc... Diverses sources de droit convergent vers le même objectif, qui est, d'une part, de supprimer toutes les formes d'inégalité au travail trouvant leur source dans un critère de discrimination inadmissible, d'autre part, de substituer à une approche purement juridique ou formelle de l'égalité (égalité des droits), impuissante à éliminer efficacement dans les faits des différences de traitement injustifiables, une approche plus concrète, prenant en compte les réalités pour mieux appréhender les manifestations les moins évidentes d'une inégalité de traitement.

La jurisprudence de la chambre sociale prend en compte cette dimension du phénomène. Et son apport, qui ne va pas jusqu'à la recherche d'une égalité absolue et illusoire, peut être vérifié en constatant, d'une part, que son approche de la question est en harmonie avec le droit communautaire (I), d'autre part, qu'elle s'étend au-delà des limites propres au droit issu du Traité de Rome et des actes dérivés (II).

I - Une approche de l'égalité en harmonie avec le droit communautaire

Le droit communautaire s'est spécialement intéressé à deux facteurs d'inégalité de traitement entre les salariés : celui qui tient à l'identité sexuelle du travailleur, à travers l'article 119 du Traité de Rome (devenu l'article 141 actuel), auquel la Cour de Justice des Communautés Européennes a reconnu un

effet direct dès 1971 (arrêt *Defrenne*, du 25 mai 1971), mais dont le domaine est limité à l'égalité des rémunérations, protection ensuite étendue par une directive de 1976 (76/207) à l'ensemble des conditions de recrutement, de formation et de conditions de travail ; celui qui repose sur la nationalité du salarié, que condamnent les articles 12 et 39 du Traité CE, dont les dispositions ne peuvent toutefois être invoquées et mises en oeuvre que dans les limites du champ d'application matériel du Traité. Dans ces deux domaines, où la Cour de Justice a été conduite à se prononcer par de nombreux arrêts, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est inspirée des principes dégagés par le juge communautaire.

A - L'égalité entre les travailleurs masculins et féminins

Les principaux apports de la jurisprudence communautaire concernent la méthode de vérification des inégalités, les règles probatoires à mettre en oeuvre, les justifications possibles d'une différence de traitement et la question de la discrimination "positive". Sur ces quatre points, la Cour de cassation est aujourd'hui en accord avec la position du juge communautaire.

1° Le juge communautaire, afin de donner son plein effet à l'interdiction des discriminations entre travailleurs masculins et féminins, au-delà des différences de traitement évidentes, a eu recours dès 1980 à la notion de discrimination indirecte : la mise en oeuvre d'un critère apparemment neutre, étranger à l'identité sexuelle du salarié et créant une différence de traitement entre les travailleurs, peut en réalité dissimuler une discrimination à l'égard des personnes d'un sexe déterminé. Ainsi, si une convention collective refuse le bénéfice d'une prime de fin d'année aux travailleurs à temps partiel et s'il s'avère en réalité que cette catégorie est principalement composée de femmes, une discrimination indirecte sera caractérisée (CJCE, 9 septembre 1999, *Krûger*, n° C 281/97). La Cour de cassation n'a pas immédiatement suivi cette approche concrète. Elle a cependant commencé à y faire référence en 1996 (Soc., 9 avril 1996, Bull. n° 146), dans une espèce où une salariée travaillant à temps partiel se plaignait d'un retard d'avancement résultant de l'application d'une disposition conventionnelle qui augmentait la durée de pratique professionnelle nécessaire pour passer à une catégorie supérieure, en proportion de la réduction du temps de travail. Cette prise en compte d'une discrimination indirecte peut aussi être trouvée dans un arrêt rendu l'année suivante (Soc., 12 février 1997, Bull. n° 58), rejetant le pourvoi formé contre des arrêts qui avaient retenu une discrimination fondée sur le sexe des salariés en constatant que la différence de rémunération en faveur des hommes exécutant des travaux de manutention, *systématiquement payés davantage* que des femmes chargées du triage de champignons, n'était justifiée par aucun élément objectif tenant à la valeur du travail fourni ou à sa pénibilité, ce qui révélait ainsi une forme de discrimination indirecte dissimulée derrière la diversité des tâches à accomplir.

Et, dans un arrêt du 19 décembre 2000 (Bull. n° 436) la Chambre sociale a admis que le juge prud'homal pouvait, pour vérifier l'existence d'une discrimination indirecte, effectuer une comparaison globale de la situation des hommes et des femmes dans l'entreprise, au regard de l'avantage invoqué, rejoignant ainsi l'approche "statistique" ou par groupe de comparaison prônée par la Cour de Justice, en particulier dans un arrêt *Seymour-Smith*, du 9 février 1999 (n° C 167-97). L'influence directe de la Cour de Justice sur l'approche de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes s'est encore manifestée dans un arrêt *Thibault*, du 16 juillet 1998 (Bull. n° 392) : tenant compte de l'interprétation de la directive de 1976 donnée par le juge communautaire dans un arrêt du 30 avril 1998, rendu sur une question préjudicielle, la Chambre sociale a admis qu'une disposition conventionnelle en apparence neutre, qui supprimait toute notation des salariés pendant la durée d'une absence, pouvait avoir un effet discriminatoire à l'égard d'une salariée absente de l'entreprise en raison d'un congé de maternité et privée ainsi d'une possibilité de promotion professionnelle.

2° Cette attention portée aux discriminations indirectes entre les sexes a été complétée par un régime probatoire original, défini par la Cour de Justice, notamment dans un arrêt *Danfoss*, rendu le 17 octobre 1989 (n° 106/88) : s'il revient au demandeur de prouver l'existence d'une différence de traitement préjudiciable aux personnes de son sexe, il incombe à l'employeur de démontrer que la discrimination de fait ainsi mise en évidence repose sur des raisons objectives, proportionnées au but poursuivi et étrangères à toute discrimination prohibée. Cette position, qui peut trouver un fondement dans l'application des principes généraux de la preuve (*actor incumbit probatio, reus in excipendo fit actor)*, a été suivie par la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui en a étendu les effets à toutes les formes d'inégalité de traitement entre les salariés, en particulier dans l'arrêt précité du 12 février 1997 et dans un arrêt plus récent du 28 novembre 2000 (Bull. n° 395) cassant une décision qui avait retenu que l'attribution à une salariée d'une "prime de choix" moins élevée que celle accordée aux travailleurs masculins n'était pas nécessairement discriminatoire, bien que cette différence ne reposât pas sur des raisons objectives, au seul motif que la même inégalité de traitement pouvait être constatée entre les hommes employés dans l'entreprise. La loi du 16 novembre 2001 (n° 2001-1066) a repris ce régime probatoire, dans les articles L 122-45 et L 123-1 du Code du travail. Il figure aussi dans la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, définissant un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (art. 10).

3° Quant aux justifications possibles d'une différence de traitement apparente, on sait que la Cour de Justice des Communautés européennes, dont la jurisprudence a été reprise par la directive de 2002, impose de justifier que cette inégalité repose sur une raison objective, étrangère à toute discrimination,

et que les moyens employés pour atteindre le but poursuivi sont à la fois appropriés et nécessaires, cette dernière condition trouvant surtout à s'appliquer lorsque la discrimination constatée a sa source dans une règle de droit interne (CJCE, 9 février 1999, arrêt *Seymour-Smith* précité). Les arrêts de la Cour de cassation ne renvoient qu'à la nécessité d'une justification objective et étrangère à l'identité sexuelle, mais il ne peut être conclu de cette brièveté d'expression qu'elle ne rejoint pas sur ce point le juge communautaire. Il y a peu d'arrêts de la Chambre sociale permettant de savoir quels éléments justificatifs pourraient être retenus, la plupart des décisions relevant que l'employeur ne justifiait pas de raisons objectives. On peut cependant citer un arrêt rendu en 1981 (Soc., 28 mars 1981, Bull. n° 229) qui a admis que la pénibilité particulière du travail effectué par les hommes pouvait justifier une différence de traitement, position qui rejoint celle de la Cour de Justice, prise dans un arrêt *Rummler* du 1er juillet 1986 (237/85). De même, dans un arrêt du 21 mars 2000 (Bull. n° 110), la Chambre sociale, renvoyant dans le motif de sa décision à un arrêt de la Cour de Justice du 16 septembre 1999, rendu sur une question préjudicielle posée dans une situation identique, a retenu que les désavantages subis par les femmes partant en congé de maternité, du fait de leur éloignement de l'entreprise, rendaient légitime le versement d'une allocation forfaitaire dont les hommes étaient exclus. Quant aux emplois dont l'accès peut être réservé à un sexe déterminé (réserve admise par l'article 2.2 de la directive de 1976, n° 76/207, et limitée aux emplois où la condition de sexe est déterminante), la Chambre sociale a dit, à propos d'une différence de traitement entre des artistes chorégraphes portant sur l'âge du départ à la retraite, que si la spécificité des emplois en cause permettait de déroger à l'égalité de traitement entre les sexes lors de l'engagement, elle ne pouvait en revanche justifier ensuite une discrimination dans les conditions d'exercice de l'emploi (Soc., 15 juin 1999, Bull. n° 284).

Il est enfin utile de rappeler que, pour assurer la protection de la salariée qui dénonce une discrimination, la Chambre sociale, appliquant l'article L 123-5 du Code du travail, a considéré que, dès lors qu'un licenciement prononcé après une action en justice de la salariée fondée sur l'égalité professionnelle était jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse, sa nullité devait être constatée, sans qu'il y ait à vérifier l'existence d'un lien causal entre cette action et la rupture du contrat de travail (28 novembre 2000, Bull. n° 395 ; Rapport 2000, p. 338).

4° La directive 76/207, dans un article 2 § 4, autorisait les Etats membres à mettre en oeuvre des mesures destinées à éliminer ou réduire des inégalités de fait entre les sexes. Cette possibilité est désormais ouverte par l'article 141 § 4 du Traité CE, auquel renvoie la dernière directive du 23 septembre 2002 (2002/73/CE). Cependant, pour la Cour de Justice, la volonté du législateur de mettre fin, par des mesures positives, à une situation désavantageant les

femmes, n'autorise l'attribution de droits particuliers à ces dernières que dans la mesure où les hommes ne pourraient pas en disposer, de sorte que la France a été condamnée pour avoir maintenu dans la loi du 13 juillet 1983 les effets des dispositions conventionnelles antérieures accordant aux femmes des droits spécifiques, indépendants de leur condition et de leur situation (arrêt Commission/France, du 25 octobre 1988, n° 312/86). Suivant cette approche et faisant référence à l'article 119 du Traité CEE (141 du Traité CE), la Chambre sociale a retenu le 27 février 1991 (Bull. n° 101) que ne pouvait produire effet la clause d'un protocole d'accord qui réservait aux seules salariées mères de famille le bénéfice d'une prime de crèche, quelles que soient les charges supportées à ce titre par les pères de famille.

B - L'égalité entre les ressortissants des Etats membres

L'interdiction des différences de traitement fondées sur la nationalité entre les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne est prévue aux articles 12 et 39 du Traité CE, le premier interdisant toute discrimination en raison de la nationalité dans le domaine d'application du traité, le second, relatif à la libre circulation des travailleurs, exposant que cette liberté 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, un règlement déjà ancien de 1968 (1612/68/CE) définissant le régime de la libre circulation et de l'égalité de traitement qu'elle suppose. C'est en ce domaine que la Cour de Justice, tout en reconnaissant à la liberté de circulation un caractère fondamental, a introduit la notion de discrimination indirecte, en condamnant les dispositions nationales *qui, sous couvert de critères autres que celui de la nationalité, aboutissent au même résultat*, tels que celui du lieu d'origine ou du domicile du salarié (*Sotgiu, 12 février 1974, n°152-73).* Elle a par ailleurs également admis en ce domaine qu'une inégalité de traitement pouvait être justifiée lorsqu'elle reposait sur des raisons *objectives, indépendantes de la nationalité des travailleurs concernés et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national (Schonong-Kougebetoupoulou,* 15 janvier 1998, n° C 15-96).

Deux décisions rendues par la Cour de cassation méritent d'être signalées à ce propos.

La première (Soc., 10 décembre 2002, Bull. n° 373), concernait la secrétaire de direction de l'Institut Goethe à Lille, qui se plaignait d'une discrimination tenant à sa nationalité, en raison du paiement d'une rémunération inférieure à celle des salariés de nationalité allemande travaillant avec elle, lesquels bénéficiaient des dispositions plus favorables d'une convention collective conclue en Allemagne. En faisant référence aux articles et au règlement précités, la Chambre sociale rejette le pourvoi formé contre

l'arrêt qui avait fait droit à la demande de la salariée. Elle relève ainsi que l'employeur ne pouvait, sans violer les dispositions communautaires, appliquer à son personnel travaillant en France un régime salarial différent selon la nationalité.

Le second arrêt (Soc., 17 juin 2003, Bull. n° 195) était relatif à l'application, au seul bénéfice de salariés dont les contrats de travail relevaient de la loi italienne, d'un ensemble de dispositions conventionnelles prévoyant l'attribution de droits d'option sur des actions nouvelles émises par la société Alitalia. Privés de cette avantage, les salariés travaillant en France invoquaient notamment une discrimination fondée sur la nationalité. Il pouvait en effet exister, malgré le critère de la loi applicable au contrat de travail, une forme de discrimination indirecte, dans la mesure où la plupart des salariés dont les contrats relèvent de la loi italienne sont de nationalité italienne. Cependant, le pourvoi formé contre l'arrêt qui avait débouté les salariés de leur demande est rejeté parce que la cour d'appel avait fait ressortir que la différence de traitement reposait sur une justification objective et raisonnable, indépendante de la nationalité des travailleurs concernés et proportionnée à l'objectif poursuivi par l'accord contesté, qui était de consentir une contrepartie au personnel travaillant en Italie, seul concerné par des mesures de restructuration désavantageuses. Il convient de relever à cette occasion que la définition de la cause justificative de l'inégalité de traitement retenue dans cet arrêt résulte d'une combinaison entre les éléments pris en compte par la Cour de Justice, tels qu'ils ont été rappelés ci-dessus, et la motivation des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, en matière de discrimination, évoquée ci-après, les salariés ayant fondé leur contestation à la fois sur les dispositions communautaires et sur la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Il faut cependant relever que l'égalité de traitement garantie par les dispositions du traité et du règlement de 1968 n'a qu'un champ d'application limité. L'interdiction des discriminations en raison de la nationalité n'est reconnue que dans le domaine d'application du traité, c'est-à-dire, pour cette forme de discrimination, que dans la mesure où la prise en compte de la nationalité des salariés est de nature à affecter la circulation des travailleurs entre les pays de l'Union. Aucun secours ne peut donc être attendu du Traité lorsque l'inégalité de traitement entre les nationaux reste purement interne et ne concerne que des salariés n'ayant pas fait usage de leur droit de travailler dans un autre Etat (CJCE, 15 janvier 1986, *Hurd*, n° 44/84). On a toutefois pu se demander si la reconnaissance dans le traité de Maastricht d'une citoyenneté européenne, dont l'article 17 du Traité CE précise qu'elle confère aux citoyens de l'Union les droits et devoirs prévus par le Traité, n'a pas étendu le domaine d'application de la protection contre les discriminations fondées sur la nationalité, garantie par son article 12. Si ce dernier article n'interdit toujours

les discriminations exercées en raison de la nationalité que *dans le domaine d'application du traité*, ce qui renvoie encore à la liberté de circulation des travailleurs, certains y ont cependant vu une consécration des droits fondamentaux des citoyens de l'Union et, spécialement, d'un principe général d'égalité qui trouverait à s'appliquer en lui-même, dans l'ordre communautaire, et interdirait en conséquence toute forme de discrimination tenant à la nationalité.

En l'état actuel des choses, l'égalité de traitement n'est garantie, en droit communautaire, que dans les rapports entre les hommes et les femmes au travail et pour les besoins de la libre circulation des travailleurs. Cette limitation inhérente aux compétences communautaires est cependant appelée à évoluer, puisque l'article 13 du Traité CE, résultant du traité d'Amsterdam, a habilité le Conseil à prendre les mesures nécessaires pour combattre toute discrimination fondée non seulement sur le sexe, mais également sur la race, l'origine ethnique, la religion, les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle, et que, dès le 29 juin 2000, une directive (2000/43/CE), dont le délai de transposition expire le 19 juillet 2005, a organisé l'interdiction des discriminations en raison de la race ou de l'origine ethnique, tandis que le 27 novembre suivant, une autre directive (2000/78/CE) définissait un *cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, applicable aux discriminations fondées sur la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, élargissant ainsi le domaine de l'égalité de traitement assurée au niveau communautaire. Quoiqu'il en soit, la loi et la jurisprudence françaises ont déjà mis en place un régime qui tend à garantir l'égalité entre les salariés au-delà des exigences communautaires.

II - Une approche de l'égalité entre les salariés qui s'étend au-delà des limites du droit communautaire

Si le droit communautaire n'assure qu'en partie une égalité de traitement entre les salariés, du fait des limites qu'il comporte et du caractère subsidiaire de ses interventions, la lutte contre les inégalités au travail passe en France par la condamnation d'autres causes de discrimination générant des différences de traitement illicites (A). Mais si la suppression de certaines sources de discrimination assure une égalité de traitement entre les salariés, elle ne fait pas pour autant disparaître toutes les atteintes à l'égalité dans le monde du travail. De sorte que l'on peut se demander, d'une part, si, par-delà la disparition recherchée de discriminations particulières, n'est pas mis en oeuvre un principe général d'égalité entre les salariés, dont la Cour de cassation assurerait le respect (B), et d'autre part, dans l'affirmative, quelles limites sont assignées à ce principe, dans le domaine du travail salarié (C).

A - La lutte contre d'autres facteurs de discrimination illicites

Les discriminations étant en elles-mêmes une source d'inégalité entre les salariés, qui ne bénéficieront pas dans les faits des mêmes avantages pour telle ou telle raison inhérente à leur personne et que la loi ne peut tolérer, leur anéantissement constitue le premier moyen d'assurer un retour à l'égalité.

1° A cet égard, les instruments internationaux ne manquent pas. Sous réserve de ce qui a été dit précédemment à propos des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, les deux principales sources internationales sont constituées par la convention de l'OIT n° C-111, du 25 juin 1958, et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La première convention prohibe, en matière d'emploi ou de profession, toutes les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, lorsqu'elles ont pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement.

La seconde, en son article 14, dispose que la jouissance des droits qu'elle consacre doit être assurée *sans distinction aucune fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, ou toute autre situation.* Et comme, par ailleurs, la Cour européenne considère que le droit au respect des biens garanti par l'article 1° du protocole additionnel n° 1 s'applique à tout droit patrimonial, ces dispositions concernent notamment les droits qui résultent du contrat de travail. Ainsi, dans un arrêt du 18 septembre 1996 (Gaygusuz/Autriche, n° 17 371/90), où était en cause un refus de verser une allocation de chômage à un travailleur turc, la Cour européenne a considéré qu'une distinction était discriminatoire dès lors qu'elle manque de *justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé*, en ajoutant que *seules des considérations très fortes* peuvent la conduire à *estimer compatible avec la convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité.* La Cour de cassation a eu l'occasion, dans le domaine voisin des prestations sociales, de faire application de ces dispositions pour casser un arrêt qui avait refusé à un salarié invalide le bénéfice d'une allocation du FNE, alors qu'il remplissait les conditions requises, mais pour la seule raison qu'il était de nationalité étrangère (Soc., 14 janvier 1999, Bull. n° 24). Il convient en outre de relever que le protocole additionnel n° 12, du 4 novembre 2000, non entré en vigueur à ce jour, édicte désormais une interdiction générale de discrimination pour *tout droit prévu par la loi*.

2° Le Code du travail contient de nombreuses dispositions qui condamnent les discriminations : articles L 122-45, modifié en dernier lieu par la loi du 16 novembre 2001, qui vise à la fois les discriminations en matière de recrutement, de formation, de discipline, de conditions de travail, reposant sur l'origine, le sexe du salarié, ses moeurs, son orientation sexuelle, son âge, sa situation de famille, ses caractéristiques génétiques, son appartenance à une ethnie ou une race, ses opinions politiques, ses activités syndicales, ses convictions religieuses, son apparence physique, son patronyme et son état de santé ou de handicap ; L 123-1, pour les discriminations portant atteinte à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes ; L 122-35, prohibant dans le règlement intérieur les dispositions discriminatoires ; L 133-5, imposant d'insérer dans les conventions collectives de branche des clauses assurant une égalité de traitement entre salariés français et étrangers, notamment en matière d'emploi ; L 412-2, pour les discriminations reposant sur l'appartenance à un syndicat ou sur l'exercice d'une activité syndicale ; L 521-1, pour les mesures discriminatoires en rapport avec l'exercice du droit de grève. Et à cet égard, les articles L 122-45 et L 123-1 du Code du travail sont d'autant plus remarquables que, depuis la loi du 16 novembre 2001, ils reprennent les règles d'administration de la preuve déjà évoquées ci-avant, à propos du droit communautaire, que la Cour de cassation a étendues à toutes les formes de discrimination au travail.

3° Dans les divers cas de discriminations prohibées, la Chambre sociale a en effet généralisé la règle selon laquelle il revient au salarié d'apporter des éléments qui font présumer qu'il a subi une différence de traitement, puis à l'employeur de justifier alors que cette différence repose sur des raisons objectives, étrangères à toute discrimination (Soc., 10 octobre 2000, Bull. n° 317). La principale cause de discrimination dont la Chambre sociale a eu à connaître concerne les salariés qui se plaignent de retards subis dans leur avancement, de refus de promotion ou d'une diminution de leur notation, liés à leur appartenance syndicale. Ainsi a-t-elle dit que, dès lors que le salarié apportait des éléments de nature à établir qu'il n'avait pas bénéficié des mêmes avantages que d'autres salariés à partir du moment où il avait exercé un mandat représentatif ou des fonctions syndicales, et que l'employeur n'établissait pas que cette situation reposait sur des éléments objectifs, étrangers à l'activité ou à l'appartenance syndicale, la discrimination était caractérisée (Soc., 25 juin 2002, Bull. n° 218 ; 13 février 2001, n° 98-41.365 ; 4 juillet 2000, Bull. n° 264 ; 26 avril 2000, Bull. n° 151 ; 28 mars 2000, Bull. n° 126). Et dans un autre arrêt du 10 juillet 2001 (Bull. n° 261, Rapport 2001, p. 372/5), la Chambre sociale a retenu, sur le fondement de l'article L 412-2 du Code du travail, que le licenciement procédant d'une discrimination syndicale était atteint de nullité, seule sanction de nature à garantir la pleine effectivité de la protection légale.

B - La mise en oeuvre d'un principe d'égalité

Quel que soit le nombre, aujourd'hui élevé, des causes de discrimination prohibées, l'application des dispositions légales qui les condamnent n'assure qu'en partie une égalité de traitement entre les salariés, dans la mesure où la prohibition de certaines sources d'inégalité ne couvre pas toutes les différences de traitement pouvant exister entre les salariés. Il convenait donc de rechercher si un principe général, lié aux droits fondamentaux des salariés, pouvait permettre d'aller au-delà du champ d'application des discriminations légalement interdites.

1° L'égalité dans la relation de travail est reconnue par des instruments internationaux qui ne sont pas tous dotés de la même force. La charte sociale européenne signée le 18 octobre 1961 dans le cadre du Conseil de l'Europe et révisée depuis, qui a la force d'une convention internationale, reconnaît notamment aux travailleurs, dans un article 4.3, le droit à une *rémunération égale pour un travail à valeur égale*. Cette règle est également reprise à l'identique dans le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, ratifié par la France en 1981, qui y ajoute, dans un article 7, c, un même droit à la promotion professionnelle pour tous. En revanche, ni la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux de 1989, ni la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2001, qui énoncent aussi des principes d'égalité et de non-discrimination, ne sont revêtues, en l'état actuel du droit communautaire, d'une autorité normative, même si l'on peut constater que les Avocats généraux de la Cour de Justice y font souvent référence dans leurs conclusions.

2° Dépassant le cadre formel de l'égalité des droits affirmée à l'article 1er de la Déclaration de 1789 et dans l'article 2 de la Constitution de 1958, le Code du travail renferme plusieurs dispositions destinées à assurer une égalité de traitement dans les faits pour certaines catégories de salariés, spécialement en matière de rémunération : L 122-3-3, pour les salariés engagés par contrat à durée déterminée ; L 122-4-2, pour les salariés intérimaires ; L 212-4-5, pour les salariés employés à temps partiel (un arrêt du 15 janvier 2002 - Bull. n° 17 - a ainsi cassé une décision qui avait admis qu'un salarié employé à temps partiel puisse être privé des droits accordés au reste du personnel par un accord collectif). A quoi il convient d'ajouter les articles L 133-5 et L 136-2, qui visent à garantir, dans le domaine de la négociation collective, la mise en oeuvre du principe *à travail égal salaire égal* et la promotion d'un principe plus général encore d'*égalité de traitement entre les salariés.* On a pu aussi rattacher cette exigence d'égalité au travail à l'interdiction, édictée par l'article L 120-2 de ce code, d'apporter aux *droits des personnes* (dont le droit à l'égalité), d'autres restrictions que celles liées à la nature de la tâche à accomplir, pourvu qu'elles soient proportionnées au but recherché. Ce texte présente en effet l'avantage de fournir deux critères d'appréciation (rapport avec la

fonction/proportionnalité de l'atteinte) qui devraient pouvoir s'appliquer à toute manifestation d'inégalité entre les salariés.

C'est dans l'arrêt *Ponsolle* (Soc., 29 octobre 1996, Bull. n° 359) que la Cour de cassation a énoncé que le principe de l'égalité des rémunérations, évoqué aux articles L 133-5 et L 136-2 du Code du travail, devait recevoir application à l'égard de tous les salariés placés dans une situation identique. La Chambre sociale ajoutera par la suite (18 mai 1999, Bull. n° 213), à propos d'indemnités de repas, qu'une différence de traitement n'est pas discriminatoire lorsque l'attribution d'un avantage est subordonné à des conditions qui s'appliquent à tous les salariés sans distinction, puis elle posera une condition de transparence, en exigeant que les conditions d'attribution d'un avantage soient préalablement définies et contrôlables (Soc., 18 janvier 2000, Bull. n° 25, à propos de l'attribution de bons d'achat au personnel, à l'occasion d'un concours interne). Comme en matière de discrimination, il reviendra à l'employeur, dès lors que le salarié justifiera d'une rupture d'égalité à son détriment, d'établir que cette différence de traitement repose sur des raisons objectives et légitimes. Ainsi dans l'arrêt précité du 29 octobre 1996, a-t-il été retenu qu'un employeur ne pouvait prétendre justifier une différence de rémunération entre des salariés placés dans la même situation par la prise en compte d'un facteur tenant à l'ancienneté, alors que celle-ci donnait lieu au versement d'une prime spécifique. De même, l'employeur qui a pratiqué au désavantage d'un salarié des conditions de rémunération inférieures à celles d'autres personnes exerçant les mêmes fonctions, avec une même ancienneté et un coefficient de classification identique, ne peut-il se contenter de faire état de la mauvaise qualité du travail accompli, sans prouver cette affirmation (Soc., 26 novembre 2002, Bull. n° 354).

Mais cette application du principe d'égalité ne concerne pas la seule rémunération du personnel et a vocation à s'étendre à tout les aspects de la relation de travail. C'est notamment au nom de l'égalité entre les salariés que la Chambre sociale a dit que, si un plan social pouvait contenir des mesures réservées à certains salariés plutôt qu'à d'autres, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique puissent bénéficier de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant les conditions d'attribution de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables (Soc. 10 juillet 2001, Bull. n° 255). Et, dépassant le cadre des rapports individuels de travail, la Cour de cassation a également énoncé que le principe d'égalité, dont elle a rappelé à cette occasion la valeur constitutionnelle, ne pouvait permettre à un employeur de subventionner un syndicat représentatif de préférence à un autre, selon qu'il a signé ou non une convention ou un accord collectif (Soc., 29 mai 2001, Bull. n° 185).

C - Les limites du principe d'égalité

Quelle que soit aujourd'hui l'étendue de son champ d'application, l'impératif d'égalité entre les salariés ne signifie pas qu'un régime uniforme doit être mis en oeuvre dans l'entreprise. D'une part, une atteinte à l'égalité ne peut être invoquée lorsque la différence de traitement trouve son origine dans une différence de situation ; d'autre part, la question se pose de savoir si, dans une même situation, des dérogations peuvent être admises.

1° Il est couramment admis que le principe d'égalité comporte un double aspect : il impose de traiter de la même manière des situations identiques, mais il permet aussi de traiter différemment des situations différentes. C'est en tenant compte de cette limitation naturelle, que la Cour de cassation admet par exemple qu'un employeur réserve une aide financière aux seuls salariés qui acceptent de prendre leur repas dans un restaurant déterminé, dès lors que l'avantage est ouvert à tous les salariés, sous cette seule condition (Soc., 18 mai 1999, Bull. n° 213). Pareillement, l'attribution d'une indemnité de combustible et de logement peut être valablement consentie aux seuls salariés qui bénéficient, dans le secteur des mines, d'un logement en commun (Soc., 26 février 2002, Bull. n° 560), tout comme des augmentations individuelles de salaires peuvent être appliquées, aux conditions objectives prévues par un accord collectif, dès lors que leur mise en oeuvre n'est pas discrétionnaire (Soc., 2 octobre 2001, n° 99-17.577). Quant aux avantages résultant d'un plan social, il est permis à l'employeur d'accorder à une partie des salariés un avantage particulier en considération des sujétions particulières qui leur sont imposées, à l'occasion de leur licenciement (Soc., 12 juin 2001, Bull. n° 216) ou en tenant compte de critères objectifs liés aux difficultés de réinsertion que peuvent rencontrer certains salariés (Soc., 10 décembre 2003, n° 01-47.147).

2° Au-delà de cette réserve, inhérente au principe d'égalité, d'autres facteurs restrictifs peuvent contrarier une application uniforme et impersonnelle de ce principe. C'est ainsi que la nécessaire individualisation des sanctions disciplinaires autorise l'employeur à appliquer aux auteurs d'une même faute des mesures différentes, dès lors que sa décision ne procède pas d'un dessein discriminatoire et que des éléments objectifs justifient une différence de traitement (Soc., 17 décembre 1996, Bull. n° 445). Par ailleurs, la liberté de négociation des accords d'entreprise implique que soient admises des différences de traitement entre les salariés relevant d'établissements différents (Soc., 27 octobre 1999, Bull. n° 422). Existe-t-il d'autres raisons objectives permettant à l'employeur de porter atteinte au principe d'égalité ? On sait à cet égard que, dans le domaine des discriminations légalement prohibées, la Cour de cassation a admis certaines dérogations fondées sur l'intérêt de l'entreprise, qui se traduisent par une différence de traitement entre les salariés. Ainsi, si les convictions religieuses ne peuvent constituer normalement une cause de

licenciement, il est admis que certains salariés engagés pour accomplir une tâche impliquant une communion de pensée et de foi avec l'employeur puissent être sanctionnés lorsqu'ils contreviennent à leurs engagements (Soc., 20 novembre 1986, Bull. n° 555). De même, bien que la maladie du salarié ne puisse constituer une cause de licenciement, il est permis à l'employeur de mettre fin au contrat de travail, lorsque l'importance ou la répétition des absences qui en résultent perturbent le fonctionnement de l'entreprise au point de rendre nécessaire son remplacement (Soc., 27 mars 2001, Bull. n° 106). Dans ces situations, il s'agit en somme de concilier les droits du salarié, auxquels la loi reconnaît un caractère fondamental, avec les nécessités de la vie économique, dont dépend la liberté d'entreprendre de l'employeur. Une clé de solution des conflits entre le droit à l'égalité et l'intérêt de l'entreprise pourrait être trouvée dans l'article L 120-2 du Code du travail, en ce qu'il permet d'apporter des restrictions aux droits du salarié, quand elles sont justifiées par la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. La mise en oeuvre de cette réserve dans le domaine de l'égalité impliquerait alors une vérification, au regard de ces exigences, des raisons avancées pour justifier une rupture de l'égalité entre les salariés et de leur adéquation avec la mesure prise par l'employeur. Si ces limites étaient posées, la jurisprudence française rejoindrait alors l'approche du juge communautaire lorsque, dans le domaine de l'égalité entre les sexes, il admet des différences de traitement fondées sur des raisons objectives étrangères à toute discrimination, mais en se réservant de contrôler que les mesures prises sont appropriées et nécessaires, c'est-à-dire en définitive proportionnées au but poursuivi. Cette méthode de contrôle est d'ailleurs aujourd'hui reprise dans la directive 2000/78/CE, fixant un *cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, dont l'article 2.2, a, i, admet qu'une mesure entraînant une discrimination indirecte puisse être *"objectivement justifiée par un objectif légitime"*, pourvu que les moyens utilisés pour réaliser cet objectif soient *"appropriés et nécessaires"*.

L'ÉGALITÉ DANS LA PROCÉDURE D'EXPROPRIATION

M. CACHELOT, conseiller à la Cour de cassation
Mme BOULANGER, conseiller référendaire à la Cour de cassation

Le droit de propriété privé, quel qu'en soit le fondement philosophique ou politique, est aujourd'hui reconnu tant par les Etats démocratiques que par l'ordre juridique international comme un des droits fondamentaux de la personne.

Il a été réaffirmé notamment par le préambule de la constitution de la cinquième République et les décisions du Conseil Constitutionnel ainsi que par l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention Européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales tel que mis en oeuvre par la Cour Européenne des droits de l'homme (CEDH) et par la Cour de justice des Communautés européennes.

Ce droit doit cependant s'adapter aux nécessités des politiques d'aménagement du territoire et d'urbanisme dictées par l'évolution de la société.

L'expropriation pour cause d'utilité publique est l'un des instruments de cette problématique.

Mais il ne peut être procédé à une atteinte au droit de propriété d'une telle gravité sans un respect scrupuleux de deux principes fondamentaux : l'existence démontrée de l'utilité publique de l'opération envisagée et l'indemnisation juste et préalable de la personne expropriée.

C'est la loi du 8 mars 1810 qui, en application du principe de la séparation des pouvoirs, pose les principes régissant la procédure d'expropriation qui comprend deux grandes phases : une phase administrative au cours de laquelle est déclarée l'utilité publique de l'opération et sont déterminés les biens à exproprier ainsi que les ayants droit aux indemnités dues par l'expropriant, puis une phase judiciaire comprenant elle-même deux parties : le transfert de propriété et la fixation des indemnités d'expropriation.

Chacune de ces phases est entourée de garanties propres à assurer l'égalité des droits entre l'expropriant et l'exproprié, garanties résultant pour l'essentiel du rôle dévolu au juge administratif et au juge judiciaire.

La phase administrative est diligentée par l'Etat à la requête de l'autorité expropriante (Etat ou collectivités publiques) sous le contrôle du juge

administratif, principalement en ce qui concerne le caractère d'utilité publique de l'opération envisagée.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat, dans un arrêt d'assemblée du 28 mai 1971 (Ville nouvelle Est) a déterminé l'étendue de son contrôle. Il a fait application de la " théorie du bilan" selon laquelle une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics ne sont pas excessifs par rapport à l'intérêt qu'elle présente.

La phase judiciaire est menée devant le juge de l'expropriation, juge spécialisé en la matière.

Si le rôle de ce juge, lorsqu'il transfère par ordonnance la propriété des biens appartenant aux expropriés, est limité au contrôle formel de la régularité du dossier de procédure qui lui est transmis par l'autorité administrative et spécialement de l'enquête préalable à l'arrêté de cessibilité, dès lors qu'il n'a pas le pouvoir d'apprécier la légalité des actes administratifs figurant à ce dossier et que les contestations relatives à la propriété des biens sont de la compétence du juge judiciaire de droit commun, son rôle dans l'indemnisation de l'exproprié est fondamental.

C'est à lui en effet qu'il appartient de fixer la juste et préalable indemnité sans laquelle nul ne peut être contraint de céder sa propriété (article 545 du Code civil), cette indemnité, la plupart du temps complétée par des indemnités accessoires devant, aux termes de l'article L.13-13 du Code de l'expropriation, couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain causé par l'expropriation.

Il a été soutenu que dans le souci de permettre à l'Etat et aux collectivités publiques de faire face aux nécessités de l'aménagement du territoire et de l'urbanisation en acquérant les biens immobiliers nécessaires au coût le plus bas et afin de déjouer la spéculation foncière, les dispositions du Code de l'expropriation privilégiaient la puissance publique au détriment des expropriés.

Ces dispositions comprennent cependant des garanties permettant à ceux-ci de faire valoir leurs droits dans le respect du principe de l'égalité même si leur aménagement paraît nécessaire afin de les adapter aux exigences de la convention européenne telles que mises en oeuvre par la jurisprudence la plus récente de la CEDH et de la Cour de cassation.

I - Le principe de l'égalité

L'égalité des droits entre les parties se traduit par la mise en oeuvre par le juge ou sous son contrôle d'un ensemble de dispositions tant de procédure que de fond.

A - Les garanties de procédure

1. Recours à un juge spécialisé

Le recours au juge judiciaire pour fixer les indemnités d'expropriation a valeur constitutionnelle.

Le Conseil Constitutionnel a reconnu cette valeur à l'intervention de ce juge dans sa décision n° 89-256 du 25 juillet 1989 qui confirme "l'importance des attributions conférées à l'autorité judiciaire en matière de protection immobilière par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République".

De plus, le juge judiciaire est un magistrat spécialisé en matière d'évaluation foncière.

En effet, le Code de l'expropriation (articles L.13-1 et R.13-1 à R.13-4) confie cette mission à un juge départemental unique spécialisé, désigné par le premier président de la cour d'appel pour une durée de trois années renouvelables.

Ce magistrat a l'obligation, avant de fixer les indemnités revenant aux expropriés, de se rendre sur les lieux en présence des parties et du commissaire du gouvernement, afin de prendre connaissance personnellement et concrètement des caractéristiques tant matérielles que juridiques des biens qu'il doit estimer et de recueillir sur place toutes observations utiles des personnes présentes.

Il ne peut avoir recours à des experts sauf, à titre exceptionnel, à se faire assister par un notaire en vue de déterminer la valeur d'immeubles présentant des difficultés particulières d'évaluation ou par une personne qualifiée pour l'éclairer sur des difficultés d'ordre technique. Les personnes ainsi désignées assistent au transport sur les lieux et leur avis écrit, si elles en déposent un, doit être communiqué aux parties et au commissaire du gouvernement avant l'audience publique (article R.13-29 du Code de l'expropriation).

Ce juge évaluateur bénéficie ainsi, en raison de ses fonctions, d'une connaissance approfondie du marché immobilier local.

C'est pourquoi le législateur lui a aussi confié la mission de fixer le prix des immeubles faisant l'objet de procédures particulières d'acquisition par l'Etat ou les collectivités publiques autres que l'expropriation (droits de préemption ou de délaissement, emplacements réservés par des plans d'urbanisme, habitat insalubre etc...) et d'évaluer les indemnités afférentes à l'utilisation antérieure de ces immeubles.

L'expérience ainsi acquise par le juge de l'expropriation lui permet d'assurer un juste équilibre entre l'intérêt général et les droits patrimoniaux des personnes privées de leurs biens pour des raisons d'utilité publique.

Cette même spécialisation se retrouve devant la cour d'appel au sein de laquelle existe une chambre de l'expropriation présidée par un président de chambre désigné par le premier président pour trois années renouvelables et dont les assesseurs sont choisis parmi les juges de l'expropriation du ressort n'ayant pas connu de l'affaire en première instance ou, en cas d'empêchement, parmi les conseillers spécialement désignés à cet effet.

En raison de la spécificité de la composition de cette chambre, le recours à l'expertise ne peut être qu'exceptionnel et sur arrêt motivé (article R.13-52 du Code de l'expropriation).

2. Le juge et le respect du principe de la contradiction

Le juge fixe les indemnités d'expropriation à l'issue d'une procédure judiciaire au cours de laquelle doivent être appliqués les principes directeurs du procès rappelés notamment par les dispositions du nouveau Code de procédure civile et de l'article 6§1 de la CEDH relatif au droit à un procès équitable et en particulier au principe de l'égalité des armes.

Il ressort de l'analyse de la jurisprudence des juges du fond et de la Cour de cassation que ce juge, conscient de ce que certaines des dispositions de procédure contenues dans le Code de l'expropriation pourraient créer un déséquilibre générateur d'inégalité entre l'expropriant et l'exproprié, fait prévaloir les principes ci-dessus rappelés sur la lettre de ces textes et ce tant dans les rapports de l'expropriant et de l'exproprié que dans ceux de l'exproprié et du commissaire du gouvernement.

En effet, la Cour de cassation retient qu'aucun document ne peut être retenu par le juge sans que les parties aient été à même d'en débattre contradictoirement (Civ. 3ème, 10 juillet 1969, Bull. n° 566 n° 1 et 3).

Malgré l'imprécision de certains textes (article R.13-49 du Code de l'expropriation) régissant la communication entre les parties des mémoires et des pièces produites, elle s'assure que les parties et en particulier les expropriés ont eu connaissance de ces documents dans des délais suffisants pour pouvoir y répliquer et faire valoir leurs droits dans le respect du principe de la contradiction.

Ainsi :

- Encourt la cassation l'arrêt qui se réfère à des mémoires de l'expropriant sans justification de leur notification (Civ. 3ème, 11 mai 2000, n° 99-70.018) ou dont la notification est tardive (Civ. 3ème, 19 février 2002, n° 01-70.043).

- Les juges du fond doivent s'assurer que la totalité des termes de comparaison et notamment les accords réalisés à l'amiable sont communiqués à l'exproprié (Civ. 3ème, 25 janvier 1995, n° 93-70.170).

Enfin, le juge devant en toutes circonstances observer lui-même le principe de la contradiction, viole l'article 16 du nouveau Code de procédure civile la cour d'appel qui soulève d'office un moyen sans inviter au préalable les parties à présenter leurs observations (Civ. 3ème, 12 mai 1993, n° 91-70.330).

Faisant application de ce même principe, la Cour de cassation a cassé un arrêt qui se référait à l'appel incident du commissaire du gouvernement sans justification de la notification de son mémoire aux expropriés (Civ. 3ème, 19 décembre 1990, Bull. n° 268) et censuré une décision qui, pour réduire une indemnité d'expropriation, se fondait sur les conclusions du commissaire du gouvernement sans s'assurer que les expropriés avaient été à même d'en débattre contradictoirement (Civ. 3ème, 30 juin 1998, n° 95-70.199).

B - Les garanties de fond

Si l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne ne prévoit pas l'existence et les modalités de l'indemnisation de l'exproprié, il résulte de la jurisprudence rendue sur le fondement de cet article que la privation de propriété ne peut intervenir sans le versement d'une somme raisonnable en rapport avec la valeur du bien (CEDH, 8 juillet 1986, Lithgow et a c/ Royaume-Uni, 28 novembre 2002, Ex-Roi de Grèce c/ Grèce).

Contrairement à d'autres pays européens, le droit français de l'expropriation retient le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice.

L'article L.13-13 du Code de l'expropriation dispose en effet que "les indemnités allouées doivent couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation".

Afin de garantir les droits des expropriés contre l'attitude de certains expropriants tentant d'instituer en leur faveur des règles d'urbanisme tendant à limiter le montant des indemnités, la loi a donné la possibilité aux expropriés d'invoquer l'intention dolosive de l'expropriant.

Si le législateur a apporté certaines limites au principe de la réparation intégrale du préjudice, ces règles constituant une exception à ce principe sont appliquées restrictivement par le juge.

1 - Réparation intégrale et intention dolosive de l'expropriant

Conformément aux principes généraux du droit français, l'exproprié doit obtenir la réparation de la totalité de son préjudice, mais seulement de son préjudice, l'indemnité devant lui permettre de se replacer dans une situation équivalente à celle antérieure à l'expropriation.

Le juge doit indemniser le préjudice matériel effectivement subi et évaluer en espèces une indemnité correspondant à sa réparation.

La loi ne lui impose aucune méthode d'estimation des indemnités, celui-ci choisissant souverainement celle qui lui paraît la mieux appropriée.

La somme allouée est composée d'une indemnité principale représentant la valeur du bien exproprié et d'une ou plusieurs indemnités accessoires fixées de manière distincte et destinées à réparer les autres préjudices subis du fait de l'expropriation : indemnité de remploi, frais de déménagement, troubles divers... (article L.13-6 du Code de l'expropriation).

Pour que cette réparation soit réellement intégrale et que l'expropriant ne supprime ou ne restreigne la constructibilité d'un terrain qu'il envisage d'exproprier, dans le seul but de l'acquérir à moindre prix, l'article L.13-15 alinéa 1er du Code de l'expropriation permet à l'exproprié d'invoquer devant le juge judiciaire l'intention dolosive de l'expropriant pour écarter de telles restrictions.

Le juge de l'expropriation a ainsi le pouvoir d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'urbanisation et les droits des expropriés.

Pour déterminer si la preuve de cette intention dolosive est rapportée, les juridictions s'attachent à la chronologie des différentes décisions prises par

l'expropriant, à la continuité de la qualification du terrain résultant des règles d'urbanisme, à la conformité de cette qualification avec la situation et la consistance du bien, au caractère individuel ou collectif de la décision.

Une illustration de l'utilisation combinée de ces critères pour retenir l'intention dolosive de l'expropriant est donnée par la jurisprudence (Civ. 3ème, 11 juin 1992, Bull. n° 198 ; 9 juillet 2003, n° 02.70-140 en cours de publication).

En revanche, le seul fait qu'un terrain soit classé en zone non constructible peut procéder non d'une intention dolosive de l'expropriant mais d'une politique générale en matière d'urbanisme (Civ. 3ème, 22 juillet 1992, Bull. n° 260).

2 - Les restrictions au principe de la réparation intégrale

- L'article L.13-16 du Code de l'expropriation :

Ce texte dispose que "sous réserve de l'article L.13-17, la juridiction doit tenir compte des accords réalisés à l'amiable entre l'expropriant et les divers titulaires de droits à l'intérieur du périmètre des opérations faisant l'objet d'une déclaration d'utilité publique et les prendre pour base lorsqu'ils ont été conclus avec au moins la moitié des propriétaires intéressés et portent sur les deux tiers au moins des superficies concernées ou lorsqu'ils ont été conclus avec les deux tiers au moins des propriétaires et portent sur la moitié au moins des superficies concernées".

Un accord amiable est une cession consentie volontairement par le propriétaire d'un bien se trouvant dans le périmètre de la même déclaration d'utilité publique soumis à une procédure d'expropriation. Ces accords constituent des termes de comparaison privilégiés que le juge doit examiner mais qui ne demeurent que des éléments d'appréciation parmi d'autres de la valeur des biens.

La Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait retenu la conformité des dispositions de l'article L.13-16 avec l'article 6§1 de la convention européenne dès lors que pour fixer l'indemnité en application de cet article, le juge de l'expropriation tient compte des accords amiables, sans être lié par le prix résultant desdits accords, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation tant de l'ensemble des éléments de référence produits aux débats que des caractéristiques matérielles et juridiques du bien à évaluer par rapport aux biens objets des accords amiables, et dans le respect du principe de la contradiction (Civ. 3ème, 25 septembre 2002, Bull. n° 181).

Les dispositions de cet article sont interprétées de manière restrictive :

- elles ne peuvent être appliquées que pour des biens qui sont réellement comparables (Civ. 3ème, 2 juillet 2003, n° 02-70.083).

- le juge ne peut retenir que les accords amiables antérieurs à la déclaration d'utilité publique (Civ. 3ème, 10 janvier 2001, Bull. n° 5) ou situés dans le périmètre des opérations faisant l'objet de celle-ci (Civ. 3ème, 19 février 2002, n° 01-70.095) .

- ces dispositions ne s'appliquent pas à la fixation de l'indemnité pour perte d'exploitation revenant tant au locataire-exploitant qu'au propriétaire-exploitant de terrains agricoles, tous deux évincés du fait de l'expropriation (Civ. 3ème, 9 janvier 2002, Bull. n° 4 et n° 5).

- elles ne sont pas applicables lorsque les accords amiables n'ont pas été réalisés avec l'expropriant, mais avec la personne chargée par convention d'une opération d'aménagement de zone prévue par les articles L.300 et suivants du Code de l'urbanisme (Civ. 3ème, 11 février 1998, Bull. n° 31).

L'article L.13-16, alinéa 3 énonce également que le juge doit tenir compte, dans l'évaluation des indemnités allouées aux propriétaires, commerçants, industriels et artisans, de la valeur résultant des évaluations administratives rendues définitives en vertu des lois fiscales ou des déclarations faites par les contribuables avant l'ouverture de l'enquête.

Il ne semble pas que cette disposition, justifiée par les mêmes raisons que celle de l'article L.13-17 explicitées ci-dessous, soit souvent invoquée devant le juge (Civ. 3ème, 16 juin 1993, Bull. n° 93).

- L'article L.13-17 du Code de l'expropriation :

Limitant le principe de la réparation intégrale du préjudice subi, cet article prévoit que le montant de l'indemnité principale ne peut excéder l'estimation faite par le service des domaines si une mutation à titre gratuit ou onéreux, antérieure de moins de cinq ans à la date de la décision portant transfert de propriété, a donné lieu à une évaluation administrative rendue définitive en vertu des lois fiscales ou à une déclaration d'un montant inférieur à ladite estimation.

Il s'agit d'une disposition instaurée par le législateur à l'encontre des contribuables expropriés qui n'ont pas déclaré sincèrement les prix des biens lors des ventes, successions ou autres mutations.

Cette disposition est souvent critiquée car c'est la sanction d'une fraude fiscale prononcée en application de règles d'indemnisation en matière d'expropriation et qu'elle peut trouver application, hors de toute fraude, lorsque les prix du marché immobilier sont en forte hausse.

Les effets négatifs de cet article sont atténués par une interprétation stricte de ses dispositions.

Un exemple récent d'une telle interprétation restrictive est donné par un arrêt dans le cas d'une expropriation ne portant que sur une partie des biens ayant fait l'objet de la mutation de référence (Civ. 3ème, 21 mai 2003, Bull. n° 108).

II - Les limites au principe de l'égalité

Le commissaire du gouvernement qui a pour mission de fournir à la juridiction de l'expropriation les éléments nécessaires à son information, bénéficie de prérogatives procédurales de nature à créer une inégalité au détriment des expropriés. Il dispose par ailleurs, de par son appartenance au service des domaines, d'un accès privilégié aux informations pertinentes contenues dans le fichier immobilier.

A - Les prérogatives procédurales du commissaire du gouvernement

Ainsi que le relève la CEDH dans son arrêt du 24 avril 2003 (affaire Yvon c/ France, requête n° 44962/98), aucun texte n'oblige le commissaire du gouvernement en première instance, contrairement aux autres parties, à notifier à celles-ci ses écritures ainsi que les pièces produites à l'appui de l'évaluation proposée des biens expropriés (articles R.13-22 et R.13-23 du Code de l'expropriation).

Il lui suffit de les déposer au greffe et il n'est pas tenu d'informer les autres parties de ce dépôt de sorte que celles-ci ne disposeraient pas toujours d'un délai leur permettant d'en prendre connaissance et de préparer une réplique.

La CEDH juge que l'existence de ces textes est incompatible avec le principe de la contradiction mais admet que la jurisprudence et la pratique ont porté remède à cette situation (Civ. 3ème, 10 juillet 1969, précité).

Cette juridiction retient par ailleurs qu'il résulte des articles R.13-31 et R.13-32 du Code de l'expropriation que le commissaire du gouvernement prend la parole en dernier, en première instance comme en appel. Elle reconnaît cependant que le principe de la contradiction est respecté dès lors que l'exproprié a la possibilité de répliquer par une note en délibéré.

La Cour de cassation avait d'ailleurs rappelé qu'aucun texte n'interdit aux parties de répliquer aux conclusions prises à l'audience par le commissaire du gouvernement (Civ. 3ème, 8 avril 1998, n° 96-70.218).

Au delà de ces aspects purement procéduraux, la CEDH constate dans l'arrêt Yvon précité que tant en première instance qu'en appel, les conclusions du commissaire du gouvernement prennent un poids particulier lorsqu'elles tendent à une évaluation inférieure à celle proposée par l'expropriant (article R.13-53 du code de l'expropriation).

Elle relève qu'il résulte de l'article R.13-35 que "le juge statue dans les limites des conclusions des parties (...) et de celles du commissaire du gouvernement si celui-ci propose une évaluation inférieure à celle de l'expropriant", l'article R.13-36 ajoutant que, dans un tel cas de figure, si le jugement écarte les conclusions du commissaire du gouvernement (...), il doit indiquer spécialement les motifs de ce rejet.

La CEDH en déduit que cette règle qui joue nécessairement en défaveur de l'exproprié, le juge n'étant pas obligé de motiver spécialement le rejet de conclusions du commissaire du gouvernement contenant une évaluation supérieure à celle retenue par l'expropriant, crée au détriment de l'exproprié un déséquilibre incompatible avec le principe de l'égalité des armes dès lors que le commissaire du gouvernement, à la fois expert et partie, occupe une position dominante dans la procédure et exerce une influence importante sur l'appréciation du juge.

C'est l'un des motifs pour lesquels la cour européenne dans cette décision a jugé le rôle actuel du commissaire du gouvernement incompatible avec l'article 6 § 1 de la convention.

Si les procédures d'indemnisation dans lesquelles le commissaire du gouvernement propose une évaluation inférieure à celle offerte par l'expropriant sont, en pratique, peu fréquentes et si le juge de l'expropriation, spécialiste de l'évaluation foncière est en mesure de rétablir l'équilibre entre les parties, il n'en reste pas moins que ces textes, dont la suppression avait été préconisée par la Cour de cassation dans son rapport pour l'année 2000 (4ème suggestion page 14) portent atteinte, par leur existence même, au principe de l'égalité des armes.

La Cour de cassation a tiré les conséquences judiciaires de cette situation condamnée par la CEDH en retenant dans son arrêt du 2 juillet 2003 (n° 02.70-047 en cours de publication) que ces dispositions sont génératrices d'un déséquilibre incompatible avec le principe de l'égalité des armes (voir également le présent rapport, partie "jurisprudence").

B - L'accès au fichier immobilier

La méthode d'évaluation généralement employée pour estimer les immeubles est celle de l'évaluation par comparaison. Il s'agit d'établir les données du marché immobilier par la recherche de mutations portant sur des biens aux caractéristiques identiques à celles du bien exproprié.

Ces mutations sont produites au débat judiciaire par l'expropriant, l'exproprié et le commissaire du gouvernement, ce dernier devant, aux termes des articles R.13-32 et L.13-23 du Code de l'expropriation, fournir à la juridiction les éléments nécessaires à son information.

Il serait quelque peu réducteur de limiter le rôle du commissaire du Gouvernement à celui de gardien des deniers publics . Tenu, de par ses fonctions, d'apporter à la juridiction les informations objectives nécessaires, il lui permet, spécialement en cas de carence de l'exproprié, de prendre sa décision dans une recherche d'équilibre des intérêts de l'expropriant et des expropriés.

Il est cependant certain que le commissaire du gouvernement dispose d'un avantage sur le plan de la connaissance du marché immobilier par un libre accès au fichier tenu par la conservation des hypothèques sur lequel sont répertoriées toutes les mutations soumises à la formalité de la publicité foncière ; en revanche, l'accès des particuliers en est restreint puisqu'ils doivent pour demander la copie des actes connaître l'existence et les références des mutations intervenues relatives à des biens comparables.

Dans son rapport annuel 2000 (4ème suggestion de modification législative ou réglementaire p. 14), la Cour de cassation avait attiré l'attention des autorités compétentes sur cette inégalité d'accès au fichier immobilier notamment au regard des principes issus de la convention européenne.

C'est ce qu'a jugé dans son arrêt du 24 avril 2003 précité la CEDH en retenant que le commissaire du gouvernement bénéficie d'avantages notables dans l'accès aux informations pertinentes, élément créant un déséquilibre

incompatible avec le principe de l'égalité des armes en violation de l'article 6§1 de cette convention.

Dans la ligne de cette décision, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a, par l'arrêt du 2 juillet 2003 précité, retenu que compte tenu des articles 2196 du Code civil et des articles 38-1 et 39 du décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955 relatif à la publicité foncière, le commissaire du gouvernement bénéficie d'avantages dans l'accès aux informations pertinentes publiées au fichier immobilier créant un déséquilibre incompatible avec le principe de l'égalité des armes.

Si l'existence d'un juge de l'expropriation spécialisé en matière d'évaluation foncière et les principes qu'il met en oeuvre sont de nature à assurer l'égalité entre l'expropriant et l'exproprié quant à la fixation d'une juste indemnité, il n'en demeure pas moins qu'une modernisation des textes est nécessaire afin de remédier à certains facteurs d'inégalité dénoncés par la CEDH et par la Cour de cassation et de parvenir ainsi à un meilleur équilibre entre l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux des expropriés.

L'ÉGALITÉ DES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES DANS L'EXERCICE DE LA CONCURRENCE EN DROIT INTERNE

Carole CHAMPALAUNE
Conseiller référendaire à la Cour de cassation

Comme le relèvent les auteurs[1], "*les rapports entre concurrence et égalité sont particulièrement ambigus*" dans la mesure où les opérateurs qui s'engagent dans la compétition économique ont l'ambition de s'assurer la meilleure part du marché, dans les limites acceptées par les règles présidant à la préservation d'un degré de concurrence suffisant sur le marché. L'égalité n'est donc pas l'horizon des acteurs économiques puisqu'au contraire il s'agit, en principe, de faire mieux que le concurrent. Néanmoins, selon une formule imagée et révélatrice de la nature du processus concurrentiel, utilisée par ces mêmes auteurs, "*il est incontestable que sans le minimum d'égalité qui permet à chaque opérateur d'estimer qu'il a une chance de l'emporter dans la compétition, personne ne prendra le départ de la course*". Si la règle admise est que le meilleur gagne, aucun handicap ne doit avoir faussé la compétition.

Un certain nombre de règles qui ne font pas forcément référence au principe d'égalité ont néanmoins pour objet de le faire vivre dans l'exercice de la concurrence.

La jurisprudence de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation permet de rendre compte de l'application de ces règles telles qu'elles existent en droit de la concurrence (lato sensu) (I) mais aussi dans le cadre plus général de la responsabilité civile dans sa dimension relative à la concurrence déloyale (II).

I - Le principe d'égalité en droit de la concurrence (pratiques anti-concurrentielles et pratiques restrictives)

Si les textes régissant le droit des pratiques anti-concurrentielles (livre IV, titre II du Code de commerce) et celui relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées (livre IV, titre IV du Code de commerce) n'utilisent pas le terme d'égalité, l'abondante référence dans ces textes, à un principe de non-discrimination, sous certaines conditions, démontre que le traitement inégal des opérateurs économiques, dans leur rapport entre eux, aboutit à la prohibition de certains comportements.

[1] MM Lucas de Leyssac et Parleani, in Droit du marché, page 122

La jurisprudence a donc été amenée, dans l'application de ces textes, à examiner le contenu et la portée du principe de non-discrimination. Il sera observé que pour l'essentiel, les arrêts cités ont été rendus sur le fondement de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, en ses articles 7 et 8 d'une part, et 36, d'autre part, avant la codification évoquée ci-dessus et les modifications intervenues depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001.

Les conditions de mise en oeuvre de ces textes sont différentes, essentiellement au regard de la question de l'affectation du fonctionnement de la concurrence. Néanmoins, il existe un rapport certain au travers de la question des pratiques discriminatoires, entre les règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles d'une part, et les pratiques restrictives de concurrence d'autre part. En effet, certaines des pratiques discriminatoires entrant dans le champ d'application de l'ancien article 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence pouvaient, à condition de remplir les autres conditions d'application des articles 7 et 8 de cette même ordonnance, caractériser des pratiques anticoncurrentielles. Ce lien a été expressément consacré par les nouveaux textes applicables, spécialement dans la nouvelle rédaction de l'ancien article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 devenu l'article L. 420-2 du Code de commerce, qui renvoie, en ce qui concerne les pratiques discriminatoires de nature à entrer dans le champ d'application de ce dernier texte, à celles visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce, qui se substitue, avec des modifications, à l'article 36 de l'ordonnance précitée.

Les conditions générales d'application de ces dispositions seront donc présentées, suivies de quelques illustrations jurisprudentielles de pratiques discriminatoires, ou invoquées comme telles, soumises à l'appréciation des autorités de concurrence et/ou des juridictions.

1° Les conditions générales d'application

a) Des règles applicables quel que soit le statut des opérateurs en cause

La Chambre commerciale a jugé qu'au regard de la législation pertinente, il y avait une égalité des opérateurs entre eux en ce que la différence de statuts présidant à l'exercice de leur activité économique n'excluait pas que cette législation leur fût applicable.

Tel est le sens, en matière de pratiques anticoncurrentielles, de l'abondante jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, relative à l'application du droit de la

concurrence aux personnes publiques exerçant une activité de production, de distribution ou de services ou à des personnes de droit privé chargées d'un service public dont l'inventaire dépasse l'objet de cette étude.

Mais tel est le cas aussi en matière de pratiques discriminatoires comme la Chambre commerciale l'a décidé pour une mutuelle, groupement à but non lucratif mais concurrente, au travers de pharmacies mutualistes, des pharmacies libérales, et dont la pratique consistant à fixer des tarifs différents pour ses adhérents selon le type de pharmacie fréquentée était critiquée au regard des dispositions de l'article 36-1 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (Com., 21 octobre 1997, Bull. n° 270, page 234)[2].

b) Les règles de preuve

Il appartient à l'opérateur qui se plaint de la différence de traitement de justifier que l'opération en cause entre dans le champ d'application du texte invoqué, (Com., 3 décembre 2002, Bull. n° 284 page 211, pour un cas où l'opérateur se plaignant de pratiques tarifaires discriminatoires, sur le fondement de l'article 36-1 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 alors applicable, n'était pas en situation de concurrence avec les clients de son fournisseur dont il critiquait les pratiques). Cette solution avait été implicitement admise antérieurement, (Com, 12 mars 1996, pourvoi n° 93-19.632), dès lors que la condition de l'existence d'une situation de concurrence entre la victime de la discrimination et les bénéficiaires d'une situation plus favorables, bien qu'elle ne soit pas formellement exigée par le texte, résulte logiquement de son objectif qui est de prévenir les discriminations créant un avantage ou un désavantage dans l'exercice de la concurrence. La rupture d'égalité, à la supposer critiquable, suppose qu'il y ait eu, potentiellement ou réellement, situation d'égalité.

Il revient ensuite à celui qui l'allègue de faire la preuve de la discrimination qu'il subit, comme l'a jugé la Chambre commerciale dans un arrêt du 13 janvier 1998, Bull. n° 14 page 9. En revanche, il n'a pas à faire la preuve de l'avantage ou du désavantage subi dans la concurrence (Com., 6 avril 1999, pourvoi n° 97-11.288 ; Com., 3 décembre 2002, Bull. n° 284 précité), lequel se déduit de l'existence de la pratique elle-même (Com., 5 décembre 2000, pourvois joints n° 98-20.323 et 98-17.705).

A cet égard, il sera relevé que l'un des moyens de vérifier l'égal traitement des opérateurs économiques est fourni par l'obligation faite par la loi

---

[2] Il est renvoyé pour de plus amples commentaires sur cet arrêt au rapport de la Cour de cassation pour l'année 2002 page 452 et suivantes.

à l'article 33 alinéa 1er de l'ordonnance du 1er décembre 1986 devenu l'article L. 441-6 1er alinéa du Code de commerce, pour "*tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur"* de *"communiquer à tout acheteur de produit ou demandeur de prestation de services pour une activité professionnelle qui en fait la demande, son barème de prix et ses conditions de vente*". Le défaut de communication d'un tel barème est constitutif d'un trouble manifestement illicite (Com., 13 février 1990, Bull. n° 43, page 29). Le caractère finaliste de ce texte est mis en évidence par un arrêt du 18 janvier 1994 de la Chambre commerciale (pourvoi n° 92-11.425), qui relève qu'est constitutif d'un trouble manifestement illicite le refus de communication de taux de ristournes consentis à des clients habituels ou occasionnels dès lors que seule cette communication met en mesure un opérateur de "*se prévaloir de ces éléments de comparaison objectifs pour en réclamer l'application à son profit*".

Une fois rapportée la preuve de la différence de traitement, c'est à celui qui l'a mise en oeuvre d'établir l'existence des contreparties, au sens de l'ancien article 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, permettant de justifier de cette différence (Com., 13 janvier 1998, Bull. n° 14 page 6 précité). Ce même arrêt expose la méthode que doivent suivre les juges du fond auxquels il incombe de vérifier de façon concrète que les services permettant l'obtention d'avantages tarifaires spécifiques sont ou ne sont pas rendus par ceux auxquels ces avantages sont refusés ou au contraire octroyés. Le résultat de cette recherche relève du pouvoir souverain d'appréciation des faits des juges (Com., 26 mars 2002, pourvoi n° 00-13.443, rendu dans la même affaire que l'arrêt du 13 janvier 1998 ci-dessus évoqué), la Cour de cassation n'exerçant sur ce point qu'un contrôle de motivation. Le lien entre les avantages consentis et la discrimination opérée doit être caractérisé par les juges du fond (Com., 12 mars 2002, Bull n° 53 page 54). Ceux-ci doivent en outre exercer leur propre pouvoir d'appréciation, sans s'en tenir à la qualification retenue par l'Administration sur les pratiques dénoncées (Com., 6 avril 1999, pourvoi n° 97-11.288). En l'espèce, il s'agissait de reports d'échéance octroyés à certains clients et refusés à d'autres dont la cour d'appel avait considéré qu'il ne s'agissait pas de conditions de vente et qu'au surplus l'administration en avait écarté le caractère discriminatoire. L'arrêt a été censuré aux motifs que les juges n'étaient pas liés par les appréciations de l'Administration et que l'examen concret de ces pratiques faisait apparaître qu'elles avaient pour effet de faire supporter à ceux qui n'en bénéficiaient pas des coûts spécifiques créant avec leurs concurrents des modalités de vente discriminatoires.

Il est évident enfin que lorsque des différences de traitement entre opérateurs économiques ne sont que la conséquence d'une législation spécifique, les juges ont seulement à s'assurer que les conditions mises par la loi à la différence de traitement sont réunies (Com., 7 janvier 2004, pourvoi n° 01-12.477, pour la mise en oeuvre de l'article L. 131-4 du Code de la

propriété intellectuelle et les conditions de perception des droits d'auteur).

c) Le recours au référé

Il paraît utile de relever que pour les opérateurs qui s'estiment victimes de pratiques illicites et pour lesquels le dommage causé risque d'être irréversible, voire d'entraîner leur disparition, la procédure de référé est particulièrement adaptée pour obtenir la cessation, fût-elle provisoire, de telles pratiques. La Chambre commerciale a jugé qu'il n'y avait pas à cet égard de spécificité de ce qui avait été désigné par la pratique sous l'expression de "référé-concurrence", et qui visait les dispositions prévues à l'article 36 alinéa 3 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 dans sa rédaction originelle, lesquelles permettait au président de la juridiction saisie "*d'enjoindre la cessation des agissements en cause ou ordonner toute autre mesure provisoire*". Elle a ainsi énoncé, dans un arrêt du 27 juin 1989, Bull. n° 208 page 139, que ce texte ne trouvait à s'appliquer que si les conditions fixées soit aux articles 808 ou 809, soit aux articles 872 ou 873 du NCPC, étaient remplies, aucune obligation particulière d'introduction d'une instance au fond avant l'instance en référé n'étant en outre exigée (Com., 17 juillet 1990, Bull. n° 220 page 51).

Une illustration classique des obligations faites au juge à cet égard, notamment en ce qui concerne la recherche de l'existence du trouble manifestement illicite, au cas d'espèce résultant de la mise en oeuvre de tarifs discriminatoires, est fournie par un arrêt de la Chambre commerciale du 30 janvier 1996, pourvoi n° 94-14.314. Saisi, dans cette affaire, d'une demande tendant à ce qu'il soit mis fin sous astreinte à des pratiques de prix estimées discriminatoires, le juge des référés avait retenu que dès lors que l'existence de contreparties réelles pouvant fonder la différence tarifaire était discutée entre les parties, le juge des référés ne pouvait pas se prononcer. L'arrêt a été cassé, faute pour le juge d'avoir analysé les documents de preuve invoqués par les sociétés demanderesses se prévalant du trouble manifestement illicite résultant de la discrimination tarifaire alléguée. L'invocation de la nullité de clauses contractuelles tirées du non-respect des articles 33 et 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (devenus les articles L. 441-6 1er alinéa et L. 442-6 du Code de commerce) pour s'opposer à une demande en paiement impose de même au juge de s'expliquer sur les pratiques dénoncées avant de conclure au caractère non sérieusement contestable de l'obligation, l'absence de motivation sur ce point ne mettant pas la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle (Com., 23 avril 2003, pourvoi n° 01-02.136).

2) De quelques manquements au principe de non-discrimination

La Chambre commerciale a été saisie de différents types de pratiques commerciales critiquées au titre des règles relatives à la non-discrimination.

Elle a donc précisé à quelles conditions ces pratiques étaient ou non licites au regard de ce principe.

En matière de conditions de vente, l'appréciation de systèmes de différenciation tarifaire reposant sur une approche quantitative (communément appelés barèmes d'écarts) ne pose pas de difficulté particulière, sous réserve du respect des règles de preuve et de contrôle précédemment rappelées. Tel est le cas par exemple des différences tarifaires pratiqués par un fournisseur reposant sur des écarts de volumes d'approvisionnement (Com., 6 juin 2000, pourvoi n° 97-12.260).

D'autres systèmes de différenciation tarifaire reposant sur une évaluation qualitative relèvent d'une estimation plus délicate. Tel est par exemple le cas de la clause d'enseigne, invoquée par des distributeurs pour consentir des avantages spécifiques à des distributeurs regroupés sous une enseigne commune et critiqués par des distributeurs "indépendants" se prévalant d'une discrimination injustifiée à cet égard. La Chambre commerciale (Com., 12 octobre 1993 Bull. n° 337 page 243) a ainsi censuré les juges du fond qui avaient considéré que le fait de soumettre des primes et des remises quantitatives à une condition d'enseigne commune, conduisait à instaurer entre les distributeurs qui regroupaient leurs commandes sans pour autant adhérer à une enseigne commune, une discrimination que ne justifiait pas la nature spécifique des avantages allégués de l'enseigne. Il a été reproché aux juges du fond de ne pas avoir examiné si cet avantage accordé à des groupements de points de vente collectivement identifiés dans l'esprit des consommateurs et mettant effectivement en pratique une politique de distribution commune reposant sur des services spécifiques, matériels et immatériels, n'était pas la contrepartie d'une valorisation du réseau de distribution du fournisseur et par répercussion de l'image de marque de ses produits justifiant dès lors un traitement différencié. La Chambre commerciale a également admis la validité des remises dites de référencement, lorsqu'elles répondent à des contreparties réelles et objectivement définies (Com., 24 octobre 2000, pourvoi n° 98-12.947).

Ainsi, la prohibition de la non-discrimination injustifiée entre les opérateurs économiques ne se confond pas avec l'uniformisation des conditions de vente qui aurait pour effet, contraire aux objectifs recherchés par la réglementation de la concurrence, de stériliser cette même concurrence.

La jurisprudence relative à la pratique du refus de vente qui fut interdite et constitutive d'un délit civil en droit positif, sauf à ce que soient remplies certaines conditions qui pouvaient la légitimer, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 96-588 du 1er juillet 1996, n'a pas lieu d'être examinée dans le cadre de cette étude qui s'attache au droit vivant. Il n'empêche qu'un

refus de vente, qui n'est plus a priori illicite par lui-même (Com., 26 janvier 1999, Bull n° 23, page 19) peut le devenir s'il constitue la manifestation d'une pratique anti-concurrentielle ou d'une pratique restrictive de concurrence, manifestant par exemple la mise en oeuvre d'une discrimination, la charge de la preuve incombant à celui qui s'en prévaut (Com., 18 décembre 2001, Bull n° 201 page 196).

En matière de réseaux de distribution, dont certains peuvent entrer dans le champ d'application de l'article L. 420-1 du Code de commerce, le principe d'égalité trouve à s'appliquer dans la sélection des distributeurs, qui, si elle est admise dans son principe sous certaines conditions, ne doit pas, en toute hypothèse, s'exercer dans des conditions discriminatoires.

Cette règle a fréquemment été mise en oeuvre en matière de distribution sélective. Un arrêt (Com., 21 octobre 1997, Bull n° 271 page 235), illustre particulièrement l'appréciation concrète à laquelle les juges du fond doivent se livrer pour contrôler l'absence de discrimination et partant l'application égale des critères de sélection. Il a en effet été reproché aux juges de ne pas avoir recherché si certains des critères de sélection relatif à un réseau de distribution de produits cosmétiques étaient appréciés "*de la même façon pour les membres du réseau qu'ils fussent parfumeurs, pharmaciens, ou spécialisés dans la vente des produits cosmétiques*".

La Chambre commerciale est revenue, par un arrêt du 25 janvier 2000 (pourvoi n° 97-15.292), sur sa jurisprudence antérieure qui admettait un principe de liberté du choix du concessionnaire par le concédant, en matière de distribution exclusive (Com.,7 avril 1998, Bull. n° 126). L'arrêt déféré, qui avait décidé que le refus d'agrément en vue de devenir concessionnaire de la SEITA opposé à une société était licite, a été censuré pour manque de base légale, dès lors que les motifs de l'arrêt ne permettaient pas de vérifier si les concessionnaires étaient choisis selon les mêmes critères objectifs opposables à tous les candidats. Il s'agit là aussi d'une référence implicite au principe d'égalité.

En matière d'abus de position dominante qui appréhende une situation de déséquilibre entre opérateurs économiques pouvant être envisagée comme un état d'inégalité, la Chambre commerciale a approuvé la cour d'appel de Paris d'avoir estimé que le fait pour un opérateur en position dominante sur un marché de consentir à sa filiale des conditions tarifaires privilégiées, refusées à d'autres opérateurs (Com., 26 novembre 2003, pourvoi n° 00-22.605, en cours de publication), était constitutif d'une pratique discriminatoire abusive, laquelle, faussant le jeu de la concurrence, entrait dans le champ d'application de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 alors applicable. Cette affaire fait écho à une discrimination tarifaire indirecte mise en oeuvre par un

opérateur en position dominante, déjà jugée abusive sur le fondement de l'article 50 dernier alinéa de l'ordonnance du 3 juin 1945 (Com., 19 février 1991, Bull. n° 82 page 55).

Les conditions de mise en oeuvre de l'abus de dépendance économique dans le cadre des anciennes dispositions de l'article 8-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, bien que cette pratique vise également à prohiber des comportements nés d'un rapport commercial déséquilibré, et spécialement la nécessité que soit rapportée la preuve de l'affectation du fonctionnement de la concurrence sur un marché, ont limité l'application de ce texte (pour un exemple d'application dans le cadre d'un contrat de franchise, Com., 16 décembre 1997, Bull. n° 337 page 291). La prohibition d'un abus de dépendance économique née de l'article 56-2° de la loi du 15 mai 2001 (article L. 442-6-I-2°b), indépendamment de la question de l'affectation du fonctionnement de la concurrence, a vocation à renouveler le débat sur la mise en oeuvre de cette notion.

II - Le principe d'égalité et la faute de concurrence déloyale

Bien que la typologie classique des fautes de concurrence déloyale, qui n'a d'ailleurs pas de caractère exhaustif, ne fasse pas référence au principe d'égalité, certains comportements des opérateurs économiques dénoncés par leurs concurrents sont condamnés dans le cadre de la concurrence déloyale parce qu'ils créent fautivement une rupture d'égalité entre les opérateurs.

Il est fait référence ici au manquement des opérateurs aux règles qui définissent les conditions de leur activité ou qui encadrent certaines pratiques commerciales. La jurisprudence considère en effet que le manquement à ces règles constitue une faute à l'égard de ceux qui les respectent. Il est en effet certain que ces règles créent des contraintes d'organisation, de fonctionnement qui ont une répercussion sur les coûts des entreprises et sur leur capacité à attirer la clientèle. De sorte qu'en manquant à ces réglementations, et en s'affranchissant des charges qui en résultent, les entreprises se créent un avantage concurrentiel qui n'est pas issu de leur mérite propre, d'une meilleure efficacité, ou d'une capacité d'innovation supérieure. Cet avantage et le déplacement de clientèle qui peut en résulter n'étant donc pas loyalement obtenus, ils ne peuvent profiter aux opérateurs au détriment de leurs concurrents.

De nombreux exemples peuvent être trouvés dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Il sera observé d'ailleurs que certains de ces manquements sont pénalement sanctionnés, parce que la réglementation, notamment pour celle qui résulte du droit de la consommation, au delà de la loyauté de la

compétition, poursuit des objectifs ayant trait à la garantie de la sincérité de l'information qui doit être fournie au consommateur, à la loyauté des transactions commerciales et à la prise en compte des exigences de sécurité et de conformité qui doivent précéder la mise de biens et services sur le marché. Il est renvoyé sur ce point au panorama de la jurisprudence de la Chambre criminelle dressé au rapport pour 2002 de la Cour de cassation[3].

Au regard de la question de la rupture d'égalité entre les opérateurs, il sera distingué entre le manquement aux règles relatives aux conditions d'exercice d'une profession, et le manquement aux règles qui portent sur les pratiques commerciales.

1˚ Les conditions d'exercice de la profession

a) Les règles déontologiques

Après avoir estimé que toute faute déontologique n'impliquait pas nécessairement une faute civile (Com., 21 juin 1988, Bull. n˚ 210 page 144), la Chambre commerciale a modifié sa jurisprudence et décidé que certains manquements aux règles déontologiques d'une profession étaient bien constitutifs de concurrence déloyale (Com., 29 avril 1997, Bull. n˚ 111 page 98, et pour une application plus récente Com., 18 avril 2000, pourvoi n˚ 97-17.719). La déontologie qui impose certains comportements, et/ou interdit des pratiques, est constitutive d'une discipline commune, à la fois destinée à assurer la confraternité au sein d'une profession mais aussi à protéger ceux qui y ont recours. Un manquement aux règles qu'elle fixe, spécialement lorsque celles-ci visent à assurer que le transfert de clientèle entre professionnels, qui est le résultat normal de l'exercice de la concurrence, ne se fasse pas au mépris des droits acquis par le professionnel "quitté", par exemple en matière d'honoraires, rompt l'égalité de conduite qui est exigée des membres de la profession concernée.

b) Les règles professionnelles

Le non-respect de la réglementation applicable à une profession constitue aussi une source fréquente d'action en concurrence déloyale. La condamnation sur ce fondement au titre d'éventuels manquements impose aux juges du fond l'exercice d'un contrôle de qualification des conditions d'exercice dont il est prétendu qu'elles n'ont pas été remplies (pour des

[3] La responsabilité pénale en droit de la consommation, étude de Mme Frédérique Agostini, conseiller référendaire à la Cour de cassation, page 119 et suivantes.

opérations de présentations d'assurances, Com., 8 juillet 2003, Bull. n° 120 page 138). Le cas le plus extrême est celui de l'exercice illicite de prestations réservées à certains professionnels par l'effet d'une réglementation particulière (pour la violation du monopole des architectes : Civ. 1ère, 14 novembre 2001, Bull. n° 276 page 175). Néanmoins, le monopole étant une restriction apportée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, il doit être interprété strictement (Com., 25 février 2003, Bull. n° 31 page 35, pour le monopole des opticiens-lunetiers).

En revanche, en l'état de l'article 37 alinéa 1er devenu l'article L. 442-7 du Commerce selon lequel "*aucune association ou coopérative d'entreprise ou d'administration ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts*", l'action en concurrence déloyale fondée sur la seule critique de l'exercice d'une activité concurrente par une association ou coopérative, au motif d'une inégalité des conditions de concurrence existant entre une entreprise "classique" et un autre type d'opérateur (invoquée sous le vocable de paracommercialisme), est vouée à l'échec, sauf à ce que soit apportée la démonstration de ce que l'activité critiquée n'est pas prévue par le statut de l'opérateur en cause. Il s'ensuit que peu d'actions sur ce fondement ont donné lieu à un examen par la Chambre (pour un exemple de rejet de l'action, Com., 4 décembre 2001, pourvoi n° 99-20.756).

c) La réglementation relative à l'urbanisme commercial

La législation relative à l'urbanisme commercial étant destinée notamment à assurer un équilibre entre les différents types de commerce, son respect présente une garantie d'un exercice loyal, sinon à conditions égales, de la concurrence. La Chambre commerciale a donc posé en principe que l'exploitation illicite d'un commerce au regard de cette réglementation est une faute génératrice d'un trouble commercial pour les concurrents (Com., 28 novembre 1995, pourvoi n° 94-13.045), ce qu'elle a réaffirmé récemment (Com., 19 juin 2001, Bull. n° 123 page 114, et Com., 17 décembre 2002, Bull. n° 199 page 225).

d) Les règles de mise sur le marché de certains produits

Le principe de la libre concurrence est souvent mis en avant par des opérateurs, qui ne respectant pas les règles administratives s'appliquant à leur activité, estiment que pour autant il ne s'agit pas d'une manoeuvre dirigée contre d'autres opérateurs et qu'il s'en déduit qu'elles ne peuvent fausser la concurrence et être qualifiées de concurrence déloyale. Dans une espèce où était en cause la mise sur le marché de produits cosmétiques sans avoir reçu l'autorisation ni le visa des autorités administratives compétentes, la Chambre

commerciale a relevé que sans les pratiques fautives, la société mise en cause n'aurait pu réduire les chances de sa concurrente de vendre en plus grande quantité ses propres produits, lesquels avaient les mêmes indications que ceux mis irrégulièrement et déloyalement sur le marché (Com., 18 avril 2000, pourvoi n° 98-12.719). Cette affaire illustre concrètement le caractère opératoire du principe de l'égalité des chances entre opérateurs économiques.

2° Les pratiques commerciales

a) Les opérations de ventes promotionnelles

Certaines conditions de vente, censées exercer un pouvoir spécialement attractif sur le consommateur, font l'objet d'une réglementation précise. Tel est le cas des soldes, liquidations et ventes au déballage. L'invocation de la violation des dispositions régissant ces opérations nourrit de fréquentes actions en concurrence déloyale, le bien fondé de ces actions en leur principe ayant été admis par la Cour de cassation. La Chambre commerciale a ainsi jugé que constituait une faute à l'égard des concurrents le non-respect des règles relatives aux soldes. Il en est ainsi lorsqu'un opérateur procède à des soldes sans l'autorisation nécessaire (Com., 18 octobre 1994, Bull n° 299 page 240). Elle en déduit que cet acte de concurrence déloyale préjudicie à ceux qui exercent la même activité et qui respectent les dispositions réglementaires et qu'elle porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession concernée (Com., 8 juillet 1997, inédit, pourvoi n° 94-20.701). La Chambre commerciale exerce naturellement son contrôle sur la qualification de l'opération commerciale critiquée (Com., 24 septembre 2003, Bull. n° 148 page 166).

b) La réglementation en matière de prix

Le principe de la liberté des prix affirmé par l'article 1er de l'ordonnance du 1er décembre 1986 n'exclut pas l'existence de situations dérogatoires pour certains produits et services. Tel est le cas de la loi n° 81-766 du 10 août 1981 en matière de livre. Ayant constaté que des sociétés n'avaient pas respecté les dispositions applicables en matière de prix du livre, une cour d'appel a pu condamner ces sociétés pour concurrence déloyale envers une société qui commercialisait des ouvrages de même nature (Com.,1er avril 1997, Bull. n° 87 page 77).

c) La vente à perte

La vente à perte, prohibée par l'article 32 de l'ordonnance du

1er décembre 1986 (devenu l'article L. 442-4 du Code de commerce), est de nature à engager la responsabilité de ceux qui la pratique envers leurs concurrents. Dès lors, la Chambre commerciale a jugé qu'une cour d'appel avait violé les articles 1382 et 1383 du Code civil en écartant la faute invoquée par un concurrent tirée de la vente de produits en dessous du prix de revient (Com., 3 mai 2000, Bull n° 93 page 83).

d) Le manquement aux règles contractuelles régissant des activités identiques

Il est admis que l'effet relatif des contrats n'interdit pas aux tiers d'invoquer la situation de fait créée par les conventions auxquelles ils n'ont pas été parties, si cette situation de fait leur cause un préjudice de nature à fonder une action en responsabilité délictuelle (Civ. 1ère, 13 février 2001, Bull. n° 35 page 21). Cette règle a été invoquée par un distributeur qui faisait valoir que ses concurrents, liés comme lui par des contrats identiques à des fournisseurs communs, ne respectaient pas leurs obligations contractuelles et, partant, faussaient les conditions de la concurrence existant entre eux. Etait sous-jacente dans cette affaire l'égalité des conditions économiques d'exercice de l'activité en cause, en ce que le respect des obligations contractuelles était générateur d'un coût ayant des répercussions sur le prix de vente au consommateur. La Chambre commerciale a approuvé la cour d'appel d'avoir décidé que l'action en responsabilité intentée au titre des manquements contractuels allégués étaient fondée en son principe (Com., 1er juillet 2003, Bull. n° 115 page 130).

e) Les aides illicites

Si le régime tant communautaire qu'interne des aides publiques aux opérateurs économiques dépasse le cadre de la présente étude, un arrêt de la Chambre commerciale du 15 juin 1999 (Bull. n° 129 page 108) mérite d'être cité au regard, non pas tant de la solution retenue qui démontre seulement la défaillance de l'entreprise s'estimant victime d'un comportement illicite dans l'administration de la preuve, mais au regard du type d'action qui peut être engagée devant les juridictions judiciaires par les entreprises qui s'estimeraient victimes d'une rupture d'égalité dans la concurrence du fait de l'octroi d'aides illicites. En effet, il résulte de cet arrêt que ces entreprises peuvent engager une action en responsabilité civile en se prévalant de la concurrence déloyale résultant d'une pratique de prix artificiellement bas car pratiqués au moyen d'aide illicites.

Mis en oeuvre au travers de la prohibition des pratiques discriminatoires ou de la sanction du défaut de respect de l'égalité devant la loi, le principe d'égalité trouve donc à s'exercer dans la compétition économique en ce qu'il contribue à ce que celle-ci ne soit pas faussée. Cette application

illustre, s'il en était besoin, qu'au regard du droit positif, la libre concurrence envisagée par le législateur ne se confond pas avec la concurrence sauvage.

L'ÉGALITÉ DES CRÉANCIERS DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES

Philippe DELMOTTE
Conseiller référendaire à la Cour de cassation

"Messieurs, il nous était dû à tous en bloc un million. Nous avons dépecé notre homme comme une frégate sombrée. Les clous, les fers, les bois, les cuivres ont donné trois cent mille francs. Nous avons donc trente pour cent de nos créances. Heureux d'avoir trouvé cette somme quand notre débiteur pouvait ne nous laisser que cent mille francs, nous le déclarons un Aristide, nous lui votons des primes d'encouragement, des couronnes, et proposons de lui laisser son actif, en lui accordant dix ou douze ans pour nous payer cinquante pour cent qu'il daigne nous promettre. Voici le concordat, passez au bureau, signez-le !" [Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau].

C'est en ces termes que Balzac décrit l'accord collectif auquel les créanciers pouvaient espérer parvenir sous l'empire du Code de commerce de 1807 ; le concordat, fruit d'un compromis, était (ou devait être) aussi le reflet du principe d'égalité entre les créanciers, principe qui régit traditionnellement le droit des faillites : le débiteur n'étant pas en mesure, par hypothèse, de régler tous ses créanciers, la procédure collective à laquelle il est soumis doit faire supporter à chacun une part égale dans la perte commune.

L'égalité des créanciers, qui constitue une règle spéciale de l'égalité au regard du principe général de l'égalité civile, trouve son fondement dans l'article 2093 du Code civil aux termes duquel "les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence". Ces dérogations portent le nom de privilèges et hypothèques.

Dès le début du vingtième siècle, la Cour de cassation a reconnu à la règle de l'égalité entre les créanciers un caractère d'ordre public qui interdisait toute clause pouvant favoriser l'un d'eux (Cass. Req, 13 juillet 1910, Journ. Faill. p 385). Dans un arrêt rendu le 19 avril 1985 (Bull. n° 120), la chambre commerciale faisait encore expressément référence à "la règle d'ordre public de l'égalité des créanciers" mais cette décision était rendue sous l'empire des dispositions de la loi du 13 juillet 1967. La règle de l'égalité entre les créanciers a connu aussi sa pleine consécration lorsque la Cour de cassation reconnut la personnalité morale à la masse des créanciers (Com. 17 janvier 1956, Bull. n° 27) : la masse était en effet une institution collective fonctionnant comme un mécanisme égalitaire.

Mais, près de deux cent ans après la promulgation du Code de commerce, il convient de s'interroger sur la persistance de la règle de l'égalité entre les créanciers au coeur du droit positif et spécialement du droit des procédures collectives.

Il est significatif de constater que l'expression "égalité des créanciers" ne figure nulle part dans le texte de la loi du 25 janvier 1985. A peine y fait-on allusion lors de la présentation de la loi et des débats parlementaires du 5 avril 1984 (JO p. 1182), sans que jamais les termes "d'égalité des créanciers" ne soient prononcés : "mais par une innovation considérable, tous les créanciers,
privilégiés comme chirographaires, se verront opposer les mêmes délais et, par conséquent connaîtront à cet égard le même sort, le fisc et la sécurité sociale étant placés sur le même pied que le créancier ordinaire".

L'article 166 de la loi, devenu l'article L.622-29 du Code de commerce, reprend certes les termes de l'article 2093 du Code civil : "le montant de l'actif, distraction faite des frais et dépens de la liquidation judiciaire, des subsides accordés au chef d'entreprise ou aux dirigeants ou à leur famille et des sommes payées aux créanciers privilégiés, est réparti entre tous les créanciers au marc le franc de leurs créances admises". Mais on pourrait soutenir que cet article met seulement en oeuvre une disposition technique prise dans le cadre de la répartition du produit de la liquidation judiciaire.

Ce silence du législateur sur la règle de l'égalité des créanciers peut s'expliquer.

En premier lieu, la loi du 25 janvier 1985, qui a fait du redressement et de la sauvegarde de l'entreprise une priorité, a relégué le paiement des créanciers au second plan, privé ceux-ci du pouvoir qu'ils détenaient par l'entremise du vote du concordat et supprimé l'institution de la masse. La procédure collective n'est plus conçue comme une voie d'exécution générale ayant pour but premier la réalisation des biens du débiteur et la distribution du prix. Pour reprendre la formule de Balzac, il ne s'agit plus de "dépecer" le débiteur ! Du même coup, à l'affaiblissement du rôle des créanciers dans la législation sur l'entreprise en difficulté répond l'évanouissement du principe d'égalité.

En second lieu, le réalisme commande de ne plus faire de la règle de l'égalité "un dogme" selon l'expression de M. le professeur Derrida : face à la multiplication des sûretés contractuelles ou légales, à la panoplie des moyens offerts aux créanciers pour rompre l'égalité, telle l'institution de la clause de réserve de propriété, on ne peut plus regarder la règle de l'égalité des créanciers comme un principe sacralisé dans le droit moderne des procédures collectives.

On peut même s'interroger sur le point de savoir si l'égalité entre les créanciers a eu réellement un jour valeur de principe absolu dans le droit des faillites, certains auteurs (Coudert, Petites affiches 1992, n° 108) n'hésitant pas à qualifier la règle de mythe ou même d'expédient (M. Cabrillac in Mélanges Breton-Derrida 1991) !

Toutefois, il ne faut pas en déduire trop hâtivement que la règle de l'égalité des créanciers a disparu du droit positif. Elle demeure la norme sous-jacente justifiant différentes dispositions de la législation sur les procédures collectives, elle est invoquée explicitement par la chambre commerciale ou peut constituer le fondement implicite de tel ou tel de ses arrêts.

Mais exposer le contenu de la règle ne peut se faire sans analyser simultanément les multiples atteintes qui lui sont portées. Ainsi, l'égalité des créanciers, tel Janus, se présente constamment sous ce double aspect : aux vertus de l'égalité répondent immédiatement les séductions de l'inégalité.

Telle n'est pas la moindre des ambiguïtés de cette règle qui, n'étant pas formellement exprimée par la loi, peut, d'un côté, être invoquée au soutien de certaines solutions jurisprudentielles et, de l'autre, être écartée au nom du principe de réalisme.

On ne veut pas ici cultiver le goût du paradoxe : mais les exceptions au principe d'égalité peuvent, elles aussi, obéir à des impératifs supérieurs, être commandées par la raison tandis que la stricte application du principe d'égalité peut engendrer la pire des iniquités. Ce n'est qu'une illustration de la maxime d'Aristote selon laquelle "il n'y a pas inégalité, mais égalité véritable à traiter inégalement des choses inégales..." Aujourd'hui, le philosophe parlerait de "discrimination positive" !

La restriction au principe d'égalité pour des motifs tirés d'intérêts supérieurs n'est donc pas nouvelle ; dans le droit communautaire, il a d'ailleurs été admis que le principe d'égalité pouvait connaître "certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance des droits" en cause (Cour de Justice des Communautés européennes, 14 mai 1974, Nolc c/Commission, aff. 4-73).

La jurisprudence de la chambre commerciale est le reflet de cette ambivalence, de l'ambiguïté inhérente à la règle de l'égalité entre les créanciers. D'emblée d'ailleurs, il faut débuter cette étude en précisant ce qu'elle ne concerne pas, à savoir la loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises ; la chambre commerciale a jugé en effet que la règle de l'égalité entre les créanciers est étrangère à la procédure de règlement amiable, dont l'assise est contractuelle (Com. 16 juin

1998, Bull. n° 193).

La présente étude sera donc consacrée essentiellement aux dispositions de la loi du 25 janvier 1985 désormais intégrée au Code de commerce.

Si l'égalité des créanciers persiste à travers différents aspects du droit des procédures collectives (I), la Cour de cassation n'hésite pas à s'affranchir de ce principe qui n'est pas inflexible (II).

I - La survie de la règle ou les vertus de l'égalité

A. Manifestations traditionnelles de l'égalité des créanciers

Si la loi de 1985 a supprimé la masse, les créanciers restent néanmoins soumis à une certaine discipline commune résultant (c'est un truisme) du caractère collectif de la procédure et de l'unicité de cette procédure. La soumission à ces principes uniformes de procédure transcende le caractère privilégié ou chirographaire des créances et concerne alors l'ensemble des créanciers antérieurs.

L'égalité des créanciers, qui s'exprime à travers cette discipline collective, a une utilité fonctionnelle, celle de mener à bonne fin la procédure collective conçue ici comme une voie d'exécution générale. L'égalité n'est ici qu'un moyen, pas une fin.

Différentes règles, qui constituent, en somme, le noyau dur des procédures collectives, illustrent cet aspect de l'égalité.

1° La défense de l'intérêt collectif des créanciers

L'article L.621-39 du Code de commerce (anciennement article 46 de la loi) a conféré au représentant des créanciers le monopole de représentation de l'intérêt collectif des créanciers. La chambre commerciale contrôle avec fermeté le respect de cette disposition en combattant toute velléité des créanciers prétendant agir seuls sans justifier d'un préjudice qui n'est pas distinct de celui causé aux autres créanciers. Ayant déjà eu plusieurs fois l'occasion d'énoncer ce principe (Com. 3 juin 1997, Bull. n° 163 ; Com. 14 décembre 1999, Bull. n° 230), la chambre commerciale a rappelé dans un arrêt récent que le représentant des créanciers dont les attributions sont ensuite dévolues au liquidateur, a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers de sorte que l'action individuelle introduite par un

créancier, pour demander réparation d'un préjudice qui n'est pas distinct de celui causé aux autres créanciers, est irrecevable (Com. 4 mars 2003, Bull. n° 37).

Le mandataire de justice peut lui-même être sanctionné lorsqu'il confond intérêt collectif et intérêt personnel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers ! Ainsi, commet un manquement à ses obligations, le représentant des créanciers qui, sur sa propre initiative, propose au juge-commissaire l'admission d'une créance quand bien même la déclaration de créance était tardive et le délai pour agir en relevé de forclusion expiré (Com. 7 janvier 2003, Bull. n° 1). Tout favoritisme s'oppose de plein front à l'égalité des créanciers.

2° L'obligation de déclarer les créances

On peut avancer l'idée que la règle de l'égalité des créanciers sous-tend la disposition de l'article L.621-43 du Code de commerce (anciennement article 50) imposant à **tous** les créanciers dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture de déclarer leurs créances pour être admis au passif de la procédure collective. En effet, l'antériorité de la créance ne figure pas au rang des causes légitimes de préférence énumérées par l'article 2094 du Code civil. L'égalité des créanciers est ici consubstantielle au caractère collectif de la procédure.

Certes, le texte lui-même pose immédiatement une exception concernant les salariés. On n'ignore pas non plus les dérogations multiples à cet article résultant, notamment, des actions directes. Tout récemment la chambre commerciale ne vient-elle pas encore de consacrer une exception à la disposition précitée en décidant que l'action directe du transporteur n'est pas subordonnée à la déclaration de créance au passif de la procédure collective (Com. 17 décembre 2003, pourvoi n° 02-12.891, à paraître).

Mais sous ces réserves, l'obligation de déclarer concerne tous les créanciers antérieurs, qu'ils soient chirographaires ou privilégiés, dès lors que ceux-ci veulent participer à la procédure collective.

Le Trésor public et les organismes de prévoyance et de sécurité sociale, qui bénéficient pourtant d'un régime dérogatoire en matière de déclaration de créances, n'échappent pas à cette obligation ; la chambre commerciale ne manque pas de le leur rappeler :
l'article 50 de la loi du 25 janvier 1985 (devenu l'article L.621-43 du Code de commerce), qui prévoit que les créances du Trésor public et des organismes de prévoyance et de sécurité sociale qui n'ont pas fait l'objet d'un titre exécutoire au moment de leur déclaration sont admises à titre provisionnel pour leur montant déclaré et que les déclarations du Trésor et de la sécurité sociale sont

toujours faites sous réserve des impôts et autres créances non établis à la date de la déclaration, ne déroge pas aux dispositions de l'article 53 de la même loi (devenu l'article L.621-46 du Code de commerce), selon lequel, à défaut de déclaration dans le délai de deux mois, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et dividendes, à moins que le juge-commissaire, saisi dans le délai d'un an à compter de la décision d'ouverture, ne les relève de la forclusion. (Com. 3 mai 1994, Bull. n° 162 ; Com. 9 janvier 1996, pourvoi n° 93-12.667 ; Com. 8 octobre 1996, pourvoi n° 93-21.564).

Pareillement, le troisième alinéa de l'article 50 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L.621-43 du Code de commerce, n'a pas pour effet de dispenser le Trésor public de compléter sa déclaration effectuée à titre provisionnel dans le délai prévu par l'article 66 du décret du 27 décembre 1985 modifié ou, à défaut, de demander à être relevé de la forclusion, conformément au premier alinéa de l'article 53 de la même loi, devenu l'article L.621-46 du même Code (Com. 29 avril 2003, Bull. n° 64).

La discipline collective imposée aux créanciers antérieurs leur interdit de contourner l'obligation de déclarer les créances pour tenter d'échapper à la forclusion. Il en est ainsi dans une espèce singulière où un créancier, qui n'avait pas déclaré sa créance ni obtenu de relevé de forclusion, soutenait que le liquidateur judiciaire avait implicitement renoncé à l'effet extinctif attaché par la loi au défaut de déclaration de créance dès lors qu'il avait signé un avenant au contrat liant ce créancier au débiteur et s'était exprimé par voie de conclusions devant le tribunal. La chambre commerciale écarte cette argumentation sur laquelle était fondé le moyen en énonçant que l'article 158 de la loi du 25 janvier 1985 (devenu l'article L.622-20 du Code de commerce) ne confère pas au liquidateur, même autorisé par le juge-commissaire, le pouvoir de renoncer à l'extinction d'une créance par application de l'article 53 de ladite loi (Com. 23 novembre 1999, Bull. n° 208). On en déduit, d'un côté, que les organes de la procédure collective ne peuvent transiger sur n'importe quel objet, de l'autre, que le créancier ne peut, par la voie contractuelle, assouplir les règles d'ordre public relatives à la déclaration des créances. Permettre un accord en pareil cas aboutirait à tolérer que certains créanciers bénéficient d'un régime de faveur les faisant échapper aux effets de la forclusion tandis que les autres se verraient appliquer le régime drastique de l'article L.621-46 du Code de commerce. Une telle conséquence n'est pas admissible et serait contraire aux principes gouvernant l'admission des créances alliés à la règle de l'égalité des créanciers.

Si la déclaration de créance n'est soumise à aucun formalisme particulier, encore faut-il que cette déclaration, qui équivaut à une demande en justice, contienne des éléments suffisamment clairs pour être prise en considération ; ainsi l'article L.621-44 du Code de commerce et l'article 67 du

décret du 27 décembre 1985 imposent-ils à tous les créanciers d'y faire figurer le montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture, avec mention des sommes à échoir et de la date de leurs échéances ainsi que, le cas échéant, la nature du privilège ou de la sûreté détenus. Au créancier, qui reprochait au représentant des créanciers de ne pas lui avoir indiqué la démarche à suivre et de ne pas l'avoir invité à régulariser une déclaration "en bonne et due forme" de sorte qu'il avait encouru la forclusion, la chambre commerciale rétorque "que dans le cas où la créance n'a pas fait l'objet d'une déclaration régulière, le représentant des créanciers n'a pas l'obligation d'aviser le créancier de cette irrégularité" (Com. 6 février 2001, Bull. n° 31). Cette décision qui tend à délimiter la mission du représentant des créanciers est aussi significative de l'obligation de neutralité qui pèse sur celui-ci : il a certes l'obligation d'avertir les créanciers connus, d'avertir les créanciers titulaires d'une sûreté publiée par lettre recommandée avec accusé de réception d'avoir à déclarer leurs créances, mais il n'a pas l'obligation de rappeler aux créanciers les délais impartis (Com., 26 mai 1999, pourvoi n° 97-10.060) ; il ne doit pas manifester un zèle excessif à l'égard de l'un ou de l'autre des créanciers, sous peine de bafouer la règle de l'égalité. Ce qui explique qu'il dispose de la faculté de demander au créancier déclarant la production de certains documents mais qu'il ne peut lui être fait grief de n'avoir pas fait usage de cette faculté (Com., 26 mai 1999, même arrêt). Il appartient donc à chacun des créanciers de formaliser sa déclaration de créance, sans pouvoir attendre du représentant des créanciers, pris en tant qu'organe de la procédure collective, un quelconque traitement de faveur.

3° Les règles applicables en matière de plan de continuation

La règle de l'égalité des créanciers se manifeste encore dans le cadre de l'élaboration d'un plan de redressement par voie de continuation. L'article L.621-60 du Code de commerce impose en effet au représentant des créanciers de recueillir individuellement ou collectivement l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance sur les délais et remises qui sont proposés en vue d'un plan de continuation de l'entreprise ; prive ainsi sa décision de base légale la cour d'appel qui fixe le montant du passif à apurer dans le cadre d'un plan de continuation en déduisant les pénalités et majorations de retard dues au Trésor public et aux organismes de prévoyance et de sécurité sociale, sans constater que ces derniers avaient consenti des remises dans les conditions prévues par l'article 24, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 (devenu l'article L.621-60 précité) [Com. 28 février 1995, Bull. n° 61].

Encore faut-il tempérer la portée de cette règle : si le projet de plan est réalisable, le tribunal ne peut l'adopter ou le rejeter immédiatement (en présence, par exemple, d'une offre de cession plus attractive) en l'absence d'une consultation préalable de tous les créanciers ayant déclaré leurs créances ; en revanche, la chambre commerciale dispense le tribunal d'une telle

consultation lorsque le plan proposé repose sur une progression utopique du chiffre d'affaires et n'est pas réalisable (Com. 25 mars 1997, Bull. n° 82), implique un financement qui n'est assorti d'aucune garantie (Com. 5 mars 2002, pourvoi n° 98-20.370) ou n'est pas sérieux (Com. 22 janvier 2002, pourvoi n° 99-10.310).

Au stade de l'arrêté du plan de continuation, l'article L.621-76 du Code de commerce est une expression de l'égalitarisme puisqu'il prévoit que le tribunal impose des délais uniformes de paiement, ces délais pouvant être imposés aux créanciers chirographaires comme aux créanciers privilégiés. A cet égard, justifie légalement sa décision une cour d'appel qui rejette la demande d'une banque tendant à être payée à l'échéance contractuelle de la créance née d'un prêt consenti antérieurement au jugement d'ouverture du redressement judiciaire de l'emprunteur et non renouvelé à l'échéance intervenue après ce jugement dès lors que cette créance n'était pas relative à un contrat en cours au sens de l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985 et que le tribunal qui a arrêté le plan de continuation tenait de l'article 74 de la même loi (devenu l'article L.621-76 précité) le pouvoir d'imposer à la banque les délais de paiement que celle-ci aurait refusés (Com. 16 novembre 1993, Bull. n° 410). La référence à la règle de l'égalité des créanciers est claire puisque l'arrêt prend soin de préciser que "la banque est soumise aux dispositions contenues dans le plan et ne peut échapper à la règle commune du seul fait que l'échéance du prêt est intervenue après le jugement" d'ouverture.

Mais là encore, il faut atténuer la portée de l'article L.621-76, le législateur y ayant immédiatement apporté des dérogations ou des tempéraments tenant à la qualité de la créance (telle la créances salariale dont le montant n'a pas été avancé par l'AGS : article L.621-78, 2°, du Code de commerce) ou au montant de la créance (les titulaires des créances les plus faibles, soit pour chaque créance remboursable sans remise ni délai, un montant de 152,45 euros... article 101 du décret du 27 décembre 1985). Il faudrait surtout mesurer l'impact effectif de cette mesure, certains auteurs (M. Cabrillac, Mélanges Breton, précité) affirmant que les juges du fond enfreindraient fréquemment cette règle en pratique. Un tel audit dépasse le cadre de la présente étude...

4° La condamnation au paiement des dettes sociales

Au contraire du régime applicable sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, la loi du 25 janvier 1985 prévoit que les sommes versées par les dirigeants, condamnés au paiement des dettes sociales, entrent dans le patrimoine du débiteur ; ces sommes sont affectées, en cas de continuation de l'entreprise, selon les modalités prévues par le plan d'apurement du passif, et, en cas de cession ou de liquidation, sont réparties entre tous les créanciers au

marc le franc (article 180, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 devenu article L.624-3, alinéa 3, du Code de commerce). Il en résulte, dans cette dernière hypothèse, que la répartition de ces sommes s'effectue sans accorder de rang prioritaire aux créanciers superprivilégiés (Com. 20 mai 1997, Bull. n° 147). La règle de l'égalité entre les créanciers s'exprime alors pleinement.

En revanche, dans deux arrêts du 22 janvier 2002 (Bull. n° 19) et du 14 mai 2002 (Bull. n° 85), la chambre commerciale a été conduite à préciser la portée des dispositions de l'article165 du décret du 27 décembre 1985 lorsque le dirigeant d'une personne morale, déjà soumis à une procédure collective, fait l'objet d'une action en paiement des dettes sociales, exercée par le mandataire de justice. Dans cette hypothèse, le mandataire n'est pas tenu de procéder à une déclaration de créance (1er arrêt). Pareillement, la créance consacrée par la décision rendue sur l'action en paiement des dettes sociales, qui échappe à l'interdiction des poursuites individuelles, n'est pas soumise à la procédure de vérification et d'admission des créances (2ème arrêt). Bénéficiant ainsi d'un régime dérogatoire au droit commun, le mandataire de justice échappe aux délais et formalités imposés par l'article L.621-43 du Code de commerce. Il lui suffit de faire inscrire la décision rendue sur l'état des créances.

B. Justifications prétoriennes

La règle de l'égalité justifie implicitement ou explicitement certaines solutions de la chambre commerciale.

1° La suspension des poursuites individuelles

La suspension des poursuites individuelles, dont le principe est posé par l'article L.621-40 du Code de commerce, est une règle traditionnelle du droit des procédures collectives ; avant la réforme de 1985, on avait coutume de dire que cette règle était le corollaire de l'existence de la masse des créanciers et exprimait le caractère égalitaire de la procédure. Du fait de la disparition de la masse, certains auteurs ont soutenu que cette règle ne pourrait plus être inspirée par l'idée d'égalité et que son domaine se réduirait à la période d'observation. Toutefois, il n'apparaît pas que la disparition de la masse ait privé la règle de suspension des poursuites individuelle de son fondement originel et de sa force.

Au contraire dans un arrêt prononcé le 8 janvier 2002 (Bull. n° 3), la chambre commerciale rappelle avec vigueur qu'il résulte de la combinaison des articles 47 et 48 de la loi du 25 janvier 1985, devenus les articles L.621-40 et L.621-41 du Code de commerce, que seule une instance en cours devant un juge du fond au jour du jugement d'ouverture enlève au juge-commissaire le pouvoir de décider de l'admission ou du rejet d'une créance ; en conséquence, tout créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement

d'ouverture doit se soumettre à la procédure de vérification des créances et ne peut, après l'ouverture de la procédure collective, engager une action en justice tendant à la constatation de sa créance et à la fixation de son montant devant une autre juridiction. Hormis le cas d'une instance en cours à la date du jugement d'ouverture, tout créancier antérieur doit donc se plier à la discipline collective et à la procédure de vérification des créances qui constitue la seule voie possible pour faire admettre sa créance.

On en veut aussi pour preuve l'arrêt rendu le 19 décembre 1995 par la chambre commerciale (Bull n° 305) qui a énoncé que la suspension ou l'interdiction des actions en justice visées à l'article 47 de la loi du 25 janvier 1985 (devenu l'article L.621-40 précité), qui prend effet dès le jugement d'ouverture, est maintenue durant toute la durée de la procédure collective et, qu'en conséquence, l'exercice individuel des actions énumérées par ce texte demeure impossible durant la liquidation judiciaire du débiteur. Non seulement la chambre commerciale précise que la règle de suspension des poursuites individuelles est applicable en matière de liquidation judiciaire, mais elle manifeste aussi implicitement son attachement à cette règle qui se veut le reflet du caractère collectif et égalitaire de la procédure.

L'article L.622-23 du Code de commerce prévoit certes la possibilité pour certains créanciers titulaires d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque ainsi que pour le Trésor Public, en ce qui concerne ses créances privilégiées, dès lors qu'ils ont déclaré leurs créances, d'exercer leur droit de poursuite individuelle, en cas d'inertie du liquidateur (lorsque celui-ci n'a pas entrepris la liquidation des biens grevés dans le délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture). Mais la chambre commerciale a réduit la portée de cet article en ce qui concerne l'action en résolution octroyée au vendeur d'immeuble ou au prêteur de deniers subrogé dans ses droits, en invoquant expressément la règle d'égalité des créanciers : le droit de poursuite individuelle des créanciers, qui ne peut avoir pour effet de modifier l'ordre des paiements, autorise seulement la poursuite ou l'engagement des voies d'exécution. En conséquence, une cour d'appel en déduit exactement que les prêteurs subrogés dans les droits du vendeur étaient irrecevables à exercer l'action résolutoire du contrat de vente bien que le liquidateur soit resté inactif. En dépit de critiques de la doctrine, cette solution a constamment été réaffirmée (Com. 8 octobre 1996, pourvoi n° 94-18.231 ; Com. 19 janvier 1999, pourvoi n° 95-18.385 ; Com. 2 octobre 2001, pourvoi n° 98-19.453). Signe de sa vivacité en la matière, la règle de l'égalité paralyse le mécanisme du privilège du vendeur d'immeuble et prive celui-ci de sa prérogative la plus intéressante ! A l'astucieux auteur du pourvoi qui, s'appuyant sur un avis de la doctrine, avait soutenu, pour contourner cette jurisprudence, que l'action résolutoire devait s'analyser en une véritable voie d'exécution, la chambre commerciale a

rétorqué qu'une telle action ne pouvait être assimilée à une voie d'exécution (Com. 2 octobre 2001, précité).

C'est encore au visa de l'article 47 de la loi du 25 janvier 1985, mais aussi de l'article 33 de la même loi et du principe de l'égalité entre les créanciers, invoqué expressément, que la chambre commerciale casse, pour violation de la loi, un arrêt qui, pour condamner un débiteur mis en redressement puis liquidation judiciaires à réaliser des travaux destinés à remédier à des désordres qui lui étaient imputables, énonce qu'une telle condamnation ne se heurte pas à la règle d'ordre public de la suspension des poursuites individuelles dans la mesure où cette action en justice ne tend pas à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. La chambre commerciale décide au contraire qu'une telle action est frappée par l'arrêt des poursuites individuelles car, *sous couvert de condamnation du débiteur et de son liquidateur judiciaire à exécuter une obligation de faire, la demande impliquait des paiements de sommes d'argent pour une cause antérieure au jugement d'ouverture*. (Com. 17 juin 1997, Bull n° 192).

Mais toute poursuite individuelle n'est pas interdite ; spécialement, l'arrêt des poursuites individuelles ne s'impose qu'aux créanciers de sommes d'argent pour une cause antérieure à l'ouverture de la procédure collective, comme le précise opportunément l'arrêt précité ou l'arrêt prononcé par la chambre commerciale le 28 avril 1998 (pourvoi n° 96-11.490). Ce qui permet de soutenir qu'en invoquant, dans le visa de son arrêt du 17 juin 1997, le principe de l'égalité entre les créanciers, la chambre commerciale a entendu réaffirmer le fondement égalitaire de la règle édictée par l'article 47, alors même qu'il aurait suffi de relever le caractère antérieur de la créance pour sanctionner l'action engagée par le créancier.

Ainsi nombre de pourvois qui invoquent à leur soutien une prétendue violation de la règle d'égalité des créanciers et/ou de l'article 47 de la loi du 25 janvier 1985 sont-ils rejetés car le fait générateur de la créance se situe postérieurement au jugement d'ouverture. Pour exemples :

Concernant la demande tendant à la condamnation d'une société en redressement puis liquidation judiciaires à restituer les lieux loués après résiliation du bail, une cour d'appel énonce à bon droit que l'obligation de restitution des lieux loués, après enlèvement des objets les garnissant, a pour fait générateur la résiliation du bail constatée après l'ouverture de la procédure collective et en a exactement déduit que cette obligation avait une origine postérieure au jugement d'ouverture (Com. 6 mars 2001, Bull. n° 51).

Concernant la demande formée par un syndicat de copropriétaires et tendant à

la condamnation du liquidateur judiciaire d'une société à faire cesser un état de péril, justifie légalement sa décision d'accueillir une telle demande la cour d'appel qui relève que le risque d'effondrement de partie de l'immeuble de la société mise en liquidation judiciaire a été constaté dans des rapports établis les 7 avril et 16 mai 1997 (*soit à une date postérieure au jugement de liquidation judiciaire*), ce dont il résulte que la prétention du syndicat trouve sa cause postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective (Com. 27 novembre 2001, pourvoi n° 99-12.941).

2° Interdiction de payer les créances antérieures à l'ouverture de la procédure collective / nullités de la période suspecte

On est conduit naturellement, après avoir évoqué l'arrêt des poursuites individuelles, à traiter de l'article L.621-24 du Code de commerce posant le principe de l'interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture et des nullités à raison des actes effectués par le débiteur depuis la date de cessation des paiements, telles que prévues par les articles L.621-107 et L.621-108 du Code de commerce.

Ces deux corps de règles sont traditionnellement rattachés à la règle de l'égalité entre les créanciers. Certains auteurs critiquent cette parenté aux motifs que la nullité des actes passés en violation de l'article L.621-24, ou pendant la période suspecte, entraîne restitution au profit du patrimoine du débiteur en procédure collective et que le résultat de l'action en nullité ne sert qu'à reconstituer l'actif de l'entreprise et non à désintéresser les créanciers. L'argument n'est pas pleinement convaincant car dans l'un et l'autre cas, la nullité a pour cause un paiement ou un acte équivalent qui tend à favoriser un créancier au détriment d'un autre. Cette rupture d'égalité a porté atteinte au gage commun des créanciers. Comme le souligne justement un auteur (M. Pollaud-Dulian, le principe d'égalité dans les procédures collectives, JCP 1998 I 138), "reconstituer l'actif, c'est remettre les créanciers sur un pied d'égalité face aux conséquences de la cessation des paiements".

a) Il est vrai qu'en ce qui concerne l'application stricte de **l'article L. 621-24** du Code de commerce, la chambre commerciale peut se révéler plus discrète lorsqu'il s'agit de se référer à la règle de l'égalité des créanciers. Ainsi, dans un arrêt du 13 novembre 2001 (Bull. n° 179), la chambre commerciale rejette le pourvoi formé contre un arrêt qui avait considéré que le droit de rétention exercé par le commissionnaire de transport sur des marchandises remises postérieurement à l'ouverture de la procédure collective de son débiteur en garantie du paiement de créances antérieures avait pour effet de rompre l'égalité des créanciers, mais ne reprend pas à son compte cette motivation ; elle y substitue un motif de pur droit, dégagé de toute allusion à la règle de l'égalité : en application de l'article 33, premier alinéa, de la loi du 25 janvier

1985, devenu l'article L.621-24, 1er alinéa, du Code de commerce, le paiement d'une créance antérieure au jugement d'ouverture est interdit et frappé de nullité ; il en résulte que le commissionnaire ne peut valablement exercer son droit de rétention sur des marchandises confiées après le jugement d'ouverture pour obtenir le paiement de créances antérieures. A la différence de l'arrêt précité du 17 juin 1997, la chambre commerciale considère ici que la règle posée par l'article L.621-24 se suffit à elle-même ; la créance étant née antérieurement au jugement d'ouverture, il en découle ipso facto que tout moyen de pression, tel le droit de rétention, pour obtenir le paiement de cette créance, ne peut prospérer.

Mais on ne peut en déduire que toute justification de l'article L.621-24 par la règle de l'égalité des créanciers est bannie : ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à un arrêt prononcé le 3 octobre 2000 (Com. pourvoi n° 97-17.279), une coopérative vinicole, qui avait vendu du vin à une société, avait tiré sur celle-ci des lettres de change-relevé et les avait présentées à la compensation par la banque de la coopérative. La société ayant été mise en redressement judiciaire, sa banque, auprès de laquelle était domiciliée l'une des lettres de change, avait procédé au paiement de cette lettre mais avait recrédité le compte de la société du montant de celle-ci à la demande de l'administrateur judiciaire. La cour d'appel avait accueilli la demande en paiement formée par la banque à l'encontre de la coopérative au motif que l'interdiction de payer une créance antérieure au jugement d'ouverture est sanctionnée par une nullité absolue qui peut être demandée par tout intéressé et qu'un créancier antérieur ne saurait profiter d'une erreur de la banque pour violer le principe d'égalité entre les créanciers. Or une telle décision méconnaissait la finalité assignée à l'article L.621-24 qui est de reconstituer le gage commun des créanciers. L'arrêt est cassé au motif que l'action exercée par la banque ne tendait pas à obtenir la réintégration des sommes payées dans le patrimoine du débiteur mais dans son patrimoine propre.
On en déduit que la rupture d'égalité que sanctionne l'article L.621-24 revêt un caractère collectif, objectif, et détaché des considérations individuelles attachées à l'un ou l'autre des créanciers. En somme, tout intéressé peut demander le prononcé de la nullité parce qu'il s'agit d'une nullité absolue ; en revanche le créancier ne peut utiliser à son seul profit l'action ouverte par l'article L.621-24.

La nullité édictée par l'article L.621-24 est telle que même en cas de poursuite par l'administrateur judiciaire d'un contrat à exécution successive et en dépit de l'accord donné par ce même administrateur au paiement d'une échéance antérieure, le commissaire à l'exécution du plan est en droit de faire constater la nullité du paiement fait par l'administrateur de cette créance née antérieurement au jugement d'ouverture (Com. 28 mai 2002, Bull. n° 94). Cet arrêt est rendu au double visa de l'article 33, alinéa 1er, et de l'article 37,

alinéas 1 et 2,de la loi du 25 janvier 1985 desquels il résulte que l'administrateur a la faculté d'exiger l'exécution du contrat en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant qui doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs, défaut qui n'ouvre droit au profit du créancier qu'à déclaration au passif. L'interdiction du paiement d'une créance antérieure, alliée au principe de la poursuite des contrats en cours, dont le respect est assuré avec vigueur par la Cour de cassation dans cette décision, sont l'expression de la règle de l'égalité entre les créanciers.

Il convient toutefois de remarquer que la règle posée par l'article L.621-24 connaît un sérieux tempérament, la jurisprudence de la chambre commerciale, consacrée en cela par la loi du 10 juin 1994 modifiant la loi du 25 janvier 1985, ayant depuis longtemps considéré que l'interdiction de payer les créances antérieures ne faisait pas obstacle au jeu de la compensation et spécialement au paiement par compensation de créances connexes (Com. 19 mars 1991, Bull n° 105, jurisprudence confirmée par de multiples arrêts postérieurs ; pour une application récente, Com. 14 mars 2000, pourvoi n° 97-17.752, qui casse un arrêt ayant retenu que le jugement d'ouverture faisait obstacle à toute compensation ultérieure au profit d'un créancier en vertu du principe d'égalité entre les créanciers, pour n'avoir pas recherché si les créances litigieuses n'étaient pas connexes).

b) Dans le domaine des **nullités en période suspecte,** la chambre commerciale a décidé que le créancier d'un débiteur en redressement judiciaire, non habilité à exercer les actions spécifiques des articles 107 et 108 de la loi du 25 janvier 1985, ne justifie pas d'un motif légitime au sens de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile pour demander l'institution d'une mesure d'instruction destinée à établir l'irrégularité alléguée d'actes préjudiciables aux créanciers accomplis par le débiteur au cours de la période suspecte et la connaissance de son état de cessation des paiements par ses cocontractants (Com. 26 avril 2000, Bull. n° 83). Par le biais du défaut de qualité pour agir du créancier, l'arrêt rappelle implicitement le monopole de représentation du représentant des créanciers, seul habilité à agir dans l'intérêt collectif des créanciers. On peut en déduire aussi que la règle d'égalité des créanciers, à laquelle l'acte irrégulier effectué pendant la période suspecte a porté atteinte, n'est pas une règle d'intérêt privé.

c) Osons une courte incursion dans le **droit du cautionnement** pour retrouver cette même idée : une caution, qui invoquait la nullité d'une clause pénale pour contrariété à la règle de l'égalité des créanciers, avait vu son argumentation rejetée comme étant "sans rapport avec le litige". Dans un arrêt du 29 mai 2001 (pourvoi n° 98-15.245), la chambre commerciale a rejeté le pourvoi formé contre cette décision en énonçant que la caution n'avait pas

qualité pour se prévaloir de la règle de l'égalité des créanciers. La règle de l'égalité des créanciers, même reconnue d'ordre public, transcende le simple rapport contractuel et ne peut profiter qu'aux créanciers pris dans leur globalité (on n'ose pas dire "la masse" !) et qu'à la procédure collective. Mais la caution n'est pas habilitée à se prévaloir d'un tel moyen.

II - L'effacement de la règle ou les affres de l'égalité

Non seulement la règle de l'égalité des créanciers n'a pas une portée absolue mais encore elle est ignorée ou exclue par le législateur et par différents mécanismes contractuels ou issus du droit des sûretés.

A. La flexibilité de la règle

1˚ Une règle à l'effet relatif

a) Dans les études consacrées à l'égalité des créanciers dans les procédures collectives, l'arrêt prononcé le 19 avril 1985 par la chambre commerciale (Bull. n˚ 120) ne manque pas d'être cité car il traduirait la permanence et la vivacité de la règle de l'égalité dans le droit positif. Il est vrai que cette décision énonçait avec force que la clause d'un contrat de prêt, en ce qu'elle prévoit la majoration des obligations du débiteur dans le cas où il serait mis en règlement judiciaire ou en liquidation des biens, porte atteinte à la règle d'ordre public de l'égalité des créanciers et ne peut donc produire effet. Pourtant cette décision, qui est revêtue désormais d'une valeur emblématique mais qui a été rendue sous l'empire des dispositions de la loi du 13 juillet 1967, est difficilement transposable dans le cadre de la loi du 25 janvier 1985. Spécialement, l'article L.621-28 du Code de commerce, relatif à la poursuite des contrats en cours, modifie totalement l'approche sur la validité des **clauses pénales** et des indemnités forfaitaires lorsque l'un des cocontractants est mis en redressement judiciaire.

Désormais, le maintien des contrats en cours est la règle, l'administrateur judiciaire ou le débiteur avec l'autorisation du juge-commissaire, dans la procédure simplifiée, ayant seul la faculté d'exiger l'exécution de ces contrats. Mais quelle que soit la décision prise, l'article L.621-28 n'interdit pas le jeu des clauses sanctionnant l'inexécution, la règle d'égalité entre les créanciers ne fait pas obstacle automatiquement à l'application d'une clause pénale. La seule exigence posée par le législateur est d'imposer au créancier de déclarer sa créance de dommages et intérêts ou au titre de la clause pénale, afin que le choix sur la poursuite du contrat soit libre (sur les conditions de la résiliation d'un contrat à la suite de la mise en demeure d'un créancier et le point de départ du délai pour déclarer la créance résultant

de la résiliation, Com. 18 mars 2003, Bull. n° 47).

Dans un arrêt du 10 décembre 1991 (Bull. n° 378), la chambre commerciale avait déjà censuré un arrêt déclarant nulle une clause pénale insérée dans un contrat de crédit-bail et invoquant le principe d'ordre public d'égalité des créanciers. Cassant cette décision au visa de l'article 37, alinéa 4, de la loi du 25 janvier 1985 (devenu l'article L.621-28 du Code de commerce), la chambre commerciale énonce qu'aucun texte, et spécialement l'article précité, ne dispose que la clause déterminant le montant de l'indemnité destinée à réparer le préjudice causé au bailleur au cas de résiliation de la convention serait réputée non écrite après le prononcé du redressement judiciaire du locataire et qu'une telle clause, dont les parties peuvent librement convenir lors de la signature du contrat, sous réserve du pouvoir reconnu au juge par l'article 1152, alinéa 2, du
Code civil, n'est pas contraire à la règle d'égalité des créanciers.

Dans un arrêt du 11 mai 1993 (Bull. n° 181), la chambre commerciale a précisé que le principe d'égalité des créanciers ne s'oppose à la validité, au regard de la procédure collective, d'une clause pénale convenue entre un créancier et le débiteur antérieurement à l'ouverture de la procédure collective que lorsqu'il résulte de cette clause une majoration des obligations du débiteur envers le créancier en cas de prononcé de son redressement judiciaire.

Ces solutions ont été réaffirmées à plusieurs reprises : Com. 3 mai 1994, (Bull. n° 163), concernant un contrat d'affiliation poursuivi à l'initiative de l'administrateur judiciaire puis résilié par celui-ci, Com. 9 mai 1995 (Bull. n° 132), concernant les indemnités d'exigibilité anticipée de prêts déclarées par un organisme prêteur au passif d'une liquidation judiciaire.

Il est donc interdit au créancier de se ménager un sort préférentiel du seul fait de la survenance d'une procédure collective ; mais rien ne l'empêche de prévoir une clause d'indemnisation pour rupture anticipée du contrat, à charge pour lui de déclarer cette créance au passif de la procédure collective. En conséquence, les stipulations contractuelles prévalent et permettent de conférer aux créanciers des avantages substantiels, à la condition de peaufiner la rédaction des clauses pénales.

Certains soutiennent que le principe d'égalité des créanciers recouvrerait son empire dans la faculté conférée au juge par l'article 1152, alinéa 2, du Code civil de modérer la clause pénale en raison de son caractère manifestement excessif. C'était la thèse développée dans un pourvoi ayant donné lieu à un arrêt du 28 mars 2000 (Com. pourvoi n° 97-19.886). Mais laissant dans ce domaine aux juges du fond un pouvoir discrétionnaire, la chambre commerciale énonce que les juges n'ont pas à motiver leur décision

lorsque faisant application pure et simple des contrats en cause, ils refusent de modérer la peine. De sorte qu'il est difficile d'apprécier si les juges font de la règle d'égalité entre les créanciers un critère de modération de la clause pénale. En tout état de cause, la règle de l'égalité des créanciers n'a plus qu'une portée limitée en la matière.

b) **L'article 55** de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L.621-48 du Code de commerce, pose le principe selon lequel le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux ou conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations ; mais, au contraire de la législation antérieure, cet article élargit le champ des dérogations, en écartant la règle de l'arrêt du cours des intérêts en ce qui concerne les intérêts des contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. Par le biais de stipulations contractuelles, le créancier peut là encore se trouver avantagé.

Ainsi l'exception à la règle de l'arrêt du cours des intérêts s'applique aux intérêts de retard prévus par la convention, peu important que la résiliation du contrat par le jeu de la déchéance du terme soit intervenue avant l'ouverture de la procédure collective (Com. 27 novembre 1991, Bull. n° 362, voir aussi Com. 16 novembre 1993, pourvoi n° 91-21.744).

Toutefois, l'exception est d'interprétation stricte : ainsi, justifie légalement sa décision la cour d'appel qui retient que la circonstance que trois prolongations successives de la durée de remboursement du prêt ont été accordées ne saurait conférer au prêt litigieux le caractère d'un prêt conclu pour une durée égale ou supérieure à un an au sens du texte précité (Com. 29 avril 2003, Bull. n° 65).

c) Un autre exemple de la portée relative de la règle de l'égalité des créanciers dans le domaine contractuel nous est donné par un arrêt du 15 janvier 2002 (Com. pourvoi n° 99-11.414) : dans cette espèce, le dirigeant d'une société et un "pool bancaire" avaient signé une "convention cadre" de **cession de créances professionnelles** aux termes de laquelle la société s'engageait à céder aux banques les créances qu'elle détenait sur sa clientèle en contrepartie d'une ouverture de crédit en compte courant ; la garantie de la cession de créances était affectée à l'ensemble des crédits consentis à la société, présents ou à venir. La société, mise en redressement judiciaire, ayant découvert que les banques avaient affecté l'excédent de la balance client due au titre de la "convention cadre" au remboursement de prêts antérieurement souscrits et dont les échéances étaient venues à terme postérieurement au jugement d'ouverture, avait assigné les banques en remboursement des prélèvements ainsi opérés. La cour d'appel avait accueilli cette demande tout en déclarant

inopposable à la société la “convention cadre”, dès lors qu’elle revêtait un caractère frauduleux résidant dans la volonté des banques de se procurer sans contrepartie des garanties supplémentaires destinées à échapper aux concours avec les autres créanciers de l’entreprise en difficulté et de porter atteinte au principe de l’égalité entre créanciers instauré [sic !] par la loi du 25 janvier 1985. Cette invocation de la règle de l’égalité n’a pas convaincu la chambre commerciale, qui casse cette décision pour manque de base légale, de tels motifs étant impropres à caractériser l’existence d’une fraude aux droits de la société, signataire de l’acte.

2˚ Une règle à géométrie variable

L’ambiguïté, ou la subtilité de la règle de l’égalité, se mesure à l’aune de deux arrêts rendus par la chambre commerciale à propos des conditions de l’action en répétition de l’indu.

Dans le premier (Com. 17 novembre 1992, Bull. n˚ 361), un liquidateur judiciaire, qui avait procédé sciemment à un paiement entre les mains d’un créancier chirographaire, avait agi ultérieurement en restitution de la somme ainsi versée. La cour d’appel avait accueilli cette demande. Rejetant le pourvoi formé contre cette décision, la chambre commerciale énonce qu’un créancier, admis à titre chirographaire, ne peut conserver les sommes à lui payées en violation de la règle de l’égalité des créanciers chirographaires, le paiement eût-il été fait en connaissance de cette violation.

Dans le second (Com. 30 octobre 2000, Bull. n˚ 169), le liquidateur judiciaire avait payé, après réalisation d’un immeuble, le receveur des impôts qui bénéficiait d’une hypothèque, tandis qu’un établissement de crédit, créancier privilégié, bénéficiait d’un rang préférable. Le liquidateur ayant agi en répétition de l’indu, la cour d’appel avait accueilli cette demande au motif que le paiement était indu au regard des règles de la procédure collective puisque “le privilège du receveur venait en rang postérieur” à celui de l’établissement de crédit. Cette décision est cassée au visa des articles 1376 et 1377 du Code civil, pour violation de la loi, dès lors que le paiement est intervenu sans atteinte au principe de l’égalité des créanciers, inapplicable aux créanciers privilégiés, et que ce paiement, fait par erreur sur l’ordre des privilèges, n’ouvre pas droit à répétition, l’accipiens n’ayant reçu que ce que lui devait son débiteur.

Selon que vous serez créancier privilégié ou simple chirographaire, la chambre commerciale vous fera un sort différent au regard des règles de la répétition de l’indu et de l’égalité des créanciers.

D’un côté, au stade du paiement de la créance, de la distribution du

prix, le principe d'égalité des créanciers n'est effectif qu'entre chirographaires mais ne s'applique pas aux créanciers privilégiés. C'est en somme une application stricte de l'article 2093 du Code civil et de l'article L.622-29 du Code de commerce (précité), qui en est la réplique en matière de procédures collectives. C'est aussi une limite au principe de l'égalité des créanciers en fonction de la qualité de la créance : on ne parle plus ici du principe général de l'égalité des créanciers mais de la règle de l'égalité entre créanciers chirographaires. Le domaine de l'égalité entre créanciers s'en trouve fort réduit.

De l'autre, on aboutit à un paradoxe : le sort de l'action en répétition de l'indu va en effet dépendre de la qualité de chirographaire de l'accipiens. Dans un cas, il n'est pas admissible, en raison du caractère d'ordre public de la règle de l'égalité entre créanciers chirographaires, qu'un tel créancier bénéficie d'un paiement préférentiel au détriment d'un autre. La répétition est due par le créancier chirographaire qui a reçu au-delà de sa part et qui a lésé ses condisciples. Dans l'autre, le principe d'égalité est inopérant et il importe peu que la hiérarchie entre créanciers privilégiés ait été bafouée. Le créancier privilégié, qui a reçu ce qui lui était dû, conserve la somme versée. Ce paradoxe ne peut s'expliquer que par les règles propres à la répétition de l'indu : le paiement intervenu entre le débiteur et le créancier privilégié, même d'un rang défavorable, est incontestablement causé, ce qui exclut l'application des articles 1376 et 1377 du Code civil. On concédera que la hiérarchie des privilèges est cependant mise à mal...

La règle de l'égalité des créanciers, qui devient un critère de la notion d'indu dans un cas et qui est radicalement écartée dans l'autre, manifeste ainsi toute son ambivalence.

B. L'exclusion de la règle

1˚ Multiplicité des causes d'exclusion de la règle

a) L'exclusion de la règle tient à l'existence d'une cause légitime de préférence

Il est impossible de dresser une liste exhaustive des sûretés, contractuelles ou légales, qui permettent à tel ou tel créancier d'échapper à la loi du concours. Devant une telle profusion de causes de préférence, il paraît singulier de les présenter encore comme des exceptions à la règle de l'égalité !

b) L'exclusion de la règle est commandée par des motifs tirés de la sauvegarde de l'entreprise

Le législateur a multiplié les entorses au principe de l'égalité entre créanciers afin de faciliter le redressement de l'entreprise ; on peut en citer deux exemples significatifs.

1. Ainsi, le juge-commissaire peut-il autoriser le chef d'entreprise ou l'administrateur à payer des créances antérieures au jugement d'ouverture pour retirer **le gage** ou une chose légitimement retenue, lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité (article L.621-24, alinéa 3, du Code de commerce). Il convient toutefois de remarquer que le juge-commissaire ne peut imposer au titulaire du droit de rétention une substitution de garantie car la seule force du droit de rétention tient justement à la faculté de refuser la restitution de la chose légitimement retenue jusqu'à complet paiement de la créance (Com. 4 juillet 2000, Bull. n° 136) ; c'est aussi un exemple de l'avantage procuré par le droit de rétention, la règle de l'égalité entre créanciers étant, en l'occurrence, totalement inopérante.

2. L'article 40 de la loi du 25 janvier 1985, devenu **l'article L.621-32 du Code de commerce**, dispose que les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance lorsque l'activité est poursuivie. Cette disposition, qui constitue une des clés de voûte de la loi du 25 janvier 1985, répond au voeu du législateur de sauver l'entreprise en difficulté et d'avantager les créanciers qui favorisent la poursuite de l'activité (salariés, banquiers, fournisseurs...)

Ainsi, la chambre commerciale, écartant le moyen du créancier hypothécaire qui prétendait être désintéressé avant un créancier de l'article 40, énonce que la priorité de paiement instituée par l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985, dans sa rédaction applicable à la cause, qui ne dépend pas de la qualité de la créance, ne constitue pas un privilège au sens de l'article 2095 du Code civil (Com. 5 février 2002, Bull. n° 27).

Il n'en demeure pas moins que cette disposition crée une hiérarchie entre les créanciers antérieurs soumis à l'obligation de déclarer les créances et qui ne sont pas assurés de recouvrer leur dû, et les créanciers postérieurs. Car les créanciers de l'article 40 échappent totalement à la règle de l'égalité entre créanciers : il en résulte qu'ils peuvent engager les voies d'exécution du droit commun pour recouvrer leurs créances et sont étrangers à l'arrêt des poursuites individuelles; pour exemples : Com. 26 avril 2000, Bull. n° 85 ; Com. 13 mai 2003, Bull. n° 72.

Il convient toutefois de remarquer que "le passif de l'article 40" ne cesse de gonfler pour englober des créances qui ne répondent plus précisément à la poursuite de l'activité : telle la créance dite "environnementale", relative

à la dépollution d'un site classé (Com. 17 septembre 2002, Bull n° 125), la créance de dépens et de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile (Com. 11 juin 2002, Bull. n° 104 ; Com. 11 juin 2002, Bull. n° 105) ou la créance de dommages-intérêts pour procédure abusive (Com. 11 juin 2003, Bull. n° 96). L'inégalité entre créanciers antérieurs et postérieurs n'est donc plus justifiée, dans ces hypothèses, par un motif d'ordre économique, mais par le seul fait que la créance est née postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective.

c) L'exclusion de la règle est commandée par la défense d'intérêts supérieurs

Dans deux arrêts du 8 octobre 2003 (Bull. n° 151 et 152), la chambre commerciale vient d'instituer, de façon purement prétorienne, une dérogation à l'obligation générale de déclarer les créances antérieures au profit des créanciers d'aliments ; dans le premier, la chambre commerciale énonce que la créance née de la pension alimentaire peut être payée sans avoir été déclarée au passif du débiteur soumis à la procédure collective ; dans le second, elle affirme que la créance née de la prestation compensatoire, qui présente pour partie un caractère alimentaire, n'a pas à être déclarée au passif du débiteur soumis à procédure collective et échappe ainsi à l'extinction faute de déclaration.

Ces solutions s'expliquent par le particularisme attaché à la créance alimentaire qui a pour but de satisfaire les besoins vitaux du créancier. Entre la règle égalitaire imposant à tous les créanciers antérieurs de déclarer leurs créances à la procédure collective et l'intérêt vital du créancier d'aliments, la chambre commerciale a fait prévaloir ce dernier. La règle de l'égalité entre les créanciers s'efface devant un intérêt supérieur. Mais les termes du premier arrêt (Bull. n° 152) suggèrent aussi de faire un rapprochement avec le mécanisme des voies d'exécution applicables en matière de recouvrement de pensions alimentaires et spécialement avec la procédure de paiement direct instituée par la loi du 2 janvier 1973. En effet, la chambre commerciale précise que la créance d'aliments, qui est une dette personnelle du débiteur soumis à procédure collective, doit être payée sur les revenus dont il conserve la disposition, ou bien être recouvrée par la voie de la procédure de paiement direct ou de recouvrement public des pensions alimentaires.

2° Une règle inefficace

a) Face au mécanisme de la clause de réserve de propriété

La clause de réserve de propriété a été qualifiée par Mme le professeur Pérochon "de garantie hors normes, qui développe, face au débiteur soumis à une procédure collective, l'efficacité dont sont dépourvues les sûretés

classiques, sans en avoir les inconvénients". La mise en oeuvre de cette clause par le jeu de l'action en revendication réglementée par l'article L.621-122 du Code de commerce, qui permet au vendeur d'échapper à tout concours avec les autres créanciers, conforte ces propos.

C'est ainsi que le revendiquant n'a pas l'obligation de déclarer sa créance (Com. 11 mars 1997, Bull. n° 70) ; dès lors, le vendeur de marchandises vendues avec réserve de propriété bénéficie d'un régime dérogatoire par rapport aux autres créanciers antérieurs, la mise en oeuvre de l'action en revendication n'étant pas subordonnée à l'obligation de déclarer la créance à la procédure collective du débiteur.

Balayant le moyen tiré de ce que le prêteur de deniers ne pourrait exercer contre un débiteur en liquidation judiciaire une action en revendication d'un bien vendu avec clause de réserve de propriété qu'en se prévalant exclusivement de sa qualité de subrogé dans les droits du vendeur sans pouvoir tirer les avantages du contrat de prêt, eu égard au principe de l'égalité des créanciers, la chambre commerciale énonce que l'action en revendication d'un bien vendu avec clause de réserve de propriété n'est pas une action en résolution de la vente et que le prêteur, subrogé dans la sûreté que constitue la propriété réservée, n'est tenu de restituer les sommes qu'il a reçues en exécution du contrat de prêt que dans la mesure où la valeur du bien restitué excède le montant des sommes qui lui restent dues (Com. 23 janvier 2001, Bull n° 23 ; solution réaffirmée dans Com. 8 janvier 2002, pourvoi n° 98-10.691). Il convient d'ailleurs de remarquer que la chambre commerciale assimile la propriété réservée à une véritable sûreté.

b) Face à la saisie-attribution

La règle de l'égalité des créanciers est inopérante face au mécanisme de la saisie-attribution qui, aux termes de l'article 43 de la loi du 9 juillet 1991, emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie disponible entre les mains du tiers... sans que la survenance d'un jugement portant ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire puisse remettre en cause cette attribution.

L'arrêt prononcé le 22 novembre 2002 par la Chambre mixte (Bull. n° 7) portait sur le point de savoir si, en cas de contrat à exécution successive, la saisie-attribution pratiquée avant l'ouverture de la procédure collective du titulaire de la créance saisie (en l'occurrence un bailleur) s'étendait aux échéances postérieures. La question sous-jacente, mais fondamentale, du fait

générateur de la créance découlant d'un contrat à exécution successive était aussi posée. A l'occasion des débats, M. l'avocat général Viricelle avait suggéré de faire prévaloir le principe d'égalité entre les créanciers sur la logique égoïste des voies d'exécution. L'autonomie de la saisie-attribution, voulue par le législateur, l'a emporté : aux termes de l'arrêt, il résulte des articles 13 et 43 de la loi du 9 juillet 1991 et des articles 69 et suivants du décret du 31 juillet 1992, que la saisie-attribution d'une créance à exécution successive, pratiquée à l'encontre de son titulaire avant la survenance d'un jugement portant ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire de celui-ci, poursuit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance après ledit jugement.

La chambre commerciale s'est alignée sur cette solution dans un arrêt du 8 juillet 2003 (Bull. n°), rendu à propos d'un avis à tiers détenteur pratiqué sur une créance à exécution successive.

Pour le créancier diligent et le mieux informé sur la situation de son débiteur, la saisie-attribution constitue dès lors un des moyens les plus efficaces pour échapper à la loi du concours et soustraire un actif au gage commun des autres créanciers. Dans la réalité brute des faits, le prix de la course l'emporte sur l'égalité qui est reléguée, avec l'aval du législateur, au rang de norme inférieure. Preuve est donnée de la toute puissance de la saisie-attribution par un arrêt du 10 décembre 2002 (Bull. n° 191) rendu par la chambre commerciale qui, opérant un spectaculaire revirement, décide de la validité d'une saisie-attribution opérée avant le jugement d'ouverture, fût-elle le résultat d'une conversion d'une saisie conservatoire pratiquée en période suspecte, ce qui a pour effet d'éluder les dispositions de l'article L.621-107 du Code de commerce.

.....

Aux termes de cette étude, il apparaît que la règle de l'égalité entre les créanciers conserve une certaine force à travers les aspects fonctionnels de la procédure collective, c'est-à-dire les dispositions destinées à assurer une certaine discipline commune et à organiser rationnellement cette instance particulière. Mais face à des intérêts économiques multiples et contradictoires et à la volonté du législateur de sauver l'entreprise en difficulté, cette règle, qui doit être désacralisée sans être pour autant bannie, n'occupe plus une place prépondérante dans le droit des procédures collectives. La jurisprudence de la Cour de cassation est le reflet de cette notion contrastée.

L'ÉGALITÉ DES ARMES DANS LES ENCEINTES JUDICIAIRES

Jean-Pierre DINTILHAC
Conseiller à la Cour de cassation

Il peut apparaître surprenant d'évoquer l'existence et l'emploi d'armes à propos de la justice, en ce début de troisième millénaire.

Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme fait référence à l'égalité des armes, en tant qu'exigence du procès équitable, qu'il soit civil ou pénal, depuis plus de trente ans.

Ce principe figure aussi, depuis la loi du 15 juin 2000, dans le premier article préliminaire du Code de procédure pénale qui énonce les principes qui doivent "éclairer" l'ensemble des règles que contient ce Code. Le législateur a toutefois recouru à une formulation moins combative : *"La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties."*

Si les armes dont il est question à propos du procès sont maintenant exclusivement immatérielles, il n'en est que plus difficile de décrire en quoi elles consistent dans ce combat judiciaire que se livrent les parties.

Quant à l'égalité, notion à la fois généreuse et floue, elle implique de proscrire toute discrimination qui serait fondée sur des critères de distinction tels que la race, la religion ou le sexe et elle conduit, en sens inverse, à compenser certaines inégalités : l'aide juridictionnelle permet à ceux qui n'en ont pas les moyens de faire valoir leurs droits en justice.

I - Les fondements du principe d'égalité des armes

A - Un principe ancré dans l'histoire

Pour Bruno Oppetit (*Philosophie du droit* - Dalloz, 1999, p. 117), l'égalité des armes est un véritable principe de droit naturel en droit processuel en raison du lien indissociable entre égalité, justice et Etat de droit.

Les *ordalies* ou jugements de Dieu, qui se traduisaient par des épreuves dont l'issue tenait lieu de jugement, étaient, comme les duels, minutieusement codifiées afin d'assurer une parfaite égalité entre les adversaires.

Cessant d'être l'arbitre d'affrontements physiques, le juge doit maintenant apprécier la pertinence respective des éléments de fait et des arguments de droit présentés par chacune des parties.

Le principe de la contradiction est alors devenu essentiel et il est étroitement associé à l'égalité des armes : les plaideurs en conflit devant le juge civil, comme en matière pénale l'accusateur et la personne poursuivie, doivent être en mesure de s'apporter mutuellement la contradiction, de discuter les preuves présentées et de verser aux débats tous les éléments qu'ils détiennent.

Le procès équitable, dont se déduisent les principes fondamentaux du contradictoire, des droits de la défense et de l'exigence de loyauté des débats, et qui implique aussi l'égalité des armes, traduit le passage du droit du plus fort au droit du plus juste, fondement essentiel de l'Etat de droit.

B - Les textes supranationaux

1. La Convention européenne

Les rédacteurs de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ont inscrit le droit à un procès équitable parmi les droits fondamentaux : "*Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial.*"

Bien que l'expression "égalité des armes" ne figure pas dans la Convention, la Cour européenne l'emploie pour exprimer à la fois l'exigence d'équité, d'indépendance et d'impartialité, mais aussi comme une composante autonome du procès équitable. Il en résulte que la distinction entre l'égalité des armes et les principes dont le respect conditionne le procès équitable n'est pas toujours aisée, qu'il s'agisse de la jurisprudence de la Cour européenne ou de celle de la Cour de cassation.

La Commission européenne a employé cette expression pour la première fois dans une affaire Szwabowicz c. Suède le 30 juin 1959 : "*Le droit à un procès équitable implique que toute partie à une action civile et a fortiori à une action pénale, doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse.*"

Ce qui importe, c'est qu'aucune des parties ne soit désavantagée par rapport aux autres.

C'est ensuite avec l'arrêt Neumeister c. Autriche (27 juin 1968) que la Cour faisait référence à l'égalité des armes comme composante du procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial.

Dans son arrêt Delcourt c. Belgique du 17 janvier 1970, donnant au mot équité son sens étymologique d'égalité "*aequitas*", elle formulait encore ce principe par a contrario, en jugeant qu'un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait "*dans des conditions de nature à placer injustement une partie dans une situation désavantageuse.*"

Avec l'arrêt Ruiz Mateos c. Espagne, le 23 juin 1993, elle jugeait que l'égalité des armes s'appliquait à toutes les procédures mettant en cause les droits ou obligations à caractère civil, même si le contenu du principe n'a pas la même implication en matière civile et pénale (arrêt Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas du 27 octobre 1993).

Tout en donnant ainsi une portée générale à cette exigence, la juridiction des droits de l'homme n'a cependant pas entendu lui donner un caractère absolu : il n'est pas demandé que les Etats établissent une stricte égalité procédurale entre les parties mais seulement que celles-ci bénéficient d'une situation raisonnablement égalitaire. Ce qui importe c'est qu'aucune partie ne se voie conférer une position privilégiée, y compris s'il s'agit de l'Etat ou d'un service public tel que le ministère public (arrêt Hentrich c. France, 22 septembre 1994).

A propos du ministère public, la Cour européenne estime que l'égalité des armes ne concerne pas seulement les parties au procès, mais également toute intervention susceptible d'influencer la décision du juge en faveur de l'une des parties.

C'est ainsi que l'égalité des armes a été invoquée pour critiquer les conditions d'intervention des avocats généraux et des commissaires du gouvernement respectivement devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, que ce soit en France ou dans les Etats dont l'organisation judiciaire est similaire.

Tout en prenant en compte l'indépendance dont jouissent les avocats généraux, la Cour européenne a jugé, le 17 mars 1998 (X c. Pays-Bas) et le 31 mars 1998 (Slimane Kaïd c. France), que la communication du rapport du conseiller rapporteur au seul avocat général, sans que les parties soient destinataires de ce document, constituait une atteinte à l'égalité des armes.

L'avocat général prenant nécessairement parti pour une interprétation et une application de la règle de droit dans le but d'orienter la solution du litige, la Cour européenne a jugé équitable que celui qui défend une position contraire dispose des mêmes informations.

Ces décisions, ainsi que l'arrêt Kress c. France du 7 juin 2001 qui

concernait le rôle du commissaire du gouvernement au Conseil d'Etat, portaient aussi sur la présence et la participation de l'avocat général au délibéré, dans les mêmes termes que ce qui avait été jugé par l'arrêt Borgers c. Belgique le 31 octobre 1991.

Par un nouvel arrêt Slimane-Kaïd c. France du 27 novembre 2003, la Cour européenne vient, une nouvelle fois, de condamner la France, tant au titre de la communication du rapport du conseiller rapporteur et du projet d'arrêt à l'avocat général sans l'être aux parties, que du fait de la présence de l'avocat général au délibéré de la Cour de cassation. Elle confirmait ainsi les précédentes condamnations non seulement contre la France mais aussi contre la Belgique et le Portugal.

C'est aussi sur le terrain de l'administration des preuves que la Cour européenne apprécie s'il y a eu ou non égalité des armes, que ce soit quant à la possibilité de faire entendre des témoins (27 octobre 1993, Dombo Beheer c. Pays-Bas, déjà cité) ou quant au pouvoir du juge d'ordonner ou de refuser une mesure d'instruction (24 octobre 1989, H. c. France).

2. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

L'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques énonce également cette exigence d'égalité : "*Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice*" de même que l'article 26 : "*Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit, sans discrimination, à une égale protection de la loi.*"

Pour le Comité des droits de l'homme de l'ONU, les critères d'appréciation de l'égalité des armes sont fonction des circonstances particulières de l'affaire et de la situation de fait qui est à l'origine de la saisie du Comité.

C'est en s'attachant également à une conception raisonnable que le Comité des droits de l'homme de l'ONU fait application de ce principe, rejoignant ainsi la position de la Cour européenne (Robinson c. Jamaïque - 30 mars 1989).

Le Comité des droits de l'homme est même allé plus loin que la Cour européenne en recherchant si, au-delà des armes juridiques, le justiciable disposait bien, dans la pratique judiciaire concrète de l'Etat concerné, des moyens adéquats pour les utiliser, c'est-à-dire des moyens financiers, de l'aide juridique ainsi que du temps nécessaire pour préparer sa défense.

II - L'égalité des armes dans le droit et la jurisprudence nationale

A - La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

Le principe d'égalité est omniprésent dans de nombreux documents élaborés pendant la Révolution française et notamment dans la Déclaration de 1789, que ce soit à l'article 1 : "*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*", ou à l'article 6 : "*La loi doit être la même pour tous"*.

C'est pourquoi le principe d'égalité est la norme de référence la plus invoquée et la plus utilisée pour le contrôle de constitutionnalité des lois en France.

B - Le Code de procédure pénale

Avec la loi du 15 juin 2000, le législateur a voulu inscrire dans le texte même du Code de procédure pénale le contenu de l'article 6 de la Convention européenne.

Ainsi l'article préliminaire de ce Code énonce maintenant, en son premier alinéa, que "*la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties."*

C - Le Code de procédure civile

Au titre des principes directeurs du procès civil qui figurent en tête du nouveau Code de procédure civile de 1975, c'est le principe du contradictoire qui est énoncé avec le plus de force par l'article 16 : "*Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.*"

Ce principe d'ordre public, qui est à la base même de l'idée de procès, est très proche de l'égalité des armes même si les deux notions n'ont pas tout à fait la même portée.

Dans son cours de droit processuel, à l'université de Paris X - Nanterre, le professeur Henri Motulsky enseignait que le principe dominant du procès civil était le respect des droits de la défense dont le principe du contradictoire est le corollaire.

D - La jurisprudence

Le Conseil constitutionnel a été conduit à rappeler, à l'occasion de l'examen d'un texte de loi relatif à la sécurité et à la transparence des marchés financiers (décision 89-260 du 28 juillet 1989), que "*le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmé par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958 ; qu'il implique, notamment en manière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties.*"

Si l'expression "égalité des armes" n'est pas utilisée, le principe est bien énoncé comme étant de niveau constitutionnel.

Devant la Cour de cassation, depuis une dizaine d'années, l'égalité des armes est fréquemment invoquée au soutien de moyens mais ce principe est plus rarement repris dans le dispositif des arrêts et il n'a fondé, à ce jour, qu'un très faible nombre d'arrêts de cassation.

Le premier arrêt comportant l'expression "*égalité des armes*"a été rendu le 19 novembre 1987 par la chambre criminelle. C'est le moyen qui invoquait ce principe en soutenant qu'il existait une inégalité entre l'accusation et la défense quant à la possibilité de saisir la chambre d'accusation d'une demande de nullité (article 171 du Code de procédure pénale dans sa rédaction alors applicable). La chambre criminelle écartait cette critique sur le fondement de la doctrine dite de "*l'unique objet*".

La base Jurinet, interrogée à la mi-décembre 2003, permettait de dénombrer 418 arrêts, dont 85 publiés dans les bulletins de la Cour de cassation, qui comportaient cette expression, laquelle y figure, il est vrai, presque exclusivement dans les moyens.

Quant à la répartition pénal/civil, outre 2 arrêts de l'Assemblée plénière, 324 provenaient de la chambre criminelle (52 publiés) et 92 des chambres civiles (31 publiés).

Sur les 92 arrêts rendus par les chambres civiles, la chambre sociale vient en tête avec 33 arrêts (3 publiés), puis la chambre commerciale (26 arrêts dont 13 publiés), la 2ème chambre civile (22 arrêts dont 8 publiés) et enfin les 1ère et 3ème chambres civiles (respectivement 5 et 6 arrêts dont 4 et 3 publiés).

La consultation, sur la base Légisoft, des arrêts du Conseil d'Etat, dont la structure il est vrai est différente de celle de la Cour de cassation, conduit à une seule décision rendue le 27 octobre 1995 (Req. n° 150703) à l'occasion de laquelle le commissaire du gouvernement, M. Arrighi de Casanova, dans ses

conclusions, évoquait *"la nécessaire égalité des armes dans le procès."*

Il s'agissait d'une affaire qui soulevait notamment la question de savoir si une loi adoptée dans un sens favorable à la thèse soutenue par l'administration, alors qu'un litige était en cours, ne rompait pas l'égalité entre l'administré et l'administration.

Le commissaire du gouvernement soutenait que si l'administration avait la possibilité d'emprunter la "*casquette législative*", cette "*entorse à l'égalité des armes"* devait être cantonnée aussi étroitement que possible et que "*les règles du jeu ne peuvent plus* (...) *être modifiées lorsque le litige a été tranché par le juge du fond.*"

C'est cette solution que, sans employer l'expression "égalité des armes", le Conseil d'Etat adoptait en jugeant que la disposition législative nouvelle n'ayant été adoptée que postérieurement à l'arrêt attaqué, elle ne pouvait "*en affecter le bien-fondé."*

Par une étonnante coïncidence avaient été rendus quelques semaines plus tôt, par la chambre sociale de la Cour de cassation, deux arrêts successifs portant sur la même question (2 mars 1995, pourvoi n° 93-42.945 et suivants et 15 juin 1995, pourvoi n° 93-43.751 et suivants).

Pour la chambre sociale, comme pour le Conseil d'Etat, une disposition législative nouvelle ne constitue pas une intervention de l'Etat dans une procédure l'opposant à un particulier dès lors que cette disposition, "*déclarée conforme à la Constitution et dont les parties ont pu discuter l'application, ne remettait pas en cause les décisions de justice irrévocables*."

C'est le 6 mai 1997 que, pour la première fois, a été cassée par la chambre criminelle (Bull. n° 170), pour violation de l'égalité des armes, une décision des juges du fond.

Cet arrêt censurait moins la cour d'appel qu'une contradiction entre la Convention européenne et le Code de procédure pénale dont l'article 546, alors applicable, conférait au procureur général un droit d'appel contre certains jugements rendus en matière de police alors que ce droit était refusé au prévenu. Le principe d'égalité des armes y est énoncé très clairement même si l'expression figure entre guillemets, marquant ainsi qu'elle n'appartenait pas au vocabulaire usuel de la Cour : "*Attendu que le principe de "l' égalité des armes" tel qu'il résulte de l'exigence d'un procès équitable, au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, impose que les parties au procès disposent des mêmes droits ; qu'il doit en être ainsi, spécialement, du droit à l'exercice des voies de recours...*"

Plus récemment c'est la 3ème chambre civile de la Cour de cassation qui a fondé un arrêt de censure sur ce principe. Le 2 juillet 2003 (Bull. n° 279) cette chambre cassait l'arrêt d'une cour d'appel qui avait fixé les indemnités revenant à une personne expropriée en appliquant les dispositions du Code de l'expropriation. Pour la 3ème chambre civile ces dispositions sont "*génératrices d'un déséquilibre incompatible avec le principe de l'égalité des armes*", en ce qu'elles confèrent au commissaire du gouvernement la double qualité d'expert et de partie. La même solution était reprise le 10 décembre 2003 (pourvoi n° 02-70.094).

L'examen des arrêts de la Cour de cassation dont le dispositif contient une référence explicite ou implicite à l'égalité des armes permet de discerner deux domaines d'application : soit il s'agit de l'égalité entre les parties, c'est-à-dire d'un égal accès aux plateaux de la balance judiciaire, soit il s'agit de la mise en cause de la balance elle-même dont l'équilibre ne doit pas être modifié par des éléments ou des interventions externes susceptibles de porter atteinte à l'impartialité des juges ou de les influencer sans que les parties y aient eu préalablement accès.

1. L'égalité des armes dans les rapports entre les parties

Partant du droit, pour chaque partie, de disposer d'une possibilité raisonnable de plaider sa cause "*dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire*", c'est essentiellement sur l'équilibre entre l'accusation et la défense que la chambre criminelle exerce son contrôle.

Dans le domaine civil il s'agit surtout de l'égalité des parties entre elles, mais la question de la neutralité du juge est également posée.

a) L'Assemblée plénière de la Cour de cassation

A deux reprises, le même jour, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, sans employer l'expression "égalité des armes", s'est prononcée sur cet aspect du procès équitable (Ass. plén. 5 février 1999, Bull. n° 1), à propos de la procédure alors suivie devant la Commission des opérations de bourse (la COB) statuant en matière de sanction. L'Assemblée plénière de la Cour a jugé que cette autorité administrative indépendante ne pouvait, dans la même composition, instruire, rédiger un rapport puis juger et sanctionner les personnes morales convaincues de manquements aux règles édictées pour les sociétés faisant appel public à l'épargne.

On peut observer que la même année le Conseil d'Etat a tranché dans un sens différent, le 3 décembre (4ème sous-section du contentieux Req.

n° 195512), un recours concernant les relations entre le membre rapporteur d'un organisme disciplinaire et cet organisme. Se fondant sur l'article 6.1 de la Convention, un médecin avait demandé l'annulation de la décision par laquelle la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins lui avait infligé une sanction. Il invoquait un moyen tiré de l'irrégularité de la procédure en raison de la participation du rapporteur chargé par l'Ordre d'instruire le dossier au délibéré de la formation disciplinaire. Le Conseil d'Etat répondait que le rapporteur, en tant que membre de la formation collégiale, n'avait fait qu'exercer des attributions que celle-ci aurait pu exercer collectivement.

Pour le Conseil d'Etat la participation du rapporteur au délibéré n'apparaît donc pas critiquable, y compris lorsque celui-ci a précédemment procédé, dans le cadre et pour les besoins du débat, à des mesures d'instruction ayant pour objet d'établir la pertinence des griefs.

C'est ensuite à propos d'une question relative à la Cour de justice de la République que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation s'est prononcée.
L'affaire concernait une plainte dont un enseignant avait saisi la commission des requêtes de la Cour de justice de la République pour diffamation, dénonciation calomnieuse et violation du secret professionnel en raison de propos tenus par un ministre dans l'exercice de ses fonctions.

À l'issue de l'instruction la Commission d'instruction de la Cour de justice rendait un arrêt de renvoi contre lequel un pourvoi était formé par le ministre qui invoquait, notamment, l'atteinte à l'égalité des armes en ce que le plaignant ne pouvant se constituer partie civile devant la Cour de justice de la République, il en résultait qu'il serait impossible d'instaurer le débat contradictoire prévu par la loi du 29 juillet 1881 en matière de diffamation.

Ainsi, le ministre considérait qu'il serait défavorisé non seulement par rapport à son adversaire mais par comparaison aux autres justiciables poursuivis, pour des faits identiques, devant les juridictions de droit commun.

Dans son arrêt du 23 décembre 1999 (Bull. n° 9), l'Assemblée plénière n'a pas eu à répondre à ce grief, ayant justement relevé qu'il portait sur la juridiction de jugement et qu'il était donc inopérant au soutien d'un pourvoi dirigé contre un arrêt rendu par la Commission d'instruction.

Le 7 juillet 2000 la même formation de la Cour de cassation, dans la même affaire, après que la Cour de justice de la République eut statué, était saisie de deux pourvois formés, cette fois, par les plaignants.

Ceux-ci soutenaient que la Cour de justice de la République, en

déclarant irrecevables leurs constitutions de partie civile, avait rompu l'égalité des armes en leur interdisant de débattre contradictoirement tant de la responsabilité pénale que de la responsabilité civile du ministre.

Observant que les plaignants n'avaient pas été parties à l'arrêt contre lequel ils avaient formé le pourvoi, l'Assemblée plénière les déclarait irrecevables.

Sous couvert d'égalité des armes, c'est en fait l'égalité des justiciables qui était invoquée, la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 qui a institué la Cour de justice de la République n'autorisant pas les constitutions de partie civile devant cette juridiction.

b) Les arrêts de la chambre criminelle

Outre l'arrêt du 19 novembre 1987, évoqué ci-dessus, par lequel la chambre criminelle a été confrontée, pour la première fois, à un moyen tiré de la violation de l'égalité des armes entre la partie poursuivante et la partie poursuivie, la question de l'égalité des armes a été ensuite soulevée devant cette chambre au sujet de la date limite imposée pour le dépôt des mémoires devant la chambre d'accusation (devenue chambre de l'instruction). Alors que les parties devaient déposer leurs écritures la veille de l'audience, faute de quoi elles étaient irrecevables, le parquet était autorisé à les déposer jusqu'au jour de l'audience.

Par un arrêt du 12 octobre 1993 (Bull. n° 287), la chambre criminelle balayait l'argument en affirmant que les dispositions de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales "*ne concernaient que les juridictions appelées à se prononcer sur le fond de l'affaire, et qu'elles ne sauraient être invoquées à propos de la chambre d'accusation qui est une juridiction d'instruction dont les décisions ne préjugent en rien de la culpabilité*." Cette position, peu conforme à la doctrine de la Cour européenne, qui avait jugé dès le 30 mars 1989 (Lamy c. Belgique) que le principe de l'égalité des armes s'appliquait à toutes les phases de la procédure et notamment à l'instruction, n'a pas été réitérée et l'article 198 du code de procédure pénale a été modifié par la loi du 4 janvier 1998. Dorénavant, "*les parties et leurs avocats sont admis, jusqu'au jour de l'audience, à produire des mémoires qu'ils communiquent au ministère public et aux autres parties*."

Le 20 septembre 1994 (Bull. n° 299) la même chambre rejetait un pourvoi qui soutenait qu'il existait une inégalité des armes entre la partie civile, autorisée à faire opposition contre un jugement du tribunal de police par l'intermédiaire d'un avocat, dûment mandaté, et le prévenu qui devait former

personnellement l'opposition. Elle motivait le rejet en énonçant que "*le principe de l'égalité des armes ne s'appliquait pas aux modalités d'exercice des voies de recours.*"

Le 6 mai 1997 (Bull. 170 - arrêt cité ci-dessus), appliquant le principe de l'égalité des armes sans employer l'expression, elle annulait un arrêt de cour d'appel qui avait déclaré recevable l'appel du procureur général alors que la personne poursuivie ne disposait pas du droit de faire appel.

Cette position était confirmée par un arrêt du 21 mai 1997 (Bull. n° 191), provoquant ainsi l'intervention du législateur qui, par la loi du 23 juin 1999, modifiait l'article 546 du Code de procédure pénale.

c) Les arrêts des chambres civiles

La première condition, pour assurer le respect de l'égalité des armes, est que celui contre lequel l'action est dirigée en soit informé, puis que les initiatives de l'une des parties, telles que la décision de faire appel, soient portées à la connaissance de l'autre partie.

Au soutien d'un pourvoi examiné par la 2ème chambre civile (2 mars 2000, pourvoi n° 98-10.586) il avait été fait grief à un arrêt de cour d'appel d'avoir déclaré des appels irrecevables sans avoir relevé que les décisions contre lesquelles les appels avaient été formés avaient bien été communiquées aux parties appelantes "*pour qu'elles puissent, en temps et en heure, faire valoir leurs observations avec un délai suffisant. (...) Qu'ainsi, le juge de cassation n'est pas à même de s'assurer du respect des exigences de l'article 16 du nouveau Code de procédure civile, ainsi que des exigences des droits de la défense et d'un procès à armes égales au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne.*"

On voit, à la lecture de ce moyen, l'imprécision qui existe quant à l'emploi des expressions droits de la défense, principe du contradictoire et égalité des armes énoncées cumulativement, ce qui traduit le flou de la notion d'égalité des armes.

Cette confusion se retrouve à propos des conclusions dites de "dernière heure".

Allant au-delà de la prohibition des conclusions déposées postérieurement à l'ordonnance de clôture, les chambres civiles rejettent les conclusions déposées si près de la date de clôture de l'instruction que l'adversaire ne dispose plus du temps nécessaire pour les étudier et y répondre. La Cour de cassation exige, cependant, que le juge du fond énonce alors "*les*

circonstances particulières" qui font obstacle à ce que l'adversaire soit en mesure de répondre (Civ. 3ème 2 juin 1999, pourvoi n° 97-14.776).

La 2ème chambre civile, par un récent arrêt du 23 octobre 2003 Bull. n° 326) a ainsi rejeté un pourvoi soutenu par un moyen qui reprochait à une cour d'appel d'avoir déclaré irrecevables des conclusions déposées huit jours avant l'ordonnance de clôture, l'arrêt attaqué ayant pris soin de caractériser en quoi ce dépôt tardif était "*contraire à la loyauté des débats"*, notion ici très proche de celle d'égalité des armes.

Cette exigence de loyauté est également formulée à propos de la charge de la preuve, non seulement au regard du principe de la contradiction mais également quant à l'emploi de moyens déloyaux. Une partie au procès ne peut fonder sa demande sur des preuves qui auraient été obtenues par un procédé déloyal tel que l'enregistrement illégal de communications téléphoniques ou une correspondance obtenue frauduleusement. L'égalité des armes, c'est aussi la légalité des armes ; l'interdiction de recourir à des procédés pénalement sanctionnés garantit l'égalité des parties en exigeant de chacune le respect de la loi. La 1ère chambre civile a énoncé, le 12 janvier 1999 (Bull. n° 18), "*qu'il y avait lieu à cassation sans renvoi d'un arrêt qui avait refusé d'ordonner le retrait des débats d'une pièce obtenue en violation du secret médical."*

Plus communément, c'est à propos de la communication des pièces que la Cour de cassation sanctionne la violation des dispositions de l'article 15 du nouveau Code de procédure civile qui exige que chacune des parties communique aux autres, "*en temps utile*", les moyens de fait, les éléments de preuve et les moyens de droit, c'est-à-dire les "armes" dont elle dispose, afin que l'adversaire puisse répondre, se défendre et réunir ses propres "armes".

Si le combat ne peut être égal entre celui qui dispose de bons arguments, en fait et en droit, et son adversaire qui en est totalement dépourvu, encore faut-il que chacun puisse présenter ses armes dans des conditions qui permettent à son adversaire d'en discuter les mérites et d'exposer ses propres moyens de défense.
Un document qui n'a pas été versé aux débats ne peut ainsi, "*sans violation des droits de la défense"*, être pris en compte par une cour d'appel pour fixer sa décision (Com. 29 avril 1970, Bull. n° 138 : il s'agissait, en l'espèce, d'une note transmise au cours du délibéré.)

Cette décision très classique (idem Civ. 2ème, 12 décembre 1990, Bull. n° 265 et Soc. 19 juillet 1994, Bull. n.° 247) démontre qu'il s'agit non de rechercher l'égalité des arguments de fait et de droit qui ne peuvent être également favorables à chacune des parties, mais de l'égale possibilité, pour chacune des parties, de présenter ses propres armes et de discuter celles de son

adversaire.

Dans un autre contexte, c'est pour tenter d'échapper à la sanction disciplinaire prononcée contre lui qu'un avocat, qui avait transmis à un client des copies de pièces d'un dossier d'instruction, invoquait l'égalité des armes en tant que "fait justificatif".

Cet avocat estimait qu'il ne pouvait lui être reproché d'avoir transmis à son client la copie de pièces du dossier d'instruction car l'examen de ces documents était indispensable à celui-ci pour compenser *"l'ampleur des moyens dont dispose le ministère public*." La 1ère chambre civile, le 2 février 1994 (Bull. n° 45), objectait que la copie du dossier ayant été remise à l'avocat pour son seul usage au titre de la défense de son client, il ne pouvait prétendre qu'il avait été ainsi porté atteinte aux droits de la défense. Cette stricte position était abandonnée par la chambre criminelle, à l'occasion d'un arrêt du 12 juin 1996 (Bull. n° 248), à la suite de quoi le législateur modifiait l'article 114 du Code de procédure pénale par une loi du 30 décembre 1996, peu avant que la France ne soit condamnée par la Cour européenne (Foucher c. France - arrêt du 18 mars 1997) pour violation de l'égalité des armes.

A ce point on ne peut manquer d'observer que le concept d'égalité des armes embarrasse lorsqu'il s'agit de le situer par rapport aux principes qui figurent dans nos Codes de procédure et dont la portée a été précisée par la jurisprudence de la Cour de cassation, qu'il s'agisse du contradictoire, des droits de la défense ou de la loyauté des débats.

2. La rupture de l'égalité des armes pour un motif externe aux parties

a) Les arrêts de la chambre criminelle

C'est une inégalité procédant de la loi qu'invoquait l'auteur d'un pourvoi contre l'arrêt d'une cour d'assises.

Condamné pour viol, il estimait que les dispositions de l'article 306, alinéa 3 du Code de procédure pénale qui permettent à la victime de demander le huis clos, qui est de droit lorsque les poursuites sont exercées du chef de viol ou de tortures et actes de barbarie accompagnés d'agressions sexuelles, créaient une inégalité entre accusé et victime.

La chambre criminelle, par un arrêt non publié du 24 février 1993 (pourvoi n° 92-82.195), écartait la critique en énonçant que cette disposition,

qui a pour seul objet de garantir le respect de la vie privée de la victime, partie civile, "*n'affecte à aucun degré les droits de la défense.*"

On peut observer que l'année 1993 a marqué le début de l'évocation de l'égalité des armes dans les mémoires et les moyens des auteurs de pourvois, aucun arrêt contenant cette expression n'ayant été rendu entre le 19 novembre 1987 (arrêt déjà évoqué) et cet arrêt du 24 février 1993.

Une autre disposition du Code de procédure pénale a été contestée à l'appui de deux pourvois ayant fait l'objet de deux arrêts respectifs les 4 décembre 1996 (Bull. n° 447) et 29 avril 1997 (Bull. n° 155). Il s'agissait de l'article 327 du Code de procédure pénale qui prévoit la lecture de l'arrêt de renvoi au début de l'audience de la cour d'assises. Les auteurs des pourvois soutenaient que cette lecture violait à la fois l'égalité des armes et la présomption d'innocence. La chambre criminelle répondait que cette lecture, tout au contraire, était conforme à l'exigence formulée par la Convention européenne dont il résulte que "*tout accusé doit être informé, de manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui*."

Sans qu'il y soit expressément question d'égalité des armes, la chambre criminelle rendait, le 6 mars 2001 (Bull. n° 58), un arrêt de rejet sur un moyen qui mettait directement en cause sa pratique. Econduit par la cour d'appel de Paris qui avait déclaré irrecevable son action en diffamation, M. X. formait un pourvoi en cassation. Il écrivait alors à plusieurs reprises au conseiller chargé de rapporter sur son pourvoi en demandant copie du rapport et du projet d'arrêt, se disant persuadé que ces documents avaient été transmis à l'avocat général. N'obtenant pas satisfaction, il demandait la récusation du conseiller rapporteur en se référant à l'interprétation de l'article 6.1 donnée par la Cour européenne qui "*exige une communication identique du rapport au ministère public et à la partie civile.*" C'est donc après examen d'une prétendue rupture de l'égalité des armes, qui fondait le pourvoi, que la chambre criminelle le rejetait au motif "*qu'aucune disposition légale n'impose au conseiller rapporteur de communiquer à quiconque son projet de rapport, ni le projet d'arrêt qu'il a préparé.*"

Cette position est identique à celle retenue par le Conseil constitutionnel saisi par un juge d'instruction d'une demande de transmission de la copie des pièces d'un dossier relatif à des opérations électorales. Le Conseil décidait, le 10 novembre 1998, de transmettre toutes les pièces à l'exception du rapport au motif que "*le rapport présenté devant la section d'instruction du Conseil constitutionnel est couvert par le secret qui s'attache aux délibérations du Conseil constitutionnel ; qu'il ne peut être regardé comme une pièce détachable de ces délibérations ; qu'il ne peut par suite en être donné communication.*"

La composition des juridictions est source de nombreux pourvois qui se fondent, en principe, sur la mise en cause de l'impartialité du juge.

Parfois, cependant, le moyen invoque à ce propos l'atteinte à l'égalité des armes. Ainsi le moyen repris dans un arrêt de la chambre criminelle du 20 janvier 1999 (Bull. n° 11) voulait voir une atteinte à l'égalité des armes en ce que le président de la cour d'assises avait eu à présider, quelques jours auparavant, la cour d'assises qui avait jugé le même accusé pour d'autres faits. La chambre écartait ce grief selon une doctrine d'ailleurs constante et conforme à la jurisprudence de la Cour européenne.

Le lien de parenté entre deux époux, magistrats au tribunal de grande instance de Paris, l'un juge d'instruction et l'autre premier substitut, avait aussi incité un prévenu à considérer qu'il pourrait y avoir là une atteinte à l'égalité des armes. La chambre de l'instruction refusait d'annuler la procédure en relevant, d'une part, que, si le parquet était indivisible, les magistrats qui le composent sont placés sous la direction et le contrôle du procureur de la République et, d'autre part, que le magistrat du parquet concerné n'avait personnellement visé ou signé aucun acte de la procédure. C'est ce dernier argument que retenait la chambre criminelle (arrêt du 14 janvier 2003, Bull. n° 6).

Ces affaires démontrent la confusion qui existe entre impartialité et égalité des armes, les moyens employant cumulativement les deux expressions.

b) Les arrêts des chambres civiles

Confrontée à un moyen qui soutenait qu'une disposition législative nouvelle constituait une violation de l'égalité des armes, en ce qu'elle était applicable aux instances en cours à la date de sa promulgation, la chambre sociale a jugé qu'une telle disposition ne portait pas atteinte à l'égalité des armes car elle ne constituait pas "*une intervention de l'Etat dans une procédure l'opposant à des particuliers [et qu'elle] ne remettait pas en cause des décisions de justice irrévocables"* (Soc., 2 mars 1995 - pourvois n° 93-42.945 et 126 autres - arrêt déjà évoqué ci-dessus).

Sur un autre sujet, c'est à l'application de l'article 53, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1881 que l'auteur d'un pourvoi tentait d'opposer le principe d'égalité des armes : dans une affaire de diffamation, son action avait été déclarée irrecevable faute d'avoir fait notifier la citation au ministère public. Il considérait que cette exigence violait l'égalité des armes, l'assignation introductive d'une instance civile en matière de presse n'ayant pas à être notifiée par le ministère public. La 2ème chambre civile, par arrêt du 9 décembre 1999 (Bull. n° 187), lui répondait que l'application de cet article 53 de la loi sur

la presse devant les juridictions civiles, qui n'est écartée par aucun texte législatif, ne méconnaissait pas "*le principe de l'égalité des armes.*"

A propos de l'imbrication des fonctions d'enquête et de jugement, conformément aux deux arrêts rendus par l'assemblée plénière (Ass. plén. 5 février 1999, Bull. n°1- arrêts COB déjà cités), la chambre commerciale (Com., 5 octobre 1999, Bull. n° 159), saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la cour d'appel de Paris portant sur plusieurs recours formés contre des décisions du Conseil de la concurrence, statuait dans le même sens. Cet arrêt constituait un renversement de jurisprudence puisque, quelques mois plus tôt, le 27 janvier 1988 (Bull. n° 42), la même chambre avait repoussé un moyen soutenant que la présence du rapporteur au délibéré du Conseil de la concurrence était de nature à rompre l'égalité des armes. Les moyens, au soutien du pourvoi, se fondaient sur une violation des dispositions de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'article 14-5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les entreprises condamnées faisant grief à la cour d'appel de ne pas avoir respecté le principe de l'égalité des armes et de la publicité des débats. La chambre commerciale, recevant ce moyen, retenait que la participation du rapporteur, qui avait effectué des investigations utiles pour l'instruction des faits, au délibéré de ce Conseil, "*serait-ce sans voix délibérative, (...) était contraire au principe évoqué.*"

C'est aussi la violation de l'égalité des armes qu'invoquait une personne condamnée aux dépens au motif qu'elle n'avait pas été entendue par le premier président de la cour d'appel statuant selon la procédure des articles 708 et 709 du nouveau Code de procédure civile. La 2ème chambre civile, le 30 janvier 2003 (Bull. n° 22), écartait le grief, car les textes n'exigeant pas que les parties soient entendues en cette matière, "*c'est sans porter atteinte au principe de l'égalité des armes que le premier président (...) a statué (...) après avoir recueilli les observations écrites du défendeur à la contestation.*"

En écartant également le grief de violation de l'égalité des armes, la même chambre, le 27 mars 2003 (Bull. n° 78), a jugé que la circonstance qu'un justiciable ait été assisté, pour défendre à un recours formé devant le premier président, par l'avocat qui avait succédé à celui contre lequel il était en litige pour le règlement des honoraires, non seulement ne portait pas atteinte à l'exigence du procès équitable, mais avait permis "*d'assurer le respect du principe de l'égalité des armes.*" La 2ème chambre justifiait cette appréciation en relevant que cette défense n'avait pas affecté le droit de l'avocat, partie à la contestation d'honoraires, de présenter sa cause au juge du recours "*dans des conditions ne le plaçant pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire.*"

Cet arrêt est particulièrement intéressant en ce que l'égalité des armes est invoquée par le moyen avec pertinence en tant que composante autonome du procès équitable et sans le confondre avec le principe du contradictoire, ce qui le distingue de nombreux autres moyens.

3. Les limites du principe de l'égalité des armes

De même que la Cour européenne, la Cour de cassation n'interprète pas l'égalité des armes comme une exigence absolue du procès équitable.

La chambre criminelle a ainsi marqué une limite à l'occasion d'un recours particulier à la procédure pénale applicable devant la juridiction des mineurs.

Saisie d'un pourvoi contre une ordonnance du juge des enfants qui renvoyait un mineur devant le tribunal pour enfant du chef de tentative de meurtre, elle le rejetait (4 juin 2003 - pourvoi n° 03-81.495). Le moyen se fondait sur l'inégalité des armes entre le ministère public, qui pouvait relever appel de cette ordonnance, et le mineur dont l'appel avait été déclaré irrecevable par la chambre de l'instruction conformément aux termes combinés des articles 186 du Code de procédure pénale et 24 de l'ordonnance du 2 février 1945.

Plusieurs pourvois ont aussi été fondés sur l'atteinte à l'égalité des armes, au motif que le délai dont bénéficiait le procureur général pour faire appel (2 mois - article 505 du Code de procédure pénale) était supérieur à celui accordé aux autres parties (10 jours - article 498 du même Code). En rejetant ces pourvois (17 juin 1998, Bull. n° 196, 29 février 2000, Bull. n° 86 et 27 juin 2000, Bull. n° 243), la chambre criminelle marquait les limites de l'égalité des armes en énonçant que le fait que le procureur général bénéficie d'un délai supérieur à celui du prévenu n'est pas contraire à l'exigence d'un procès équitable dès lors que le prévenu dispose, lui aussi, du droit de faire appel.

Dans un tout autre domaine, une personne condamnée par une cour d'assises soulevait la question de l'égalité des armes à propos de la durée respective des plaidoiries des avocats de la défense et de celles des parties civiles. Par un arrêt du 1er juin 1995 (Bull. n° 202) la chambre criminelle, après avoir observé que le calendrier des plaidoiries avait été arrêté par le président avec l'accord de toutes les parties, répondait que le moyen manquait en fait. Il s'en déduit que l'égalité des armes n'implique pas que le temps de parole soit identique entre l'accusation, les parties civiles et la défense pourvu que chacun ait pu disposer du temps qu'il jugeait nécessaire.

Une question intéressante a aussi été posée à la chambre criminelle dans des termes sensiblement identiques à ceux dont sont fréquemment saisies les chambres civiles : le moyen se plaignait de ce que les réquisitions du procureur général, qui comprenaient 35 pages, n'avaient été accessibles au mis en examen que moins de 24 heures avant l'audience. La chambre criminelle répondait, le 1er juillet 1997 (Bull. n° 260), en relevant que ces réquisitions ne faisaient que reprendre la nature et la cause des accusations portées contre les prévenus à partir du dossier de l'information auquel ceux-ci avaient eu régulièrement accès.

Un autre reproche fait au parquet était aussi écarté le 16 février 2000 (Crim. n° 72) : selon le moyen le parquet, partie poursuivante, aurait eu connaissance de l'ensemble des faits reprochés aux différents membres d'un même groupe de personnes alors que chacun d'eux n'avait qu'une connaissance partielle du dossier en raison du fractionnement des poursuites.

Sur l'égal accès aux éléments du dossier, une cour d'appel, à laquelle il avait été demandé d'annuler une procédure, avait répondu que le ministère public, "*très respectueux du principe de l'égalité des armes,*" avait communiqué les éléments recueillis postérieurement à la saisine du tribunal aux parties, ce qui avait permis de les soumettre au débat contradictoire. Par arrêt du 27 avril 2000 (Bull. 173) la chambre criminelle rejetait le pourvoi qui critiquait cette décision.

Sur la phase pré-judiciaire, un justiciable poursuivi pour fraude fiscale prétendait que la procédure devait être annulée car, devant la Commission des infractions fiscales (la CIF), dont l'avis préalable aux poursuites est obligatoire, l'égalité des armes n'était pas respectée. La chambre criminelle n'acceptait pas de suivre l'auteur du pourvoi et retenait que si "*le principe du contradictoire, reconnu par la Convention européenne des droits de l'homme, ne peut s'appliquer devant cette commission qui n'est qu'un organisme consultatif destiné à donner un avis au ministre chargé des finances sur l'opportunité des poursuites, non un premier degré de juridiction, (...) l'intéressé conserve la possibilité de connaître et de discuter ultérieurement, devant un tribunal indépendant et impartial, les charges retenues contre lui.*" (7 mars 2001, Bull. n° 60).

Une solution similaire avait été adoptée par un arrêt du 31 octobre 2000 (Bull. n° 324) concernant la Commission de conciliation et d'expertise douanière (la CCED).

Récemment, le 21 octobre 2003 (pourvoi. n° 03-80.802), la chambre criminelle rejetait un moyen qui voyait une atteinte à l'égalité des armes en ce que l'article L. 480-5 du Code de l'urbanisme imposait aux juges, avant

d'ordonner la remise en état, de recueillir les observations d'un "assistant technique". Cette audition, énonce l'arrêt, n'est pas contraire aux exigences de l'article 6.1 dès lors que les observations recueillies sont soumises à la libre discussion des parties.

La 1ère chambre civile, le 12 février 1991 (Bull. n° 60), a aussi pris position, sans employer l'expression, sur le respect du principe d'égalité des armes, tout en refusant de lui conférer un caractère absolu. Au moyen qui reprochait à une cour d'appel d'avoir entendu les observations du représentant du bâtonnier, lors de l'examen d'une requête visant à faire déclarer amnistiés des faits qui avaient fait l'objet d'une sanction prononcée par le conseil de l'Ordre des avocats siégeant comme conseil de discipline, la 1ère chambre civile de la Cour de cassation répondait qu'il n'était pas inéquitable que le bâtonnier de l'Ordre, dont dépendait l'avocat poursuivi, présente des observations destinées à éclairer la cour d'appel.

Cet arrêt permet d'illustrer la distinction entre deux principes qui, l'un et l'autre, relèvent de l'article 6 de la Convention : le principe de l'égalité des armes et celui du contradictoire. Si la Cour de cassation a pu juger que l'audition du bâtonnier devant la cour d'appel ne portait pas atteinte à l'égalité des armes, il n'en demeure pas moins que cette audition devait nécessairement être contradictoire, c'est-à-dire avoir lieu en présence de l'avocat sanctionné.

Dans un contexte civil proche du domaine pénal, la Chambre commerciale a été conduite à répondre à un moyen qui invoquait la méconnaissance de l'égalité des armes entre l'administration des Douanes et une grande entreprise de vente par correspondance. Contestant la perception de la taxe d'octroi de mer, cette entreprise reprochait à la cour d'appel de s'être fondée sur les déclarations d'un préposé recueillies conformément à l'article 334 du Code des douanes "*sans que la personne ait été avertie des raisons pour lesquelles elle était interrogée et de l'utilisation que fera l'Administration de ses déclarations.*" En fait le demandeur estimait, en se fondant sur les dispositions de l'article 6.1 de la Convention, qu'aucun témoignage ne pouvait être versé aux débats sans que la personne entendue ait été informée de l'usage susceptible d'être fait de ses déclarations. Par un arrêt du 8 octobre 2002 (Bull. n° 141), la chambre commerciale rejetait ce raisonnement en relevant que le procès-verbal avait été mis à la disposition du demandeur qui avait été ainsi en mesure, devant les juges du fond, de faire valoir ses moyens de défense et, notamment, les conditions dans lesquelles le témoignage avait été recueilli, et que, à cette occasion, elle n'avait jamais soutenu que la déclaration avait été obtenue par la contrainte.

Si l'égalité des armes est un principe au respect duquel le juge doit veiller, il ne peut concerner que le déroulement du procès et il n'y a pas lieu

d'en faire application aux conditions dans lesquelles les preuves ont été constituées, sauf à établir qu'elles l'aient été de manière illégale, dès lors qu'elles ont été soumises à la discussion des parties.

Condamnée par le conseil de la concurrence, une société invoquait une atteinte à l'égalité des armes du fait de la brièveté du délai qui lui avait été donné pour formuler ses observations en réponse aux griefs contenus dans un rapport, alors que l'auteur de ce document avait bénéficié d'un temps illimité pour le rédiger (Com., 28 janvier 2003, Bull. n° 12). La chambre commerciale rejetait le moyen en relevant "*qu'il n'était pas démontré en quoi ce délai aurait été insuffisant pour permettre à l'entreprise mise en cause de réunir les éléments nécessaires à sa défense*."

Suivant en cela la Cour européenne, la Cour de cassation n'accepte pas de considérer que toute différence constitue automatiquement une atteinte au procès équitable. L'égalité n'est pas une exigence en soi, elle ne l'est qu'en ce qu'elle est une condition du procès équitable.

La chambre commerciale devait d'ailleurs confirmer cette position, dans un tout autre contexte, par un arrêt rendu le 29 octobre 2003 (Bull. n° 155). Un jugement, objet du pourvoi, avait autorisé une personne à réclamer à sa banque le paiement de droits acquis en se fondant sur des documents datant de 28 ans. La banque rétorquait qu'il y avait rupture de l'égalité des armes car elle ne disposait, pour ce qui la concernait, que de documents ayant moins de 10 ans, les archives étant détruites passé ce délai. Là encore la Cour de cassation marque les limites : ce n'est pas parce que l'une des parties n'a pas conservé ses archives que son adversaire qui a pris soin de conserver des éléments de preuve doit se voir interdire d'en faire état.

Le principe constitutionnel et conventionnel d'égalité devant la justice concerne les conditions d'exercice des voies procédurales et il ne peut conduire à écarter les différences qui peuvent exister entre les justiciables et qui tiennent à leur habileté, leur intelligence, leur fortune ou la qualité de leur organisation, dès lors que ces différences sont légitimes et qu'elles ne procèdent d'aucune violation de la loi.

L'égalité des armes à l'occasion de l'exercice des voies procédurales a aussi provoqué un débat au sein de la doctrine quant à la conformité de l'article 12 du Code de procédure civile à l'article 6-1 de la Convention européenne, en ce que l'article 12 permet au juge de relever d'office un moyen de droit. La Cour de cassation refuse, en effet, d'imposer au juge du fond de rechercher d'office les dispositions légales de nature à justifier une demande dont il est saisi (Civ. 1ère, 10 mars 1993, Bull. n° 110, Civ. 2ème, 8 juin 1995, Bull. n° 168 et Civ 3ème, 3 avril 1997, Bull. n° 75). Si la Cour européenne des

droits de l'homme n'a pas encore eu à se prononcer sur cette question, il y a tout lieu de penser qu'elle ne devrait pas formuler une telle exigence dès lors qu'elle n'a jamais considéré que le principe d'égalité des armes devait conduire à une égalité rigoureuse, puisqu'elle admet, au contraire, *" qu'une égalité raisonnable suffit"*, pour reprendre la formule du professeur Serge Guinchard (Dalloz Action n° 2166).

Ce n'est pas à proprement parler à limiter l'égalité des armes que s'est attachée la chambre commerciale le 17 juin 2003 (Bull. n° 102), mais à circonscrire les conditions dans lesquelles ce principe peut être invoqué.

L'auteur d'un pourvoi contestait la présence, devant la cour d'appel, du directeur de l'Institut national de la propriété industrielle (l'INPI) alors que celui-ci avait déjà statué sur un recours en opposition à l'enregistrement d'une marque. La Cour de cassation refusait de prendre en compte ce grief en relevant que la participation du directeur de l'INPI aux débats suivis devant la cour d'appel était connue des parties et que celles-ci étaient donc irrecevables à invoquer, pour la première fois devant la Cour de cassation, la violation de l'article 6-1 de la Convention européenne. Elle confirmait cette position par un nouvel arrêt rendu dans le même sens le 26 novembre 2003 (pourvoi n° 00-20.923).

Pour conclure, l'examen des arrêts rendus par la Cour de cassation au cours de ces dix dernières années conduit à constater que si l'expression "égalité des armes" est de plus en plus fréquemment employée au soutien de pourvois, on a souvent du mal à distinguer en quoi elle correspond à la violation d'un principe autonome.

Le recours à cette formulation dans le dispositif de quelques arrêts, qu'ils émanent de la Cour de cassation ou de la Cour européenne des droits de l'homme, ne permet pas toujours de discerner ce qui distingue l'égalité des armes du principe du contradictoire.

Si les rares emplois de cette expression par la Cour de cassation présentent l'avantage de rapprocher sa terminologie de celle qu'utilise la Cour européenne des droits de l'homme depuis trente ans, et donc ainsi de contribuer à la construction de l'Europe juridique et judiciaire, elle a l'inconvénient, par contre, de colorer les confrontations judiciaires d'une tonalité combative qui va à l'encontre de la recherche d'une justice apaisée par la médiation et la conciliation.

On peut donc regretter que ne lui ait pas été préférée l'expression employée par le législateur français dans le Code de procédure pénale : "équilibre des droits des parties".

Plus abstraite, la notion d'équilibre des droits apparaît bien correspondre à ce que doit être le procès équitable : non pas emploi d'armes identiques par des combattants placés au milieu d'une enceinte judiciaire, comme l'étaient les gladiateurs au centre de l'arène, mais exigence constante, tout au long du procès, d'un juste équilibre des droits processuels entre ceux qui ont pris l'initiative d'engager des poursuites pénales ou une action civile et ceux qui ont à assurer leur défense, et attention vigilante à ce que rien, dans le processus judiciaire, ne place injustement une partie dans une situation désavantageuse.

L'ÉGALITÉ EN DROIT DE LA FAMILLE

Jean-Pierre GRIDEL
Conseiller à la Cour de cassation

Le lecteur pressé pourrait s'imaginer qu'à l'aube de l'an 2004 et sur un tel propos, les grandes solutions positives françaises sont fixées. Depuis près de quarante ans, en effet, ce thème puissant et niveleur n'a-t-il pas abattu maintes forteresses, grandes ou petites, entre les époux, entre les enfants ? Certes, mais demeure toujours quelques bastions à prendre, et pour la jurisprudence technicienne, à choisir les modalités opératoires, à préciser certains ajustements, et à préserver autant que possible une continuité méthodologique. En outre, lorsque l'on croit en avoir terminé, même avec le transport de la question sur le terrain si sensible des conflits de lois dans le temps, lieu d'inégalité entre les sujets du droit d'hier et ceux du droit d'aujourd'hui, surgissent les conflits avec des systèmes juridiques inspirés de principes différents des nôtres.

De tout cela, l'on se rendra compte en constatant que la jurisprudence récente de la Cour de cassation en rapport avec le thème à traiter s'articule autour *des effets successoraux de la filiation naturelIe* (I), et *des effets statutaires du lien matrimonial* (II).

I - Les effets successoraux de la filiation naturelle

Les arrêts rendus en la matière sont peu nombreux, mais ils sont lourds de signification, par la soumission qu'ils impliquent, de la part du législateur et du juge, à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Aussi, la bonne compréhension des décisions récemment rendues par la Première chambre civile requiert-elle certains rappels nécessaires à leur mise en perspective.

On se souvient en effet que, si le législateur de 1972 avait posé le principe de l'égalité des effets successoraux des filiations légitime et naturelle (ancien a. 757 du Code civil, faisant application de l'ancien a. 334, plus général), il avait néanmoins réservé le cas de l'enfant adultérin en concours avec le conjoint ou les enfants du mariage en violation duquel il avait été conçu, diminuant alors sa vocation successorale (anciens a. 759 et 760), et veillant à empêcher que ces dispositions ne fussent contournées par des libéralités (anciens a. 908 et 908-1).

C'est dans ce contexte qu'en 1996, la Cour de cassation, à propos de la part successorale minorée de l'enfant adultérin en concours avec l'enfant légitime dans la succession de leur mère commune, avait été saisie de la compatibilité de l'article

760 du Code civil avec la Convention européenne des droits de l'homme, prise en ses article 8 (respect de la vie privée et familiale) et 14 (interdictions des discriminations). La Première chambre civile (25 juin 1996 B n° 268) avait alors dénié toute violation de la Convention, dès lors que son article 14, selon les propres termes de celui-ci, s'appliquait seulement à propos des droits et libertés reconnus par elle, et que la vocation à succéder est étrangère au respect de la vie privée et familiale. Au-delà de cette motivation technique, diverses considérations pouvaient être avancées à l'appui de la solution : stricte application par la Cour de cassation, " sentinelle de la loi ", d'une disposition nationale claire et voulue toute d'équilibre ; défaut d'habilitation du juge à décider lui-même, à la place du législateur, si l'article 760 rentrait dans la restriction qu'un Etat est autorisé à apporter aux principes énoncés par la Convention. Toutefois, la Cour européenne, saisie par l'enfant défavorisé avait estimé, le 1er février 2000 (Dalloz 2000.332, note Jean Thierry ; Petites affiches 5 juillet 2000 n° 133 p. 18, note Jacques Massip) que rien ne justifiait, lors du partage de la succession d'une mère entre ses deux enfants – en l'espèce l'un en réalité naturel légitimé par mariage, l'autre adultérin - une discrimination fondée sur la naissance du second hors mariage, et que, faute de rapport raisonnable entre l'éventuelle légitimité de l'objectif proclamé (la protection de la famille traditionnelle) et le moyen utilisé (la portion héréditaire réduite), l'a. 760 du Code civil français constituait une violation du droit égal de chacun au respect de ses biens, tel qu'il résulte de la combinaison de l'article 1er du Protocole additionnel et de l'article 14 de la Convention[1]. L'Etat français fut donc condamné à payer à l'enfant adultérin, à titre de dommages-intérêts, la différence entre la somme qu'il avait recueillie de sa mère et celle qui lui serait revenue si un partage égal était intervenu. Tel est le contexte dans lequel ont été rendus quelques arrêts, qui témoignent d'une identité désormais absolue des effets successoraux (A) mais aussi de la redoutable difficulté inhérente aux changements des normes (B).

A - L'identité absolue des effets successoraux, et l'inégalité disparue

1° L'action en retranchement de l'enfant naturel simple (Civ. 1ère 29 janvier 2002 Bull. n° 32).

[1] Ce qui permet de penser que l'article 334-7 du Code civil, qui disposait que l'enfant ne pouvait être élevé au domicile conjugal qu'avec le consentement du conjoint trompé, quoique abrogé par la loi du 3 décembre 2001, était bien en " rapport raisonnable ".

La question était celle de son droit à demander la diminution d'un avantage matrimonial attentatoire à sa réserve, mais que la rédaction conservée par le législateur de 1972 à l'article 1527 al. 2 du Code civil ouvrait aux seuls " enfants d'un précédent mariage ". Certes, dans un arrêt du 8 juin 1982 (B n° 214) la Chambre avait répondu négativement, en observant qu'il y avait là un texte spécial antérieur à la nouvelle disposition générale d'égalité posée à l'article 334 par la loi de 1972. Mais l'esprit de désaveu ayant inspiré l'arrêt de la Cour européenne en l'an 2000, l'absence d'approbation doctrinale antérieure et les réformes consécutives voulues par la loi du 3 décembre 2001 ne pouvaient que conduire la Première chambre civile à renouveler sa réflexion.

L'intérêt pratique de l'arrêt du 29 janvier 2002 est d'avoir énoncé que l'action dont s'agit était, dans l'espèce soumise, ouverte à l'enfant naturel autant qu'à l'enfant légitime. Néanmoins, conjoncturellement, deux voies pouvaient conduire à ce résultat. L'une était de relever d'office l'applicabilité de pur droit du nouveau texte de l'article 1527 alinéa 2, expressément permise en l'espèce par les dispositions transitoires de la loi nouvelle ; on les retrouvera plus loin. L'autre, qui fut suivie, était de se fonder sur l'ancien article 1527, qui était encore en vigueur au jour où avait été rendue la décision attaquée, mais en lui donnant une interprétation orthodoxe au regard de l'article 1er du Protocole additionnel de la Convention européenne et de l'article 14 de cette convention, et en soulignant, à propos de la mise en péril des droits successoraux par une communauté conventionnelle avantageuse, l'analogie entre la situation de l'enfant naturel antérieur au mariage et celle de l'enfant issu d'une précédente union matrimoniale. En prenant ce parti, la Première chambre civile n'a pas seulement substitué, à une interprétation exégétique, une interprétation de conformité hiérarchique. Elle paraît aussi, en soumission nécessaire à la jurisprudence strasbourgeoise, donner crédit à aux moins trois idées. D'abord, à partir du moment où il n'y a pas de raison objective et raisonnable d'écarter, fût-ce partiellement, l'enfant adultérin de la succession de son auteur, il n'y en a, a fortiori, pas davantage d'exclure l'enfant naturel antérieur au mariage de l'action en retranchement. Ensuite, la vocation successorale des descendants est finalement tenue pour une question de droit des biens et non de droit de la vie privée et familiale, quoique les deux qualifications semblent présenter, en raison, des titres équivalents ; on peut d'ailleurs voir dans la solution retenue une concession à la position de la Cour de cassation. Enfin, et l'on rejoint là l'esprit du droit successoral de la Révolution française, hériter est un droit de l'homme.

2° La donation interposée faite à l'enfant adultérin en concours successoral avec les enfants issus du mariage en violation duquel il a été conçu (Civ. 1ère,

6 janvier 2004, pourvoi n° 02-13.901, à paraître au bulletin).

L'homme marié, soucieux de faire une donation à son fils adultérin reconnu, avait eu recours à l'interposition de la mère de celui-ci. Au décès de l'homme, en 1992, la fille issue du mariage avait obtenu, dans un arrêt confirmatif en date du 17 janvier 2002, l'annulation de cette libéralité, puisque, par les jeux des articles 760 ancien et 911, l'interposition servant à contourner l'incapacité spéciale de recevoir entraîne l'anéantissement complet de la libéralité et non sa simple réduction à concurrence de la quotité disponible. Aussi, le pourvoi introduit le 23 avril 2002 ne manquait-il pas de transposer les formules de l'arrêt du 29 janvier 2002, de souligner la comparaison à mener entre l'enfant légitime et l'enfant adultérin, et d'appeler à une application des articles 760 et 911 respectueuse du principe de non discrimination selon la naissance tel que déduit de l'article 1er du Protocole et de l'article 14 de la Convention.

Toutefois, si la cassation est bien intervenue pour censurer l'inégalité, c'est, là, par application, relevée d'office, de la loi du 3 décembre 2001, abrogeant la discrimination successorale à l'encontre de l'enfant adultérin, et dont les dispositions transitoires (a. 25 II 2°) conduisent à retenir les pleins droits de celui-ci dans toute succession qui, ouverte à la date de publication du texte au Journal officiel (4 décembre 2001), n'a donné lieu ni à accord amiable, ni à décision judiciaire irrévocable, ni à partage. Contrairement à l'affaire sur laquelle s'est prononcé l'arrêt du 29 janvier 2002, la disposition discriminatoire n'était plus en vigueur au jour où la cour d'appel avait prononcé son arrêt.

Le droit transitoire ainsi fixé par le législateur et mis en œuvre par la Cour de cassation témoigne du souci de limiter autant que possible les effets des anciens textes. Mais, dans de telles hypothèses réformatrices, se pose toujours la question de savoir jusqu'où l'on doit remonter, ou, comme disait Ripert, celle du tracé " entre les souverainetés successives des lois ".

B - Les conflits de lois dans le temps, et les vestiges de l'inégalité (Civ. 1ère, 25 février 2003, Bull. n° 41)

Un enfant naturel, simple ou adultérin, dont la filiation est tardivement établie, ne peut faire valoir ses droits dans la succession qu'autant que celle-ci n'est pas encore liquidée. Tel est l'enseignement de cet arrêt, où était en débat l'article 2, ainsi rédigé, de la loi du 25 juin 1982 : " les dispositions de la loi ... sont applicables aux enfants naturels nés avant son entrée en vigueur. Ceux-ci ne pourront néanmoins demander à s'en prévaloir dans les successions déjà

liquidées ".

En l'espèce, une fille naît en 1966 d'un homme marié, mais sans enfant issu de l'union ; elle est rapidement reconnue, mais par acte absolument nul comme faisant apparaître l'adultérinité. Le père décède en 1968, puis la mère de celui-ci en 1973, et son second fils est mis en possession de ses biens. Le 29 janvier 1982, la fille adultérine assigne son oncle en partage des biens de l'aïeule, puis laisse périmer l'assignation. En ... 1996, elle en introduit une nouvelle, jointe à une demande en établissement de filiation par possession d'état. Grief était alors fait à la cour d'appel (Bordeaux, 12 décembre 2000), qui avait déclaré la filiation naturelle établie, d'avoir néanmoins refusé de remettre en cause la succession. Fort habilement, le pourvoi introduit contre cette décision rappelait que l'Assemblée plénière avait le 9 juillet 1982 (Bull n° 4 ; désavouant du reste Civ. 1ère 8 mai 1979, Bull. n° 134), jugé que dès avant la survenance de la loi du 25 juin 1982, le Code civil permettait déjà de prouver la filiation naturelle par possession d'état, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1972, soit le 1er août 1972, ce qui conduisait en l'espèce, selon le moyen, à dire simplement confirmative de la jurisprudence la loi de 1982, et à tenir son article 2 pour caduc. Telle n'avait pas été, néanmoins, la position prise entre-temps par la Première civile : elle avait considéré que cet article 2, en ce qu'il concernait le droit transitoire des effets successoraux, avait une valeur propre, interdisant à l'enfant naturel à la filiation établie par possession d'état de faire valoir ses prétentions consécutives dans une succession déjà liquidée, c'est-à-dire pour laquelle est intervenu un acte de partage définitif (Civ. 1ère, 12 mai 1987, Bull. n° 147, et 3 novembre 1988, Bull. n° 301). Dans la ligne de cette analyse, qui a pour elle de ne pas réduire la filiation établie à un mode d'acquérir pour cause de mort, et eu égard aux solides constatations d'une possession complète, effective, paisible, publique et non équivoque de la succession par l'oncle, héritier unique, depuis des années, la Cour a rejeté le pourvoi.

II - les effets statutaires du lien matrimonial

Cherchant toujours à pousser plus loin la logique de l'égalité de l'homme et de la femme – mais la logique est-elle toujours raison, interrogeait le doyen Carbonnier ; on le voit avec la survivance de l'article 311-14 du Code civil – notre droit positif s'est enrichi en ce sens des lois 304 et 305 du 4 mars 2002, dont les objets respectifs sont la dévolution du nom et l'autorité parentale. On peut observer incidemment que ces deux textes évitent la moindre allusion ou référence à l'hypothèse où le père et la mère seraient en même temps mari et femme, ce qui

donne à penser que le thème de l'égalité dans le mariage s'essouffle désormais faute d'objet, et que le mouvement continue aussi de se diriger, mais peut-être avec davantage de vigueur, vers l'égalité entre ménages mariés et non mariés. A cet égard, demeure néanmoins en pratique la grande différence constituée par l'existence du régime matrimonial, ce que révèle d'ailleurs la constante réaffirmation de l'inapplicabilité aux concubins de la solidarité de l'article 220 du Code civil (Civ. 1ère, 2 mai 2001, Bull. n° 111 ; opp. l'article 515-4 pour les partenaires du pacte civil de solidarité) et la multiplication de ses hypothèses d'application (ainsi, arriéré de cotisations sociales restant dû par l'un des époux au titre d'un régime légal d'assurance maladie et vieillesse : Civ. 1ère, 28 octobre 2003, pourvoi n° 01-16.985)[2].

Sinon, en matière d'égalité des époux, la jurisprudence récente peut être rapportée, incidemment pour quelques arrêts intervenus en matière bancaire (A), et, de façon plus fondamentale, pour l'actualité de certaines solutions de droit international privé (B).

A - L'égalité des époux en matière bancaire

Ce principe est attentivement protégé à travers deux arrêts de rappel et d'approfondissement relatifs à l'exacte mesure de l'indépendance, rapportée au pouvoir ou à la propriété.

1° Seul le conjoint sous le nom duquel est ouvert un compte a le pouvoir de le faire fonctionner.

La solution avait été certes déjà donnée (Civ. 1ère, 3 juillet 2001, Bull. n° 198), en soulignant qu'il importait peu que les conjoints fussent communs en biens et que l'autre fût copropriétaire des fonds déposés, la combinaison des articles 221 et 1937 du Code civil faisant que le banquier dépositaire ne restitue valablement " qu'à celui au nom duquel le dépôt a été fait ou à celui qui a été indiqué pour les recevoir ". On se doutait donc qu'il en irait autrement, par

[2] Ou encore de l'attribution préférentielle de l'article 832 du Code civil (Civ. 1ère, 9 décembre 2003, pourvoi n° 02-12.884).

conjonction des articles 221 et 1998 du Code civil, lorsque le conjoint titulaire aurait mandaté l'autre pour donner des ordres ou lorsqu'il les aurait ratifiés : c'est ce que confirment deux arrêts (Civ. 1ère, 6 mai 2003, pourvoi n° 00-18.891 ; Com., 11 mars 2003, Bull. n° 176).

2° Une question plus complexe s'est aussi trouvée posée, celle de la saisie sur comptes personnels en conséquence d'un cautionnement ou emprunt contracté sans le consentement exprès de l'autre conjoint, eu égard aux conséquences qu'en tire l'article 1415 du Code civil.

Elle a été résolue par la distinction que permettait le contenu des comptes sur lesquels le banquier poursuivait la saisie-attribution, et qui tous étaient alimentés par les seuls revenus du mari. Tandis que le compte de dépôt s'en trouvait saisissable, la solution inverse devait être tenue pour le plan d'épargne-logement et le compte titre dont les contenus étaient devenus des acquêts (Civ. 1ère, 14 janvier 2003, Bull n° 2).

B - L'égalité des époux en droit international privé

Le protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'Homme (22 novembre 1984) dispose, en son article 5, que " les époux jouissent de l'égalité des droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec les enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de la dissolution ". Cette disposition est entrée en vigueur le 1er novembre 1988 et la France, pour pouvoir la ratifier, avait dû préalablement, par la loi du 23 décembre 1985, parfaire " l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs ". La Cour de cassation a eu à en faire application en deux occasions.

La première concerne les effets en France des répudiations prononcées au Maroc dont il était prétendu qu'elles devaient être reconnues automatiquement en application de l'article 13, alinéa 1, de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981. Par une série d'arrêts ouverte en 1994 (Civ. 1ère, 1er juin 1994, Bull. n° 192 ; 31 janvier 1995, Bull. n° 58 ; 19 décembre 1995, Bull. n° 469 ; 5 janvier 1999, Bull. n° 7), la Cour, renversant son accueillante jurisprudence antérieure, a jugé que les répudiations prononcées hors la présence de la femme et en tout cas, sans que celle-ci puisse s'y opposer et obtenir mieux que de simples informations procédurales ou des garantie pécuniaires dérisoires, contrevenaient à ce texte, soit directement, soit par l'intermédiaire de l'ordre public international réservé par l'article 16 de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 auquel renvoie la Convention de

1981[3].

Cette jurisprudence s'est trouvée confirmée, mais avec une incidente exprimant une réserve d'ordre public de proximité préconisée par une partie de la doctrine, par cinq arrêts, rendus le 17 février 2004, concernant des " décisions " tant marocaines qu'algériennes.

Une application imprévue du Protocole a également été faite pour écarter, dans la liquidation des droits d'époux franco-suisse divorcés, l'application de l'ancien régime légal suisse de l'union des biens qui prévoyait une répartition inégalitaire au profit du mari (Civ. 1ère, 24 février 1998, Bull. n° 71).

[3] A signaler toutefois, un arrêt qui est apparu dissident (civ. 1ère, 3 juillet 2001) à propos d'un " divorce " algérien, c'est-à-dire, rendu dans un contexte différent des précédents.

LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ DANS LA JURISPRUDENCE DE LA CHAMBRE CRIMINELLE

Christophe SOULARD
Conseiller référendaire à la Cour de cassation

Les textes mettant en oeuvre le principe d'égalité que les juridictions pénales sont conduites à appliquer sont extrêmement variés quant à leur origine et à leur objet. Certaines dispositions du Code pénal (articles 225-1, 225-2 et 432-7) et du Code du travail (articles L. 123-1, L. 140-2 à L. 140-4, L. 152-1-1 à L. 152-1-3, L. 154-1, R. 154-0), qui répriment les discriminations à raison de l'origine, du sexe, de l'apparence physique, du handicap etc..., visent à combattre des comportements incompatibles avec les valeurs morales de la société française. Elles trouvent leur justification dans le principe même qu'elles énoncent. Dans d'autres cas, l'interdiction d'une discrimination ne peut être considérée de manière isolée car elle vise à faire respecter une exigence qui trouve sa source ailleurs. Ainsi les articles L. 412-2 et L. 481-3 du Code du travail, qui définissent et répriment la discrimination syndicale, permettent de faire respecter le droit syndical, consacré à l'article L. 412-1 du même Code.

Cette hétérogénéité se retrouve au niveau des textes internationaux qui sont susceptibles d'avoir une incidence en matière pénale. Si l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce que les droits qu'elle reconnaît s'appliquent indépendamment de toute distinction de sexe, de race, de couleur, de langue, de religion, etc... et contribue ainsi, d'une certaine manière, à définir la notion même de "droit de l'homme", le principe de l'égalité des armes, qui résulte de l'article 6 de la même Convention, n'est qu'un aspect particulier d'une conception plus générale du procès équitable, elle-même fondée sur l'idée qu'une bonne décision de justice est celle qui est rendue à l'issue d'un procès au cours duquel les parties ont pu s'exprimer de manière aussi complète que possible. De même, l'article 12 du traité CE, qui interdit les discriminations exercées en raison de la nationalité, n'exprime pas une valeur en soi (ne serait-ce que parce qu'il ne s'applique ni aux ressortissants des Etats tiers ni aux situations purement internes) mais apparaît plutôt comme une condition nécessaire à la réalisation d'un espace sans frontières.

C'est dire qu'il est impossible de donner, à la notion d'égalité, un contenu *a priori*. La définition tautologique selon laquelle ce principe implique qu'on ne traite pas de manière différente des personnes qui se trouvent dans des situations semblables n'est d'aucun secours puisqu'elle ne règle pas la question essentielle de savoir ce qu'il faut entendre par "situations semblables", notion

dont la mise en oeuvre suppose que soient énoncés les éléments de la comparaison. Certaines distinctions ou inégalités sont admises, d'autres sont prohibées, par le jeu de critères dont la définition n'est ni absolue ni définitive mais découle de l'existence de valeurs qu'une société entend promouvoir ou d'objectifs qu'elle poursuit. Aussi la liste des motifs de discrimination considérés comme inadmissibles évolue-t-elle, comme en témoignent les ajouts successifs qui ont abouti à la version actuelle de l'article 225-1 du Code pénal. De manière plus inattendue, le fondement même de certaines prohibitions peut changer sans que les dispositions qui les édictent soient elles-mêmes modifiées. Ainsi l'article 119 (devenu 141) du traité CE, relatif à l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, qui avait été imposé pour des raisons purement économique par la France, en 1957, est devenu, au fil de la jurisprudence de la Cour de justice, l'expression particulière d'un principe général du droit, de portée plus large (CJCE 15 juin 1978, Defrenne III, aff. 149/77, Rec. p. 1365).

Comme on le verra, cette multiplicité des expressions du principe d'égalité n'empêche pas que la Chambre criminelle soit, dans tous les cas, confrontée à certaines questions récurrentes et communes, telles que celle du champ d'application des textes qui en font application, celle des preuves susceptibles d'établir qu'il a été méconnu et celle, corrélative à la précédente, des raisons qui peuvent justifier une discrimination. La Chambre criminelle rencontre ces problèmes dans les divers aspects de sa mission, qui, du fait que les textes en cause sont d'origine à la fois interne et internationale, est double : elle doit assurer l'application des dispositions pénales qui sanctionnent certaines discriminations et elle doit contrôler la conformité du droit pénal et de la procédure pénale aux règles internationales qui mettent en oeuvre le principe de non-discrimination.

I. L'application des dispositions pénales qui sanctionnent des atteintes à l'égalité

A - Les motifs prohibés

L'article 225-1 du Code pénal qualifie de discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

La Chambre criminelle a été amenée à appliquer et préciser certains de

ces critères. Elle a ainsi implicitement considéré que la notion d'état de santé était plus large que celle de handicap en approuvant une cour d'appel qui avait condamné un bailleur pour une pratique discriminatoire fondée sur la circonstance que son locataire était atteint du sida (Crim. 25 novembre 1997, Bull. n° 399). Il y a discrimination fondée sur la non-appartenance à une nation lorsque l'octroi d'une prime à la naissance est subordonnée à une condition de nationalité, même si cette nationalité n'est pas celle d'un pays particulier mais celle de n'importe lequel des Etats de l'Union européenne (Crim. 17 décembre 2002, Bull. n° 227). Quant à l'activité syndicale, elle peut résulter de la participation à une grève déclenchée par une organisation syndicale (Crim. 4 avril 1995, Bull. n° 146) et elle n'implique pas que la victime ait elle-même la qualité de représentant syndical (Crim. 29 octobre 1996, Bull. n° 379). Ce dernier arrêt est relatif à l'article L. 412-2 du Code du travail mais la solution adoptée est certainement transposable à l'article 225-1 du Code pénal, dont les termes sont, sur ce point, identiques.

La discrimination peut être avérée même si la prise en compte de l'un des critères énumérés par la loi n'a pas constitué la seule cause de la mesure prise en défaveur de l'intéressé. Il suffit que les autres causes ne puissent justifier, à elles seules, la mesure, pour que la discrimination soit établie. La Chambre criminelle a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir déclaré coupable de discrimination un employeur qui avait licencié un salarié en tenant compte de son activité syndicale, dès lors que l'excès de pouvoir dont ce salarié s'était rendu coupable en exerçant des attributions réservées aux seuls représentants du personnel ne constituait pas un abus caractérisé justifiant le licenciement (Crim. 29 octobre 1996, Bull. n° 379).

Cependant, lorsque certains faits laissent présumer l'existence d'une discrimination, le prévenu peut échapper aux poursuites en prouvant qu'il a agi exclusivement pour un motif non discriminatoire et légitime, c'est-à-dire pour une raison étrangère à l'appartenance de l'intéressé à l'une des catégories définies par l'article 225-1 du Code pénal. Ainsi, ne commet pas le délit de discrimination syndicale l'employeur qui licencie des grévistes pour des fautes lourdes sanctionnant non des faits de grève mais des atteintes au droit de propriété et des violences (Crim. 4 avril 1995, Bull. n° 146) ou celui qui prend, à l'égard de délégués du personnel, membres d'un syndicat représentatif, une mesure de mise à pied et dépose une demande d'autorisation de licenciement en se fondant sur l'inobservation du délai de préavis de grève et sur l'entrave apportée à la liberté du travail imputables aux salariés en cause (Crim. 10 mai 1994, pourvoi n° 93-82.603).

En revanche, un salarié ne saurait se voir refuser l'accès à un poste en raison de sa disponibilité insuffisante résultant de ses activités syndicales (Crim. 25 mai 1982, Bull. n° 135 ; Crim. 2 septembre 2003, pourvoi n° 02-86.048, en

cours de publication). En effet, un tel motif n'est pas séparable de celui que le législateur a justement entendu prohiber. Dans le même ordre d'idées, une discrimination ne peut pas non plus être justifiée par le souci de tenir compte de l'attitude elle-même discriminatoire de tiers. Ainsi, le refus d'embaucher des aides-ménagères de couleur ne peut être justifié par le risque de boycott économique auxquelles elles seraient exposées de la part des personnes faisant appel à leurs services (Crim. 14 novembre 1989, Bull. n° 416). De même, un employeur ne peut justifier un congédiement par le fait que la nationalité marocaine du salarié l'aurait empêché d'être adopté par le personnel de l'entreprise (Crim. 14 octobre 1986, Bull. n° 287).

Dans les cas qui viennent d'être cités, la question posée était celle de savoir si la mesure litigieuse avait été prise pour l'un ou l'autre des motifs prohibés par le législateur. Mais il se peut également que l'infraction ne soit pas constituée, alors même que la mesure repose sur l'un de ces motifs, dès lors que, dans les circonstances de l'espèce, ce motif apparaît légitime. Ainsi, la Chambre criminelle a-t-elle approuvé la relaxe du directeur d'un centre de recherches qui avait réservé aux hommes des postes de technicien de laboratoire, dès lors qu'il résultait de l'analyse des caractéristiques des emplois litigieux que ceux-ci nécessitaient le port de charges assez lourdes (Crim. 25 mai 1983, Bull. n° 154).

Il n'est pas inintéressant de rappeler, à cet égard, que la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que la directive 75/117, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité de rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, ne s'oppose pas à ce qu'un système de classification professionnelle, au sens de son article 1er, alinéa 2, utilise, pour déterminer le niveau de rémunération, le critère de l'effort ou de la fatigue musculaire ou celui du degré de pénibilité physique du travail, si, compte tenu de la nature des tâches, le travail à accomplir exige effectivement un certain développement de force physique, à condition que, par la prise en considération d'autres critères, il parvienne à exclure, dans son ensemble, toute discrimination fondée sur le sexe (CJCE 1er juillet 1986, Rummler, aff. 237/85, Rec. p. 2101).

De même doit-on rappeler que, pour la Cour européenne des droits de l'homme, une distinction est discriminatoire, au sens de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, si elle "manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé" (V., notamment, arrêt du 16 septembre 1996, Gaygusuz c/Autriche). Dans cette perspective, il y a lieu de tenir compte du contexte sociologique. Ainsi la Cour de Strasbourg a-t-elle jugé non discriminatoires des

dispositions refusant, au début des années 1980, d'accorder aux pères le bénéfice d'une allocation de congé parental, en relevant, notamment, qu'à l'époque des faits il s'agissait d'une pratique commune à la plupart des pays (arrêt du 27 mars 1998, Petrovic c/Autriche).

B - Les agissements incriminés

La circonstance qu'un acte a été accompli pour l'un des motifs énumérés à l'article 225-1 du Code pénal ne suffit pas à le rendre punissable. Il faut encore que cet acte constitue l'un des agissements prévus aux articles 225-2 et 432-7 du même Code. Le premier de ces textes incrimine le fait de refuser la fourniture d'un bien ou d'un service, d'entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque, de refuser d'embaucher, de sanctionner ou de licencier une personne, de subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service, une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1, ou encore de refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du Code de la sécurité sociale. Quant à l'article 432-7, il réprime la discrimination commise par une personne dépositaire de l'autorité publique dans l'exercice de ses fonctions et consistant à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ou à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque. Enfin l'article L. 412-2 du Code du travail interdit à tout employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauchage, la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération et l'octroi d'avantages sociaux, les mesures de discipline et de congédiement.

Se rend ainsi coupable de discrimination le bailleur qui, apprenant que l'un de ses futurs locataires est atteint du sida, exige de ces derniers qu'ils produisent, dans un délai d'une semaine, deux cautions supplémentaires, trois bulletins de salaire et une fiche d'état civil, alors qu'ils avaient déjà fourni toutes les pièces justificatives que le bailleur leur avait initialement demandées et que les nouvelles exigences de ce dernier les contraignent à renoncer au bail (Crim. 25 novembre 1997, Bull. n° 399).

Subordonne également la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition discriminatoire le maire d'une commune qui instaure une prime à la naissance en en réservant le bénéfice aux familles dont l'un au moins des parents est ressortissant de l'Union européenne (Crim. 17 décembre 2002, Bull. n° 227).

En revanche, un candidat qui a échoué à un concours en raison, selon

lui, de ses idées politiques, ne peut légitimement revendiquer que le seul droit de s'y présenter, lequel n'implique pas celui d'être admis, la notation des copies anonymes relevant de l'appréciation souveraine des examinateurs (Crim. 24 mars 1998, Bull. n° 108).

S'agissant des discriminations dans le travail, l'article 225-2 du Code pénal incrimine, à la fois, les offres soumises à condition discriminatoire, les refus d'embauche et les licenciements. Il importe de bien distinguer entre ces différents cas de figure. Ainsi, le congédiement d'un salarié pendant sa période d'essai constitue un refus d'embauche et non un licenciement (Crim. 14 octobre 1986, Bull. n° 287). De même constitue un refus d'embauche, au sens de l'article 225-2, le refus, par une société recourant aux services d'une entreprise de travail temporaire, de conclure le contrat de mise à disposition prévu par l'article L. 124-3 du Code du travail. En effet, un tel refus fait obstacle à l'embauche, par l'entreprise de travail temporaire, du salarié visé dans le contrat (Crim. 2 septembre 2003,Bull. n° 148).

Constitue une offre discriminatoire le fait, pour l'assistante sociale-chef de la Ville de Paris, de rédiger, signer et diffuser, auprès de ses collègues des bureaux d'aide sociale des mairies annexes, une note indiquant que le bureau d'aide sociale recrute des aides-ménagères et précisant qu'il convient d'éviter les personnes de couleur (Crim. 14 novembre 1989, Bull. n° 416).

Cependant, la tentative n'est pas punissable en matière de discrimination. Ce principe a été énoncé par la chambre criminelle à propos de la discrimination syndicale prévue à l'article L. 412-2 du Code du travail mais il est certainement transposable au délit prévu aux articles 225-1 et 225-2 du Code pénal. Justifie, en conséquence, sa décision de relaxe, l'arrêt qui constate que les notations d'un chef de service, qui a cru devoir faire état de l'importances des activités syndicales et représentatives d'un salarié, n'ont nullement influé sur l'évolution de la carrière dudit salarié, le chef de service ne disposant d'aucun pouvoir à cet égard (Crim. 23 avril 1985, Bull. n° 156 ; pour un cas similaire, V. également Crim. 31 mars 1998, pourvoi n° 97-82.830).

C - Les problèmes de preuve

Il est rare qu'une personne énonce ouvertement les raisons discriminatoires pour lesquelles elle agit. Le plus souvent, celles-ci sont dissimulées derrière des motifs avouables. C'est dire que, sauf maladresse ou inconscience de son auteur, l'établissement d'une discrimination se heurte généralement à des difficultés de preuve importantes.

Entérinant la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (V., par exemple, CJCE 17 octobre 1989, Danfoss, aff. 109/88,

Rec. p. 3199), la directive 97/80/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, apporte une réponse partielle à ce problème de preuve en énonçant, dans son article 4, que "Les Etats membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement". Ce principe a été étendu, par la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, aux discriminations fondées sur les convictions, la religion, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle (article 10 de la directive). Cependant, ces directives prévoient qu'elles ne s'appliquent pas aux procédures pénales, sauf, dans le cas de la directive 97/80, si les États membres en disposent autrement. La France n'a pas fait usage de cette possibilité, qui porterait d'ailleurs peut-être atteinte au principe de la présomption d'innocence (V., en ce sens, le rapport pour 1998 de la Commission nationale consultative des droits de l'homme).

Il appartient donc à la partie poursuivante d'établir, d'une part, l'existence d'un critère discriminatoire et, d'autre part, le lien de causalité entre ce critère et la mesure prise. La Chambre criminelle a ainsi approuvé une cour d'appel, qui, pour relaxer un gérant de discothèque du chef de discrimination raciale, avait relevé que, s'il n'était pas contestable que l'entrée de l'établissement avait été refusée à un groupe de personnes de couleur, il résultait de différents éléments - audition du personnel, examen de la cassette vidéo - qu'aucune consigne de refoulement de personnes de couleur n'avait été donnée et qu'il suffisait de constater que l'un des plaignants était un habitué de l'établissement ; qu'en outre, l'existence d'un différend entre ce plaignant et le portier de la discothèque pouvait légitimement motiver le refus opposé par ce dernier, ses inquiétudes sur sa sécurité expliquant sa décision (Crim. 3 juin 2003, pourvoi n° 02-86.158).

Il incombe évidemment aux juges du fond de répondre aux conclusions par lesquelles le prévenu invoque des raisons autres que celles qui sont prohibées pour justifier la mesure qu'il a prise. A été ainsi censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour déclarer les dirigeants d'une société coupables de discrimination à l'égard d'un militant syndical, relevait que ce dernier s'était vu interdire d'utiliser une transpalette électrique, de sorte que la pénibilité de son travail s'en était trouvée augmentée, sans établir une relation de causalité entre la mesure critiquée et l'appartenance ou l'activité syndicale de l'intéressé et sans répondre aux conclusions de l'appelant qui se prévalait de l'inaptitude du salarié à utiliser une transpalette électrique (Crim. 18 janvier 1994, pourvoi n° 92-84.337).

En revanche, elle a approuvé une cour d'appel qui, pour déclarer le dirigeant d'une entreprise coupable de discrimination à l'égard d'un délégué du personnel, membre d'un syndicat, qui exerçait les fonctions d'archiviste, avait retenu que ce dernier avait été mis au chômage au motif que le local dans lequel il travaillait devait être rénové, alors qu'il ressortait du procès-verbal de l'inspecteur du travail qu'une affectation était possible soit au siège de la caisse, soit dans le local en réfection, avec dispense des activités présentant un danger spécifique, que la preuve n'était pas rapportée de l'inaptitude de l'intéressé à un autre emploi que celui d'archiviste et, enfin, qu'il ressortait d'une correspondance du prévenu que celui-ci ne cachait pas ses sentiments envers les membres du syndicat auquel appartenait le délégué et jugés par lui irresponsables. La cour d'appel en concluait que la mesure prise, loin de répondre à un impératif technique, était motivée par l'appartenance syndicale du salarié (Crim. 11 juin 1992, pourvoi n° 91-84.309).

Etablit également une discrimination syndicale commise à l'encontre d'un salarié exerçant les fonctions de délégué syndical et de délégué du personnel la cour d'appel qui relève qu'au regard des fiches d'évaluation professionnelle de ce salarié, le refus de son employeur de lui accorder la promotion à laquelle il pouvait prétendre, compte tenu de son ancienneté, ne peut s'expliquer que par l'opposition constante que l'intéressé a manifestée dans l'exercice de ses activités syndicales, opposition qui apparaît à la lecture des comptes-rendus des réunions des comités d'entreprise et d'établissement (Crim. 22 octobre 2002, pourvoi n° 01-87.146).

II - Le contrôle de la conformité du droit pénal et de la procédure pénale au principe d'égalité

A - Le contrôle au regard de la Convention européenne des droits de l'homme

L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule que "La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation".

La Chambre criminelle a eu l'occasion de juger que cette disposition "ne concerne que la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention, parmi lesquelles ne figure évidemment pas le trafic de stupéfiants", et qu'elle ne fait pas obstacle à ce que soit prononcée, en application de la loi nationale, contre un étranger reconnu coupable d'un tel trafic, l'interdiction

définitive du territoire (Crim. 18 février 1985, Bull. n° 76 ; Crim. 6 novembre 1991, Bull. n° 398). Pour les mêmes raisons, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ne s'oppose pas à ce que soit prononcée, contre un étranger reconnu coupable de séjour irrégulier, une peine différente de celle encourue, pour une infraction semblable, par les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne (Crim. 24 février 1988, Bull. n° 94).

La Chambre criminelle a également jugé que l'article 14 n'interdit pas d'imposer, aux objecteurs de conscience, un service militaire dont la durée excède celle du service national (Crim. 3 mai 1989, Bull. n° 181).

Par ailleurs, la Chambre criminelle considère qu'aucune règle de droit international ne fait obstacle à ce qu'un Etat applique, à ses nationaux, des règles plus sévères que celles qui s'imposent, sur son territoire, à des ressortissants étrangers. Elle en a déduit que la sanction consistant à invalider le permis de conduire par suite de la perte de points n'est pas contraire à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors même que cette sanction ne peut s'appliquer qu'aux titulaires d'un permis français (Crim. 11 mars 1998, Bull. n° 97). Cette position de principe doit être rapprochée de celle qu'a adoptée la Cour de justice des Communautés européennes à l'endroit des "discriminations à rebours" (V. infra).

L'article 14 n'est cependant pas la seule disposition de la Convention européenne des droits de l'homme qui ressortisse à la notion d'égalité puisqu'on peut déduire de son article 6 le principe de "l'égalité des armes" entre la personne poursuivie et la partie poursuivante. La chambre criminelle a jugé que n'était pas compatible avec ce principe la disposition de l'article 546, dernier alinéa, du Code de procédure pénale, qui réserve au seul procureur général un droit d'appel contre certains jugements rendus en matière de police, dans des hypothèses où ce même droit est refusé au prévenu, comme, d'ailleurs, à l'officier du ministère public et au procureur de la République (Crim. 6 mai 1997, Bull. n° 170).

Relève également de l'égalité des armes le droit, pour tout accusé, d'interroger ou faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge (article 6.3 de la Convention européenne des droits de l'homme). La chambre criminelle en déduit que, sauf impossibilité dont il leur appartient de préciser les causes, les juges sont tenus, lorsqu'ils y sont requis par le prévenu, d'ordonner l'audition contradictoire des témoins que ce dernier entend faire interroger (Crim. 4 juin 1998, Bull. crim. n° 184). Cette position de principe n'empêche pas que les juridictions du fond disposent d'une assez grande marge d'appréciation quant à l'opportunité de procéder aux auditions sollicitées par le prévenu (V., par exemple, Crim. 11 mai 2000, pourvoi 99-

80.379). Sur ce point, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est d'ailleurs elle-même assez nuancée (V., par exemple, arrêt du 15 décembre 1998, AEDLG c/Espagne).

Enfin, tirant les conséquences d'un arrêt d'assemblée plénière dans lequel la Cour de Cassation a affirmé que "le droit au procès équitable et le droit de tout accusé à l'assistance d'un défenseur s'opposent à ce que la juridiction juge un prévenu non comparant et non excusé sans entendre l'avocat présent à l'audience pour assurer sa défense" (Ass. plén. 2 mars 2001, Bull. crim. n° 56), la Chambre criminelle a censuré, à plusieurs reprises, des arrêts par lesquels des cours d'appel avaient jugé contradictoirement un prévenu, absent, sans donner la parole à son défenseur, alors que ce dernier avait reçu mandat exprès pour le représenter (V., par exemple, Crim. 16 mai 2001, Bull. 127).

B - Le contrôle au regard du droit communautaire

Le concept de non-discrimination occupe nécessairement une place centrale en droit communautaire puisque la création d'un marché unique impose que les salariés, les fournisseurs de services et les entreprises des autres Etats membres soient traités de la même manière que ceux de l'Etat d'accueil. Par ailleurs, l'article 141 du traité CE pose le principe de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes pour un même travail ou un travail de même valeur, principe qui a été étendu, par diverses directives, à l'accès à l'emploi, aux conditions de travail, aux licenciements et aux régimes de sécurité sociale. Cependant, la chambre criminelle n'a pratiquement jamais eu l'occasion de contrôler la conformité de textes internes aux dispositions communautaires relatives à l'égalité entre hommes et femmes. Notamment, la question de la compatibilité de l'interdiction du travail de nuit des femmes avec la directive n° 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, qui a suscité des questions préjudicielles posées par des juridictions pénales françaises (V. CJCE 25 juillet 1991, Stoeckel, aff. 354/89, Rec. p. I-4047 et 2 août 1993, Levy, aff. 158/91, Rec. p. I-4287) n'a pas été soumise à la Chambre criminelle.

En revanche, celle-ci s'est, à diverses reprises, prononcée sur le caractère discriminatoire de dispositions susceptibles d'entraver la libre circulation des marchandises. On sait, notamment, que les mesures relatives aux modalités de vente n'échappent à l'application de l'article 28 du traité CE que si elles affectent, de la même manière, la commercialisation des produits nationaux et celle des produits en provenance d'autres Etats membres (CJCE 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, aff. C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097). Quant aux mesures qui entrent dans le champ d'application de l'article 28 et qui ont un effet restrictif sur les importations, elles ne peuvent être justifiées par une exigence impérative tenant à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales,

à la défense des consommateurs, à la protection des travailleurs ou de l'environnement que si elles n'affectent pas davantage les produits importés que les produits nationaux (CJCE 20 février 1979, Rewe-Zentral, aff. 120/78, Rec. p. 649). Enfin les restrictions d'importations ou d'exportations qui peuvent être justifiées par l'une des raisons énumérées à l'article 30 du traité ne doivent pas constituer une moyen de discrimination arbitraire.

Faisant application de ces principes, la chambre criminelle a jugé (Crim. 18 septembre 1997, Bull. n° 305) qu'un tribunal de police ne peut prononcer une condamnation pour violation de la loi du 9 janvier 1985, relative au développement et à la promotion de la montagne, et de son décret d'application du 26 février 1988, dès lors que ces textes, qui réservent l'utilisation de la dénomination "montagne" aux seuls produits fabriqués en France à partir de matières premières françaises, instituent une discrimination entre produits nationaux et non nationaux. Cet arrêt tirait les conséquences de la réponse que la Cour de justice avait donnée à une question préjudicielle posée par la chambre criminelle elle-même (CJCE 7 mai 1997, Pistre, aff. C-321 à C-324/94, Rec. p. I-2343).

Dans le sens inverse, la Chambre criminelle a jugé que la prohibition de la publicité directe et indirecte en faveur du tabac, qui figure aux articles L. 3511-1 et suivants du Code de la santé publique, n'institue pas de discrimination arbitraire et que, poursuivant un objectif de protection de la santé publique, elle peut se fonder sur l'article 30 du traité (Crim. 18 mars 2003, Bull. n° 69, 1er arrêt).

Selon la jurisprudence de la Cour de justice, le texte doit être écarté non seulement s'il institue explicitement une discrimination mais encore si, bien que fondé sur des critères apparemment neutres, il aboutit, en fait, au même résultat. Mais, dans ce dernier cas de figure, l'appréciation de la discrimination est une appréciation factuelle, à laquelle la Chambre criminelle ne saurait procéder elle-même. Elle en déduit que le moyen pris d'une telle discrimination ne peut être soulevé pour la première fois devant elle (Crim. 23 juin 1983, Bull. n° 195 ; Crim. 10 juillet 1990, Bull. n° 279).

La Chambre criminelle contrôle non seulement si l'obligation sanctionnée pénalement ne tombe pas sous le coup d'une discrimination prohibée par le droit communautaire mais également si la sanction n'est pas discriminatoire. On sait, par exemple, que l'article 90 du traité CE interdit aux Etats membres de frapper directement ou indirectement les produits des autres Etats membres d'impositions intérieures supérieures à celles qui frappent les produits nationaux similaires. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice (CJCE 25 février 1988, Drexl, aff. 299/86, Rec. p. 1213), que cette disposition n'interdit pas aux États membres de prévoir des régimes de sanction différents

pour les infractions à la TVA perçue à l'importation et pour les infractions à la TVA afférente aux transactions réalisées à l'intérieur du pays. Cette différence de traitement peut se justifier, en effet, par le fait que les infractions commises à l'occasion d'une importation ne sont pas aussi aisément décelées que celles qui ont un caractère purement national. Toutefois, la plus ou moins grande difficulté avec laquelle une infraction peut être découverte ne saurait justifier un écart manifestement disproportionné dans la sévérité des sanctions prévues pour les deux catégories d'infractions (même arrêt).

En application de ce principe, la Chambre criminelle a jugé (Crim. 5 février 1998, Bull. n° 48 ; Crim. 13 octobre 1999, pourvoi n° 98-87.473, non publié) que les sanctions prévues par l'article 414 du Code des douanes en cas d'infraction à la TVA commise à l'occasion d'une importation, et qui consistent en une peine d'emprisonnement de 3 ans, la confiscation de l'objet de fraude, la confiscation des moyens de transport, la confiscation des objets servant à masquer la fraude et une amende comprise entre une et deux fois la valeur de l'objet de fraude, sont disproportionnées au regard de celles qui sont encourues en cas d'infraction à la TVA due sur une transaction réalisée à l'intérieur du territoire français, lesquelles se réduisent alors à une amende comprise entre une et deux fois le montant des droits éludés (article 411 du Code des douanes). La chambre criminelle a donc cassé les arrêts qui avait infligé, à un importateur ayant éludé la TVA, les peines prévues à l'article 414 du Code des douanes.

Le contrôle exercé au regard du principe communautaire de non-discrimination ne concerne pas seulement le fond du droit pénal mais également les règles de procédure. Dans un arrêt du 23 janvier 1997 (Eckehard Pastoors, aff. C-29/95, Rec. p. I-285), la Cour de justice des Communautés européennes a été amenée à interpréter le principe de non-discrimination au regard de la législation belge, qui prévoit qu'en cas d'infraction aux règlements 3820/85/CE et 3821/85/CE du Conseil (qui prescrivent un certain nombre de règles relatives aux temps de conduite et de repos dans le domaine des transports de marchandises par route), le contrevenant verbalisé a la possibilité soit de verser immédiatement une amende forfaitaire par infraction, ce qui éteint en principe l'action publique, soit, à défaut, de laisser courir, à son encontre, la procédure pénale prévue par la loi. Cette dernière option est, toutefois, soumise à une condition supplémentaire lorsque le contrevenant verbalisé n'a pas de domicile ou de résidence fixe en Belgique : dans ce dernier cas, il est tenu de consigner, par infraction, une somme égale à une fois et demie l'amende forfaitaire, cette somme étant destinée à couvrir l'amende et les frais de justice éventuels. La Cour de justice a jugé qu'une telle distinction, fondée sur le lieu de résidence, aboutissait à une discrimination à raison de la nationalité, dès lors que les personnes qui n'ont pas leur domicile ou leur résidence dans un Etat membre sont rarement des ressortissants de cet Etat et que si une telle discrimination pouvait, en principe, être justifiée par la difficulté particulière

qui s'attache à l'exécution des décisions de justice rendues contre les non-résidents, cette différence était, en l'espèce, disproportionnée dès lors, notamment, que le montant de la caution était supérieur de 50 % à celui de l'amende forfaitaire. Bien que le système français résultant de l'arrêté du 11 août 1998, pris pour l'application de l'article L. 26 du Code de la route, soit très proche du système belge, la Chambre criminelle a jugé qu'il n'était pas contraire à l'article 12 du traité CE, dès lors que "le montant de la caution, modulé selon un barème défini, compte tenu de la gravité de l'infraction, est égal à celui de l'amende forfaitaire prononcée lorsque cette procédure est applicable" (Crim. 19 juin 2001, Bull. n° 145*)*.

En tout état de cause, le principe de non-discrimination n'interdit pas certaines discriminations dites "à rebours". De telles discriminations apparaissent lorsque le traitement imposé par un Etat à ses propres ressortissants est moins favorable que celui dont bénéficient, dans cet Etat, les ressortissants des autres Etats membres qui invoquent le bénéfice des règles communautaires. Tel est le cas, notamment, à chaque fois que les dispositions communautaires en cause ont trait à la libre circulation des personnes, à la libre prestation de services ou à la liberté d'établissement et ne peuvent donc être invoquées que par des personnes ayant fait usage de l'une de ces libertés (V., par exemple, CJCE 3 octobre 1990, Nino et a., aff. C-54/88, C-91/88 et C-14/89, Rec. p. I-3537). La chambre criminelle a été amenée à se prononcer sur cette question à propos de la loi du 23 mai 1946, telle que modifiée par une loi du 22 mai 1987, qui réprime l'exploitation d'un salon de coiffure par des personnes qui ne sont pas en possession d'un brevet professionnel. Dans le but de mettre en oeuvre la directive 82/489/CEE du Conseil, du 19 juillet 1982, relative à l'exercice de la profession de coiffeur, la loi française prévoit que les personnes qui ont exercé la profession de coiffeur dans un autre Etat membre sont dispensées de la condition de diplôme. Cependant, cette dispense ne peut pas être invoquée par des personnes qui n'ont exercé leur activité qu'en France. Dans la pratique, elle bénéficie donc surtout à des étrangers. Une telle situation a été jugée non contraire au droit communautaire tant par la Cour de justice (CJCE 16 février 1995, Aubertin, aff. C-29 à C-35/94: Rec. p. I-301) que par la Chambre criminelle (Crim. 8 mars 1995, Bull. n° 95).

2. Études diverses

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DE LA CHAMBRE CRIMINELLE EN MATIÈRE DE CONTREFAÇON

Pascale BEAUDONNET
Conseiller référendaire à la Cour de cassation

La Chambre criminelle traite le contentieux de la contrefaçon en matière pénale, c'est-à-dire des atteintes, pénalement sanctionnées, portées à des droits de propriété intellectuelle.

Ces droits protègent la création, l'innovation et l'invention sous toutes leurs formes : droits des auteurs sur les oeuvres de l'esprit et "droits voisins" reconnus aux auxiliaires de la création littéraire et artistique, d'une part, droits de propriété industrielle d'autre part. La propriété industrielle regroupe notamment la protection des inventions techniques (brevet), des signes distinctifs (marque), de l'apparence d'un objet (dessins et modèles).

La création d'une oeuvre de l'esprit ou le dépôt d'une invention ou d'un signe auprès d'un office administratif confèrent au créateur ou au déposant, pendant un temps limité, le droit exclusif d'exploiter cette création et donc d'interdire à tout tiers de la reproduire ou de l'exploiter sans son consentement.

Facteurs de développement de la recherche, sources de richesse culturelle et économique, individuelle et collective, les droits de propriété intellectuelle sont protégés par l'action en contrefaçon que le titulaire des droits peut exercer par la voie civile afin de faire cesser la contrefaçon et d'obtenir réparation du préjudice qui en résulte.

Les atteintes sciemment portées à ces droits constituent également des infractions pénales prévues et réprimées par le Code de la propriété intellectuelle.

Le Ministère public prend parfois l'initiative des poursuites en la matière, mais les juridictions correctionnelles sont souvent saisies par citation directe ou à la suite de plaintes avec constitution de partie civile des titulaires des droits auxquels il est porté atteinte.

Ceux-ci semblent privilégier la voie pénale lorsque la preuve d'une contrefaçon, organisée ou transfrontalière, nécessite des investigations plus poussées que celles résultant d'une saisie-contrefaçon, ou lorsque des sanctions

pénales paraissent de nature à freiner, voire à mettre un terme, à une contrefaçon importante ou répétée.

En témoignent des décisions rendues par la Chambre criminelle en droit d'auteur et en droit des marques.

C'est ainsi, dans le cadre de poursuites engagées par l'auteur d'un logiciel, qu'un arrêt (Crim. 16 décembre 2003, pourvoi n° 03-80.002) a cassé la décision d'une cour d'appel rejetant les demandes de l'auteur alors que les prévenus avaient, sans son autorisation, mis sur le marché en France des exemplaires de ce logiciel, importés du Canada et réservés par l'auteur au marché canadien.

L'initiative d'une partie civile avait coïncidé avec celle du parquet dans une affaire relative à de multiples contrefaçons d'oeuvres de sculpteurs célèbres. En rejetant, le 22 mai 2002, le pourvoi formé par un prévenu condamné, la Chambre criminelle (pourvoi n° 01-86.156) rappelle notamment la protection du droit moral d'un auteur dont l'oeuvre est tombée dans le domaine public.

En droit des marques, la Chambre criminelle est souvent saisie de faits de contrefaçon résultant de l'utilisation par un fabricant de parfums, d'équivalences entre les parfums qu'il commercialise et ceux de marques connues, sans l'autorisation des titulaires de ces marques, à seule fin de tirer profit du prestige de celles-ci pour promouvoir ses propres produits. Par arrêt du 4 novembre 2003 (pourvoi n° 03-80.560), la Chambre, en retenant la contrefaçon, confirme sa jurisprudence, qu'elle estime compatible avec un arrêt de la Cour de justice admettant l'usage non autorisé de la marque d'autrui, mais dans des circonstances particulières et à des conditions très restrictives. (CJCE 14 mai 2002, Hölterhoff, aff. C-2/00).

En témoignent également plusieurs décisions intervenues dans le cadre de poursuites, engagées par des parties civiles, pour contrefaçon de dessins et modèles. Posant les questions de la protection de pièces détachées d'automobile par un droit de modèle, et de la licéité du transit de ces pièces dans un Etat membre, ces décisions illustrent certains aspects de l'intervention du droit communautaire en matière de propriété intellectuelle. Elles sont l'objet de la présente étude.

Le marché, très convoité, des pièces de rechange de carrosserie automobile est libre dans les Etats membres de la Communauté qui n'admettent pas leur protection par un droit de propriété intellectuelle. Ce n'est pas le cas en France où ces éléments sont notamment protégés par un droit de dessin ou

modèle, et donc objets de droits exclusifs.

Une telle disparité des législations des Etats membres crée des difficultés lors de la circulation de ces marchandises en Europe. Les difficultés n'ont pas toutes été résolues par la directive 98/71/CE du 13 octobre 1998 harmonisant partiellement la protection des dessins et modèles dans la Communauté : sur la protection, longtemps discutée, des pièces détachées, aucun accord n'a finalement pu être trouvé pour un rapprochement complet des législations des Etats membres.

La Chambre criminelle, en confirmant la protection par le droit des dessins et modèles de certaines pièces de rechange de véhicules, tire les conséquences de cet inachèvement de l'harmonisation des législations des Etats membres par la directive du 13 octobre 1998, transposée en droit français par l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001. (I)

Mais la protection de ces pièces par un droit national de propriété intellectuelle ne justifie pas toute restriction à leur libre circulation. A la suite d'un arrêt rendu le 26 septembre 2000 par la Cour de justice des Communautés européennes, la Cour de cassation modifie sa jurisprudence relative au transit de marchandises protégées par un droit de propriété intellectuelle. (II)

I - L'harmonisation inachevée de la protection des dessins et modèles par la directive CE du 13 octobre 1998 et les pièces détachées d'automobile

Certaines pièces détachées d'automobile sont-elles susceptibles de protection par le droit des dessins et modèles ? Si tel est le cas, le titulaire des droits peut agir en contrefaçon contre tout tiers portant atteinte aux droits découlant de la protection.

Avant comme après l'ordonnance de transposition du 25 juillet 2001, la question ne se pose que pour "les éléments participant à l'esthétique extérieure des véhicules automobiles" (G. Bonet. PI n° 6). Il s'agit essentiellement des éléments de lanternerie et de carrosserie : pièces de robe tels les capots, ailes, pare-chocs, rétroviseurs..., destinés à la réparation des véhicules. Ces pièces se distinguent des pièces de rechange mécaniques, qui ont été et demeurent exclues de la protection lorsque leur fonction est purement technique.

L'importance économique des enjeux de la protection (A), explique l'abondance du contentieux.

La jurisprudence française avait, avant l'ordonnance du 25 juillet 2001, admis que la loi française permettait la protection par un droit de dessin ou modèle des éléments de carrosserie réunissant les conditions générales de protection (B). Cette protection se cumulait et se cumule encore avec celle du droit d'auteur, dont il n'est pas ici question.

Après l'ordonnance de 2001, le dessin ou modèle protégeable est défini comme "l'apparence d'un produit, ou d'une partie de produit, caractérisée en particulier par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux", étant précisé que, par produit, il faut entendre : "tout objet industriel ou artisanal, notamment les pièces conçues pour être assemblées en un produit complexe..." (article L. 511-1 du Code de la propriété intellectuelle (CPI)). "Seul peut être protégé le dessin ou le modèle qui est nouveau et présente un caractère propre" (article L. 511-2 du CPI, complété par les articles suivants qui définissent ces notions).

Dans un arrêt du 9 septembre 2003 (Bull. n° 154), la Chambre criminelle admet que les pièces de carrosserie automobile sont encore, en application des textes issus de la transposition de la directive, susceptibles de bénéficier de la protection du droit des dessins et modèles. (C)

A - Les enjeux de la protection

L'enregistrement à l'institut national de la propriété industrielle d'un dessin ou d'un modèle répondant aux conditions de protection, procure à son titulaire un monopole d'exploitation en France de ce dessin ou modèle et le droit d'interdire à toute personne de l'utiliser sans son consentement : que ce soit pour le fabriquer, le vendre, l'importer..., sous peine de commettre le délit de contrefaçon.

L'enjeu de la protection des pièces de rechange par un droit de dessin ou modèle est économiquement important pour les constructeurs automobiles qui entendent bénéficier des droits garantis par la protection afin d'amortir les dépenses d'études engagées pour mettre au point un modèle de véhicule, et non entièrement récupérées par la vente des véhicules neufs.

Il l'est également pour les fabricants de pièces détachées, soutenus par les associations de consommateurs et les assureurs, qui souhaitent une libéralisation du marché des pièces de rechange automobile et donc l'exclusion de la protection de ces pièces par le droit des dessins et modèles.

Ces intérêts divergents font l'objet d'arbitrages différents selon les Etats membres de la Communauté. Entre une protection limitée au modèle de véhicule dans son ensemble, sans s'étendre aux pièces de rechange (solution

italienne) et une possible protection individuelle de chaque élément de rechange de carrosserie (France), plusieurs systèmes intermédiaires sont concevables.

Il avait par exemple été envisagé, mais non retenu, lors de l'élaboration de la directive du 13 octobre 1998, une clause dite de "réparation" permettant aux tiers, d'utiliser, à certaines conditions, un dessin ou modèle, tel celui d'une aile de voiture, pour réparer le produit complexe qu'est le véhicule. C'est la solution retenue depuis septembre 1997 par la Grèce : cinq ans après la première mise sur le marché, un tiers peut reproduire la pièce protégée, mais à seule fin de permettre la réparation d'un véhicule. Il doit en outre offrir au titulaire des droits une indemnité et informer le public sur l'origine de la pièce détachée.

B - Protection de certaines pièces de rechange par le droit des dessins et modèles avant l'ordonnance du 25 juillet 2001

Devant les juridictions, civiles ou pénales, les constructeurs automobiles invoquaient les droits de dessins et modèles dont ils sont titulaires sur leurs modèles de véhicules pour agir en contrefaçon à l'encontre des entreprises qui, sans leur accord, copiaient et produisaient en France des pièces détachés de carrosserie de leurs modèles, ou en importaient des copies, afin de les commercialiser sur le marché français de la réparation des véhicules.

Les droits revendiqués par les constructeurs étaient contestés aux motifs que le monopole résultant du droit de dessin ou modèle sur l'ensemble de la carrosserie ne doit pas s'étendre à ses diverses parties prises isolément, qu'une pièce de carrosserie ne présente pas, en elle-même, une physionomie distincte d'autres pièces du même genre et qu'enfin, la forme d'un élément détaché de carrosserie, indissociable de la fonction de remplacement qu'il remplit, n'est pas protégeable.

Cette argumentation n'avait pas été suivie. Par arrêt du 6 juin 1991 (Bull. n° 240), la Chambre criminelle admettait que "chaque élément de carrosserie d'automobile, objet d'un dépôt, exprimant une part de la pensée du créateur de l'ensemble, la protection légale qui s'attache au tout s'attache également à chacun de ces éléments constitutifs" et que, si un élément de carrosserie répond à un besoin technique, il participe aussi à "l'esthétique générale du modèle puisque, pour une fonction déterminée, il existe autant de formes que l'imagination des créateurs est susceptible d'en concevoir."

Dans le même temps, saisie par des juges britannique et italien de questions préjudicielles, la Cour de justice rappelait qu'en l'absence d'harmonisation des législations des Etats membres, "il appartient au législateur national de déterminer les produits qui peuvent bénéficier de la protection, alors

même qu'ils feraient partie d'un ensemble déjà protégé en tant que tel", et estimait la protection des éléments de carrosserie automobile par un droit national de modèle compatible avec le droit communautaire. (CJCE 5 octobre 1988, CICRA et Maximar, aff. 53/87 et CJCE du 5 octobre 1988 Volvo, aff. 238/87)

Ainsi, avant l'ordonnance du 25 juillet 2001, un constructeur automobile pouvait agir en contrefaçon à l'encontre de tout tiers qui fabriquait et commercialisait en France, sans son accord, des éléments de rechange de carrosserie reproduisant les pièces d'origine de ses véhicules ou importait dans ce pays des éléments de carrosserie similaires, mis en circulation sans son accord.

C - Maintien de la protection du droit des dessins et modèles après l'ordonnance du 25 juillet 2001

La directive a opté pour une solution d'attente (1). Les textes de transposition autorisent le maintien de la jurisprudence antérieure (2).

1° - La directive CE du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles

Les droits exclusifs conférés par la protection des dessins et modèles sont territoriaux : ils n'existent que dans les seuls pays où la protection a été demandée et obtenue et sont soumis dans chacun d'eux à la réglementation issue de la loi nationale.

Une disparité des législations des Etats membres est susceptible de fausser le jeu de la concurrence sur le marché intérieur pour les produits incorporant des dessins ou modèles et d'entraver la circulation des marchandises.

La directive a donc pour objectif de rapprocher les dispositions nationales ayant l'incidence la plus directe sur le fonctionnement du marché intérieur. L'harmonisation concerne principalement l'objet et les critères de la protection, les droits conférés et les rapports avec les autres formes de protection.

Un rapprochement total des législations n'ayant cependant pas, selon la directive, été "possible" pour les éléments de rechange de carrosserie, les Etats membres ont été invités à maintenir leurs dispositions existantes. Ces éléments de rechange sont ainsi visés par la "disposition transitoire" de l'article 14 de la Directive :

"Jusqu'à la date d'adoption des modifications apportées à la présente

Directive, sur proposition de la Commission..., les Etats membres maintiennent en vigueur leurs dispositions juridiques existantes relatives à l'utilisation du dessin ou modèle d'une pièce utilisée dans le but de permettre la réparation d'un produit complexe en vue de lui rendre son apparence initiale et n'introduisent des modifications à ces dispositions que si l'objectif en est de libéraliser le marché de ces pièces", c'est-à-dire de limiter les droits des constructeurs.

2° - La jurisprudence de la Chambre criminelle après la transposition de la directive

L'article L. 511-5 du CPI, issu de l'ordonnance de 2001, définit le produit complexe comme "un produit composé de pièces multiples qui peuvent être remplacées". Il admet la protection en tant que dessin ou modèle d'une pièce du produit complexe à condition qu'"une fois incorporée dans le produit complexe", la pièce reste "visible lors d'une utilisation normale de ce produit par l'utilisateur final" et que les "caractéristiques visibles de la pièce remplissent en tant que telles les conditions de nouveauté et de caractère propre."

Ce texte permet la protection des éléments de rechange de carrosserie automobile s'ils demeurent visibles lors de l'utilisation du véhicule assemblé. Sont ainsi exclues les pièces situées sous le capot, souvent déjà exclues de la protection en raison de leur fonction exclusivement technique.

Dans l'affaire précitée ayant donné lieu, le 9 septembre 2003, à un arrêt de rejet de la Chambre criminelle (Bull. n° 154), une cour d'appel avait, le 12 décembre 2001, mais sur le fondement des textes antérieurs à l'ordonnance du 25 juillet 2001, condamné pour contrefaçon des prévenus qui détenaient et commercialisaient en France des ailes, capots, boucliers et feux de modèles de véhicules Renault, sans l'accord de cette société.

Le pourvoi soutenait que la cour d'appel aurait dû faire application immédiate de la loi pénale nouvelle issue de l'ordonnance de 2001, plus douce en ce que les éléments de carrosserie relèveraient non de l'article L. 511-5, mais de l'article L. 511-8 du CPI, également issu de l'ordonnance, qui les exclurait de la protection des dessins ou modèles.

Selon l'article L. 511-8 du CPI : "N'est pas susceptible de protection :...
2° L'apparence d'un produit dont la forme et la dimension exactes doivent être nécessairement reproduites pour qu'il puisse être mécaniquement associé à un autre produit par une mise en contact, un raccordement, un placement à l'intérieur ou à l'extérieur dans des conditions permettant à chacun de ces

produits de remplir sa fonction...”

De lecture difficile, ce texte doit être interprété à la lumière des dispositions de la directive et de ses finalités. La directive vise ici les “dessins ou modèles d’interconnexions”. Il s’agit des raccords mécaniques qui permettent l’interopérabilité de produits de fabrications différentes. Et le considérant 14 précise que “les caractéristiques d’un dessin ou modèle qui sont exclues de la protection pour ces motifs ne devraient pas être prises en considération pour apprécier si d’autres caractéristiques de ce dessin ou modèle remplissent les conditions d’obtention de la protection.”

Il en résulte que, si les moyens mécaniques de fixation des éléments de carrosserie automobile sont exclus de la protection par application de l’article L. 511-8 du CPI, la forme de ces éléments demeure protégeable dans les conditions de l’article L. 511-5 du même Code.

Ainsi, après comme avant l’ordonnance du 25 juillet 2001, tout constructeur automobile est en droit d’interdire la fabrication en France ou l’importation dans ce pays, d’éléments de carrosserie de ses véhicules mis en circulation sans son accord et donc d’agir en contrefaçon à l’encontre des tiers qui méconnaîtraient ces interdictions.

Peut-il également invoquer ses droits de dessins et modèles en France afin d’interdire le transit sur ce territoire de pièces détachées qui y sont protégées ?

II - La libre circulation des marchandises et le transit des pièces détachées d’automobile

La Chambre criminelle avait admis que la seule circulation de pièces détachées, en transit sur le territoire français, porte atteinte aux droits du propriétaire du modèle dans ce pays et constitue ainsi un acte de contrefaçon.

Cette jurisprudence était appliquée même si les pièces reproduisant les modèles du titulaire des droits en France avaient été légalement fabriquées dans un Etat membre n’admettant pas leur protection, afin d’être licitement commercialisées dans un autre Etat membre (notamment Crim. 26 avril 1990, Bull. n° 160).

Selon cet arrêt, les règles communautaires relatives à la libre circulation des marchandises ne s’opposent pas à l’application de la législation nationale destinée à empêcher le transit de pièces protégées fabriquées sans son consentement.

Une décision, rendue le 26 septembre 2000 par la Cour de justice contre la République française (A), a conduit la Cour de cassation à remettre en cause sa jurisprudence (B).

A - L'arrêt "Pièces détachées" du 26 septembre 2000

Cet arrêt (CJCE 26 septembre 2000, Commission c/ France, aff. C-23/99) (2) apporte une nouvelle pierre à l'édifice construit par la Cour de justice afin d'établir un compromis entre le principe de libre circulation des marchandises et la légitime protection des droits de propriété intellectuelle (1).

1˚ - Libre circulation des marchandises et protection de la propriété intellectuelle

La libre circulation des marchandises à l'intérieur du territoire communautaire suppose la disparition des obstacles entravant la circulation des produits et marchandises d'un territoire à un autre. Sont donc interdites entre les Etats membres, les "restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes les mesures d'effet équivalent". (article 28 CE).

Les droits de propriété intellectuelle constituent en eux-mêmes une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative. Conférant à leurs titulaires un monopole d'exploitation exclusif et territorial, ils font obstacle aux échanges : un produit mis en circulation dans un Etat membre peut se heurter, lors de son importation dans un autre Etat membre, au droit de propriété intellectuelle dont il est l'objet dans ce dernier.

Parce qu'ils sont légitimes, ces droits sont reconnus et protégés par l'article 30 CE : "les dispositions des articles 28 et 29 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de....protection de la propriété industrielle ou commerciale. Toutefois ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres."

S'il est ainsi admis que les droits de propriété intellectuelle justifient des entraves à la libre circulation des marchandises, les juridictions, et notamment la Cour de justice, ont précisé les limites de cette dérogation. Encadrant l'exercice des droits de propriété intellectuelle, la juridiction communautaire n'admet de dérogation à la libre circulation des produits que dans la mesure où elles sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent "l'objet spécifique" de la propriété intellectuelle.

Restaient à définir les prérogatives qui relèvent de l'objet spécifique,

de la substance, de chaque droit de propriété intellectuelle, étant rappelé qu'en toute hypothèse, ces prérogatives s'épuisent par la première mise en circulation du produit sur le marché communautaire par le titulaire des droits ou avec son consentement.

2˚ - Le manquement constaté par l'arrêt "Pièces détachées"

Le Code français de la propriété intellectuelle prévoit, en matière de dessins et modèles, de marque, de droit d'auteur et de droits voisins, que l'administration des douanes peut, sur demande du titulaire des droits, retenir, lors de ses contrôles, des marchandises que ce titulaire de droits prétend être des contrefaçons. La retenue est levée de plein droit si le demandeur ne justifie pas, dans les dix jours de la notification de la retenue des marchandises, de la saisine d'une juridiction civile ou correctionnelle (articles L. 335-10, L. 521-7, L. 716-8 du CPI).

Les autorités douanières françaises, estimant que le transit en France de copies non autorisées de pièces détachées d'automobile, objets d'un droit de propriété intellectuelle en France, constituait un acte de contrefaçon, retenaient en douanes des pièces fabriquées dans un Etat membre qui n'admet pas leur protection (Espagne) et destinées à être commercialisées dans un autre Etat membre qui ne l'admet pas davantage (Italie).

La Commission des Communautés européennes a introduit devant la Cour de justice un recours en manquement contre la France, visant à faire constater qu'"en mettant en oeuvre, sur le fondement du code de la propriété intellectuelle, des procédures de retenue par les autorités douanières dirigées contre des marchandises légalement fabriquées dans un Etat membre de la Communauté européenne et destinées, après avoir transité par le territoire français, à être mises sur le marché d'un autre Etat membre où elles peuvent être légalement commercialisées, la République Française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 30 du traité (devenu, après modification, article 28 CE)."

La Cour de justice, complétant sa jurisprudence en matière de libre circulation des marchandises, admet le manquement dans les termes proposés.

Après avoir constaté que la retenue en douanes prévue par la législation française a pour effet de restreindre la circulation des marchandises, circulation qu'elle retarde et bloque en cas de confiscation des marchandises, la Cour examine si l'entrave à la circulation des marchandises résultant de la retenue en douanes de marchandises en transit est justifiée par la nécessité de sauvegarder des droits qui constituent l'objet spécifique de la propriété industrielle et commerciale.

La Cour rappelle qu'en matière de dessins et modèles, elle a déjà admis que la faculté pour le titulaire d'un modèle protégé d'empêcher des tiers de fabriquer et de vendre ou d'importer, sans son consentement, des produits incorporant le modèle relève de l'objet spécifique de son droit (arrêts précités CJCE du 5 octobre 1988).

Il en est ainsi car la fabrication, la vente et l'importation impliquent l'utilisation par un tiers de l'apparence du produit que le droit sur les dessins et modèles vise à protéger. En outre, l'autorisation donnée à un tiers d'utiliser l'apparence d'un modèle original, en fabriquant ou commercialisant des pièces identiques, donne lieu au paiement de redevances au titulaire du droit.

Contrairement à ces actes, le transit intracommunautaire, que l'arrêt définit comme consistant à "transporter des marchandises d'un Etat membre à un autre en traversant le territoire d'un ou de plusieurs Etats membres", n'implique aucune utilisation de l'apparence du dessin ou modèle protégé. En outre, ce transport ne donne pas lieu à contrepartie lorsqu'il est effectué par un tiers avec l'autorisation du titulaire de droit.

La Cour conclut que "le transit intracommunautaire ne relève donc pas de l'objet spécifique du droit de propriété industrielle et commerciale sur les dessins ou modèles." La protection de ce droit ne peut donc justifier l'entrave à la libre circulation des marchandises occasionnée par la retenue en douanes de marchandises en transit intracommunautaire.

Il en résulte que le simple transit sur le territoire français de marchandises protégées dans ce pays par un droit de propriété intellectuelle, ne constitue pas un acte de contrefaçon lorsque ces marchandises ont été légalement fabriquées dans un Etat membre et sont destinées à être mises sur le marché d'un autre Etat membre, où elles peuvent être légalement commercialisées.

La conception stricte de la théorie de l'objet spécifique ainsi retenue par la Cour de justice a conduit la Cour de cassation à revoir sa jurisprudence.

B - Les décisions postérieures à l'arrêt "Pièces détachées"

De nouveaux litiges ont permis aux juridictions française et communautaire d'appliquer ou de compléter l'arrêt du 26 septembre 2000.

1° - Crim. 3 septembre 2002 Bull. n° 155

Tirant les conséquences de l'arrêt du 26 septembre 2000, la Chambre criminelle, revenant sur sa jurisprudence antérieure, approuve la relaxe d'un prévenu poursuivi pour contrefaçon de modèles à la suite de la retenue en douane de pièces détachées d'automobile légalement fabriquées dans un Etat membre de la Communauté (Italie) et destinées, après avoir transité par le territoire français, à être mises sur le marché d'un autre Etat membre où elles peuvent être légalement commercialisées.

2° - CJCE 23 octobre 2003, Rioglass, aff. C-115/02 : pièces destinées à être commercialisées dans un pays tiers

Dans le cadre d'un litige opposant l'administration des douanes à deux sociétés de droit espagnol au sujet de la retenue en France, pour soupçon de contrefaçon de marque, de pièces détachées pour automobiles produites en Espagne et transportées par la France à destination de la Pologne, la Cour de justice répond en ces termes à une question préjudicielle posée par la Chambre commerciale de la Cour de Cassation (Com. 26 mars 2002 Bull. n° 58) :

"L'article 28 CE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à la mise en oeuvre, en application d'une législation d'un Etat membre en matière de propriété intellectuelle, des procédures de retenue par les autorités douanières dirigées contre des marchandises légalement fabriquées dans un autre Etat membre et destinées, après avoir transité sur le territoire du premier Etat membre, à être mises sur le marché d'un pays tiers."

Après avoir reconnu l'existence "d'un principe général de liberté du transit des marchandises à l'intérieur de la Communauté" et confirmé que les dispositions des articles 28 à 30 CE sont applicables à des marchandises en transit à travers un Etat membre mais à destination d'un Etat tiers, la Cour reprend le raisonnement déjà suivi dans son arrêt du 26 septembre 2000, en l'appliquant aux droits de marque en cause.

Analysant l'objet spécifique du droit de marque, la Cour constate que la mise en oeuvre de la protection est liée à la commercialisation des produits. Comme pour le modèle, l'arrêt distingue la commercialisation du transit des marchandises, insusceptible de porter atteinte à l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle, mais précise que le fait que les marchandises seront ultérieurement commercialisées dans un Etat tiers, ne saurait altérer le caractère de l'opération de transit, laquelle de par sa nature, ne constitue pas une mise sur le marché.

3° - Crim. 2 décembre 2003, pourvoi n° 02-88.459, en cours de publication : pièces fabriquées dans un Etat tiers

Qu'en est-il lorsque des pièces n'ont pas été légalement fabriquées dans un Etat membre, et notamment ont été fabriquées dans un pays tiers ?

Dans des poursuites engagées pour contrefaçon de modèles et de marques contre un exportateur italien, à la suite de la retenue en douanes de marchandises en transit provenant d'Italie et destinées à être commercialisées en Belgique, une cour d'appel, se référant à l'arrêt du 26 septembre 2000, avait rejeté les demandes du constructeur après avoir relaxé le prévenu des fins de la poursuite.

Or, dans ses écritures, le constructeur faisait valoir que certaines pièces détachées en cause, des pare-chocs, avaient été fabriquées à Taïwan. Il soutenait que la fabrication à Taïwan avait eu lieu sans son consentement et que ces pièces étaient destinées à être commercialisées en Belgique où elles sont protégées par un droit d'auteur.

Ces conclusions étaient demeurées sans réponse. Il n'avait notamment pas été examiné si les pièces litigieuses, qui, selon la partie civile, étaient des produits de contrefaçon, étaient ou non soumises au principe de libre circulation des marchandises. Il appartiendra à la cour de renvoi, saisie après cassation, de vérifier ces points de fait et de droit.

Trois observations concluront cette étude :

En raison du manquement constaté par la Cour de justice le 26 septembre 2000, le législateur français sera amené à modifier les dispositions du Code de la propriété intellectuelle relatives aux retenues en douanes.

De façon plus générale, force est de constater que, bien que l'harmonisation en Europe des dispositions nationales de fond en matière de propriété intellectuelle soit très poussée et permette un contrôle communautaire unificateur, la persistance de divergences alimente un contentieux abondant que ne peut qu'en partie tarir l'application des règles du Traité.

Il en est ainsi des titres nationaux, mais non des titres communautaires, avec lesquels ils coexistent. Marques et modèles communautaires, respectivement créés par les règlements du Conseil n° 40/94 du 20 décembre 1993 et n° 6/2002 du 12 décembre 2002, sont en effet des titres uniques qui ont des effets juridiques uniques dans l'ensemble des pays de l'Union européenne.

LIBERTÉ – EGALITÉ – CONTRAT
LE SOLIDARISME CONTRACTUEL EN DOCTRINE ET DEVANT LA COUR DE CASSATION

Jean CEDRAS
Avocat général à la Cour de cassation en service extraordinaire

Les hommes naissent-ils et demeurent-ils libres et égaux en droit des contrats ?

A cette question, les classiques répondent pour l'essentiel par l'affirmative. Ils tiennent que la formation du contrat est libre et sa force obligatoire implacable. C'est l'Ecole de l'autonomie de la volonté, qui gouverne la quasi-totalité du droit positif des contrats.

Mais une doctrine dite du « solidarisme contractuel » adopte une vue opposée. Pour elle, la liberté postule l'égalité des parties, or celles-ci sont bien souvent *de facto* inégales. Le contrat n'est donc pas librement formé et sa force obligatoire doit être assouplie au bénéfice du plus faible. Entendu comme l'union des cocontractants en vue d'atteindre un but commun, le solidarisme contractuel implique un certain altruisme de l'un, qui doit prendre en considération, voire en charge, les intérêts de l'autre, lui consentant au besoin quelques sacrifices.[1] Chacune de ces deux Ecoles part de postulats, par essence invérifiables et diamétralement opposés, qui se rattachent à une certaine vision de l'homme dans la société.

Pour les autonomistes, les hommes à l'état de nature sont libres. Mais, raisonnables et sociaux, ils constituent la société par leur accord librement donné. D'eux-mêmes, ils découvrent le droit naturel, à savoir ce que leur raison leur montre comme convenant à leur état social. Au rang des dogmes naturels de la vie en société se trouvent les deux idées fortes du libéralisme individualiste : celle de la liberté primordiale de l'homme et celle ramassée dans la maxime *Pacta sunt servanda*. C'est l'Ecole du droit naturel et des gens, illustrée par Grotius et son disciple Pufendorf, par Locke et bien plus tard popularisée par Rousseau. Le Code civil a largement repris cette philosophie.

Au rebours, s'est bâtie l'Ecole solidariste. Non, les hommes ne naissent pas libres et égaux ! Ils naissent dans une société déjà constituée et se trouvent

[1] Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in* « Le contrat au début du XXIème siècle », Etudes offertes à J. Ghestin , L.G.D.J. 2001 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *in* « L'avenir du droit », Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz, 1999 (dir.de) Ch. Jamin et D. Mazeaud, "la nouvelle crise du contrat", Dalloz 2003 et (dir. de) L. Grynbaum et M. Nicod, « Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ? », à paraître, Economica, 2004.

pris d'emblée dans un réseau de relations sociales contraignantes. L'homme isolé et indépendant est pure fiction. L'homme est par nature un être social.[2] Il naît « *débiteur de l'association humaine* ».[3] Son état naturel n'est pas la liberté, c'est l'interdépendance et la solidarité sociale : il bénéficie des avantages d'une société préconstituée, il a envers ses membres une dette de solidarité. Cette Ecole est apparue à la fin du XIXème siècle sur la critique de l'autonomie de la volonté. Le solidarisme, illustré par Léon Bourgeois, notable radical, a été l'idéologie officielle de la IIIème République. Le terme, d'apparence scientifique comme le voulait l'époque, a été préféré à « charité » (connoté religieusement) ou à « fraternité » (sentimental et daté).

Chacune de ces doctrines développe ses déductions quant à ce que doit être le droit des contrats (I).[4] On vérifiera ensuite la positivité du solidarisme devant la Cour de cassation (II).

I - Solidarisme contre autonomisme

Le solidarisme critique l'autonomisme contractuel (A). Mais il s'expose à réfutation de la part de ce dernier (B).

A - La critique solidariste de l'autonomisme contractuel

Est-il nécessaire de rappeler que, pour l'Ecole autonomiste, les cocontractants sont seuls juges de l'opportunité et du contenu du contrat ? Que le dogme fondateur de la liberté primordiale de l'individu, inséparable de la notion de contrat social, est le cœur même du libéralisme économique ? Que le contrat ne peut être que juste car, étant le fruit de négociations libres entre égaux, il est nécessairement le point d'équilibre de leurs intérêts antagonistes ? Qu'il donne naissance à des droits subjectifs, prérogatives assurant à chacun une satisfaction naturellement égoïste ? Que seule la force obligatoire des conventions peut garantir la sécurité juridique ? Que ni le législateur ni le juge ne doivent intervenir dans le contrat, sauf pour assurer l'efficacité de ses

---

[2] L. Duguit, « Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon », Félix Alcan, 1920, p. 18.

[3] L. Bourgeois, « Solidarité », Paris, Armand Colin, 1896, p. 116.

[4] *Mutatis mutandis*, la théorie économique connaît un débat analogue entre les deux modèles du capitalisme (voir Michel Albert, « Capitalisme contre capitalisme », Le Seuil, 1991). L'auteur distingue le modèle rhénan, ou de l'économie sociale de marché, caractérisé par le consensus social et le souci de l'environnement contractuel et le modèle néo-américain de l'Ecole de Chicago (Milton Friedman), individualiste, dont le profit est la seule loi. Il constate, à regret, la victoire du second (« autonomiste ») sur le premier (« solidariste »).

stipulations ?

1˚ - La critique de l'autonomisme

A cela, le solidarisme objecte que la libre volonté et l'égalité sont des mythes, voire des tromperies quand les parties sont inégales en force. Sous une neutralité apparente, le droit classique des contrats sert en réalité le libéralisme économique et s'accommode de son cortège de duretés. L'autonomisme donne l'image, délicieuse pour lui seul, du renard flânant dans le poulailler, en toute liberté contractuelle. Or, depuis la fin du XIXème siècle, on s'est aperçu que beaucoup de contrats entre puissants et faibles n'étaient pas justes parce qu'ils n'étaient pas négociés. Les classes laborieuses souffraient de ce que les contrats assurant la ressource aux *humiliores*, tels le contrat de travail, aussi bien que les contrats permettant la dépense quotidienne (bail d'habitation, transport, assurance, etc.) étaient des contrats d'adhésion, rédigés par les plus forts à leur bénéfice. Les solidaristes se sont alors livrés à la critique du droit subjectif tel qu'entendu classiquement, c'est à dire exercé dans une finalité égoïste. La critique est radicale chez le publiciste Duguit, qui entend réduire le droit subjectif à sa fonction sociale,[5] adoucie chez Saleilles,[6] édulcorée chez Demogue.[7] Dans cet esprit, le législateur ou le juge ont dû entreprendre de reconstituer la solidarité naturelle entre les hommes, née de leur commune appartenance au corps social. Au profit des catégories sociales faibles, ils ont créé ou développé diverses obligations précontractuelles ou contractuelles à la charge des *potentiores* pour que ces derniers n'abusent point de leur situation. La loi solidariste a donc soustrait, en tout ou en partie, certains domaines à la liberté contractuelle, par exemple les retraites, la sécurité sociale, le surendettement des particuliers, la législation HLM et les baux réglementés, la consommation, etc. Elle a imposé l'ordre public économique, de direction ou de protection. Mais il y a aussi un solidarisme judiciaire par lequel il appartient au juge de sanctionner les abus de puissance économique qui n'ont pas été prévenus par la loi : protection méticuleuse du consentement, chasse aux clauses abusives, abus de droit…

---

[5] En dernier lieu « Traité de droit constitutionnel », 3ème éd., tome 1, 1927, pp. 37, 316 s. et 380.

[6] Voir les propos de cet auteur sur la nature juridique des contrats d'adhésion, « De la déclaration de volonté », Pichon, 1901. R. Saleilles propose la création d'obligations nouvelles à la charge du rédacteur du contrat d'adhésion. Il formalise aussi la théorie des risques en matière d'accidents du travail.

[7] R. Demogue, « Traité des obligations en général », Arthur Rousseau, 1923 – 1931. E. Gounot veut faire du contrat « *un principe d'union et de solidarité* », « Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique », Dijon, 1912, p. 376.

2° - La vision solidariste

Le solidarisme contractuel veut rétablir un certain équilibre de droits entre des parties inégales de fait. Il propose une nouvelle vision du contrat, adaptée aux relations contractuelles inégalitaires. Il adopte le principe de réalité, suivant Gény, Gounot et Duguit dans leur dénonciation des abstractions logiques (l'homme abstrait est libre) et des fictions métaphysiques. Les hommes étant concrètement inégaux, ils ne peuvent tous exercer pleinement les droits dont ils sont titulaires. Tout en réprouvant la vision autonomiste du droit subjectif, les solidaristes gardent la volonté comme source de l'effet obligatoire, mais en soumettent la validité aux exigences sociales supérieures du solidarisme.[8] Les auteurs du début du siècle dernier et leurs épigones contemporains s'appuient sur une lecture dynamique, voire magnifiante, des notions de bonne foi de l'article 1134 et d'équité de l'article 1135 du Code civil. Et il est admis par tous, se remémorant le projet de Code civil de l'An VIII, que l'obligation de bonne foi s'applique non seulement à l'exécution mais aussi à la formation de la convention.

Aussi les parties doivent-elles s'entraider tant dans la formation que dans l'exécution du contrat, chacune prenant en compte les intérêts légitimes de l'autre. Lors de l'exécution notamment, au-delà de la simple obligation (passive) de ne pas la rendre difficile ou impossible par le cocontractant, il pèse sur chacun une obligation (positive) de collaborer à la réalisation de l'objet du contrat. C'est que le contrat est une œuvre de coopération entre individus, « *une sorte de microcosme, une petite société où chacun doit travailler dans un but commun* », disait Demogue.[9] Le contrat doit être un haut lieu de solidarité, d'amitié voire d'amour fraternel.[10]

Le levier du solidarisme contre la lettre du contrat, c'est naturellement le juge, partout où la loi n'a rien prévu. Le juge solidariste ne se tourne pas vers le passé, pour sanctionner les comportements, mais vers l'avenir, pour réorganiser la construction contractuelle défaillante.[11] Il doit exercer sur la formation et sur l'exécution du contrat un contrôle qui évite les abus de

---

[8] Ch. Jamin, « Plaidoyer… » préc p. 448.

[9] R. Demogue, *op. cit.*, tome 6, chap. 1, p. 9 (1931)

[10] A. Sériaux, Droit des obligations, 2ème éd., P.U.F. 1998, n° 55 ; Mme Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », Rev. trim. dr. civ. 1997, p. 376 ; D. Mazeaud, « Loyauté… » préc.

[11] Voir par exemple Gounot, qui recommande au juge d'adopter un raisonnement téléologique pour sauver l'objectif poursuivi par le contrat, *op. cit*. p. 201.

puissance. Par exemple, il doit réputer non écrite la clause de responsabilité abusive, il doit veiller à ce que la clause résolutoire soit invoquée de bonne foi, il doit imposer la renégociation au contractant dominant lorsque des circonstances économiques, nouvelles et imprévues lors de sa conclusion, ont déséquilibré le contrat au point que l'intérêt en vue duquel la partie faible avait contracté a disparu. Allant plus loin, les solidaristes sont favorables à la révision judiciaire pour imprévision : le juge administratif ne l'admet-il pas ? Et par ailleurs n'y aurait-il pas quelque hypocrisie à permettre au juge d'imposer la renégociation aux parties, tout en lui interdisant de réviser lui-même ?[12] Plutôt que d'assurer l'intangibilité abstraite du contrat, le juge doit favoriser la réalisation concrète de ses objectifs.[13]

Pour certains auteurs solidaristes, tous les contrats synallagmatiques sont concernés, même ceux qui ne réalisent qu'un échange, une permutation instantanée de biens. Pour d'autres, le domaine d'élection du solidarisme réside dans les contrats-organisation, spécialement les contrats d'assujettissement, qui font en réalité de l'un le sujet de l'autre, au point qu'on a pu parler d'une résurgence de la féodalité.[14] Il s'agit de relations contractuelles de dépendance, souvent exclusives, qui poursuivent un projet commun, peuvent s'adresser à la même clientèle et s'inscrivent dans une longue durée, tels les contrats de distribution.

C'est notamment lorsque ces contrats sont rompus que la doctrine solidariste doit s'appliquer. La judiciarisation du contrat mène au contrôle de la gestion du réseau par le juge. Ce dernier doit alors apprécier les motivations de celui qui rompt, faisant ainsi naître à sa charge une obligation de motiver.

B - La réfutation autonomiste du solidarisme contractuel

Les réfutations, nombreuses et vigoureuses, de la majorité de la doctrine, se situent tant sur le plan de la vision de l'homme que sur celui de la théorie juridique.

1˚ - Sur le plan de la vision de l'homme

N'y a-t-il pas naïveté, angélisme, romantisme et pour tout dire

---

[12] H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », Mélanges F. Terré, Dalloz 1998, p. 656.

[13] Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'art. 1134 du Code civil », Droit et patrimoine, mars 1998, p. 58.

[14] Ch. Jamin, « Plaidoyer… », *op. cit.*, *in fine*.

bovarysme contractuel à colorier le lien d'obligation d'amour, d'amitié et de fraternité ? De l'amour fraternel entre locataires et bailleurs ? Entre salariés et patrons ? « *On s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en contrat, certains aient rêvé de transformer tout contrat en mariage* ».[15] N'y a-t-il pas irénisme à vouloir à toute force concilier les inconciliables ? De plus, en faisant du faible une sorte d'incapable, le solidarisme n'attente-t-il pas à sa liberté et à sa dignité? Enfin le solidarisme ne serait-il pas le fourrier d'une sorte de collectivisme doucereux et rampant ?

2˚ - Sur le plan de la théorie juridique

En premier lieu, le solidarisme mêle droit et morale, alors que leur distinction est fondamentale.

En deuxième lieu, on peut se demander si le solidarisme contractuel est vraiment une notion autonome. Expliquer par le solidarisme toutes les restrictions apportées à la liberté contractuelle est abusif. Les solutions jurisprudentielles revendiquées par les solidaristes peuvent aussi bien s'expliquer par le recours à des figures qui restent en bonne part classiques, même si elles ont subi une certaine teinture solidariste, par exemple la bonne foi, variable traditionnelle d'ajustement de l'équilibre contractuel, l'ordre public économique de protection, ou encore la cause du contrat, entendue comme couvrant les motifs entrés dans le champ contractuel. L'obligation de renseignements dans la formation de certains contrats sert à éclairer la volonté du plus faible, à prévenir ses possibles erreurs, dans une optique raisonnable de liberté contractuelle. L'apport du solidarisme y est marginal, qui se traduit par une exigence plus forte en ce domaine. Même observation lorsque le juge contrôle si l'exécution est conforme aux prévisions raisonnables des parties, non seulement celles exprimées par les stipulations mais aussi celles induites par la bonne foi ou l'équité : ce contrôle n'est en rien contraire à la force obligatoire classique du contrat. De nouveau, en quoi le solidarisme innove-t-il ? La notion ne serait-elle que descriptive ?

En troisième lieu, observation fondamentale, le solidarisme sape la force obligatoire du contrat et donc la sécurité des transactions. Concept mou et imprécis, il est porteur d'imprévisibilité. Partant, il ouvre à la chicane. Les tribunaux seront débordés. Dès qu'un commerçant fera de mauvaises affaires, dès qu'il ne constatera pas la survenance des profits qu'il espérait, il se tournera vers le juge pour lui demander d'obliger l'autre partie à renégocier, voire à

---

[15] Observation malicieuse du Doyen J. Carbonnier, Droit civil, Les obligations, 22ème éd., P.U.F. n˚ 114.

rééquilibrer lui-même. A chaque variation de la conjoncture économique, on entrera dans une phase de négociations, qui pourrait bien devenir permanente.[16] Mais penser ainsi, agir ainsi, c'est oublier que le contrat successif est avant tout acte de prévision[17] et que la vie des affaires implique la prise de risques. Quant à l'argument *a pari* de la révision administrative, il n'est gère convainquant. On sait que le juge administratif se reconnaît la possibilité de réviser un contrat administratif que des circonstances extérieures et imprévisibles lors de sa conclusion ont déséquilibré au point que son exécution, sans être impossible, est devenue lourdement déficitaire pour le contractant privé. Alors, dit ce juge, le contrat doit se poursuivre et l'Administration prend à sa charge une partie du déficit. Mais la solution s'explique par la nécessité de la continuité du service public, ou si l'on veut, par l'intérêt bien compris de l'Administration concédante et non par équité ou altruisme au bénéfice de l'entreprise concessionnaire.[18]

Enfin, livrer le contrat au juge, en faire un ministre d'équité, implique un fort risque d'arbitraire. L'unique devoir du juge doit être de veiller à l'efficacité des stipulations telles que les parties ont cru bon de les exprimer, le cas échéant de les interpréter à la lumière de leur commune intention, telle qu'il la découvre.

Tel est le débat. Observons à présent ce qu'en dit la Cour de cassation.

II - La réception du solidarisme contractuel par la Cour de cassation

Identifier l'influence du solidarisme dans les arrêts est tâche difficile. La Cour de cassation ne se réfère jamais explicitement à une doctrine plutôt qu'à l'autre. Il faut donc apprécier le traitement qu'elle réserve aux pierres de touche du solidarisme, telles que mises au jour par la doctrine : vigueur de l'ordre public économique de protection, ampleur de l'exigence de bonne foi et d'entraide dans la formation et dans l'exécution, mise à l'écart des clauses abusives de limitation de responsabilité, bonne foi dans l'invocation de la clause résolutoire, obligation de renégocier en présence d'un déséquilibre

---

[16] Voir notre étude « L'obligation de négocier », Rev. trim. dr. com. 1985, p. 264 s.

[17] H. Lécuyer, op. cit., p. 643.

[18] C.E. 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, GAJA 13ème éd. p. 127, concl. Chardenet ; voir aussi C.E. 4 juin 2000, *Commune de Staffelfelden*, CJEG 2000, p. 473, concl. Bergeal.

économique imprévisible et ruineux…

Nombre d'arrêts convoqués par la doctrine solidariste sont de rejet et mentionnent que la cour d'appel « *a pu* » décider (estimer, déduire, etc.). Marque d'un contrôle restreint (ou « léger »), portant essentiellement sur la logique interne de la décision déférée, cette locution indique que la Cour de cassation ne désapprouve pas, dès lors que les juges du fond n'ont pas commis une erreur manifeste d'appréciation. Ils expriment moins une approbation qu'une absence de désapprobation en l'état des faits relevés par les juges du fond. Ces arrêts ne peuvent donc faire jurisprudence. Par suite, il est imprudent d'en déduire ce qu'est la doctrine de la Cour de cassation. Il faut également tenir compte de la publication au Bulletin, décidée ou non par la chambre. Cette publication donne une indication précieuse sur la portée qu'entend conférer la Cour de cassation à la décision considérée.

On s'intéressera successivement aux stades de la formation (A), de l'exécution (B) puis de la cessation du contrat (C), sans dissimuler que la porosité de ces catégories et leur interdépendance rendent la distinction un peu artificielle.

A - Le solidarisme lors de la formation du contrat

La formation du contrat est encadrée, au bénéfice de la partie faible, de formalités imposées par l'ordre public économique de protection. Dans les années 1980, il était admis que le juge puisse relever d'office un moyen tiré de cet ordre public (Civ. 1ère, 22 mai 1985, Bull. n° 159 ; Civ. 3ème, 20 novembre 1985, Bull. n° 153). Tel n'est plus le cas aujourd'hui (Com. 3 mai 1995, B. n° 128 et Civ. 1ère, 15 février 2000, Bull. n° 49). La généralité des termes utilisés dans ce dernier arrêt laisse à penser qu'il n'est pas cantonné aux contrats de crédit mais consacre une solution d'ensemble selon laquelle le juge ne peut appliquer une disposition de protection si la partie protégée ne le lui demande pas. En d'autres termes, l'intérêt social en jeu n'autorise pas aujourd'hui le juge à pallier la carence de la partie faible. Cause ou conséquence de la nature relative de la nullité ? Toujours est-il que l'observation est d'une grande portée pratique dans la mesure où devant le juge d'instance, juge naturel de la consommation, la partie faible agit souvent sans avocat.

C'est au travers des vices du consentement et de la cause que le solidarisme est mis à l'épreuve.

1° - Les vices du consentement

Traditionnellement, la jurisprudence, soucieuse d'assurer la stabilité des contrats, donnait une acception étroite des vices du consentement. Une évolution est perceptible.

a) Réticence dolosive et obligation d'informer

La Cour de cassation hésite aujourd'hui entre deux conceptions.

Dans la conception libérale et classique, la réticence dolosive consiste à ne pas exécuter intentionnellement une obligation d'informer préexistante.

Par exemple, Civ.1ère, 3 mai 2000 (*Photographies de Baldus*), Bull. n° 131, cassation au visa de l'art. 1116 c. civ. : « *aucune obligation d'information ne pesait sur* l'acheteur » et la cour d'appel a violé ce texte en décidant l'annulation d'une vente de photos à un prix très inférieur à celui du marché de l'art alors que l'acquéreur, qui en connaissait la valeur vénale, l'avait tue au vendeur. La réticence d'une partie n'est pas dolosive lorsque l'erreur commise par l'autre est inexcusable.

Mais nombre d'arrêts récents, assignant une importance accrue à la bonne foi dans la formation du contrat, estiment que chacun est spontanément débiteur d'une obligation d'informer susceptible de déterminer le consentement de l'autre. La réticence dolosive est caractérisée dès lors que l'information n'est pas donnée. Elle rend toujours excusable l'erreur provoquée.

Com. 27 février 1996, Bull. n° 65 (rejet) : la cour d'appel « *a pu retenir* » la réticence dolosive du dirigeant de société qui avait « *manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé* » en profitant d'informations privilégiées qu'il avait dissimulées à un autre associé pour acquérir à un certain prix les actions de ce dernier et les revendre à un prix supérieur alors que s'il avait connu ces informations, l'associé vendeur n'aurait pas contracté au prix convenu. Mais la solution, rendue au terme d'un contrôle restreint, paraît devoir être cantonnée aux relations entre associés et dirigeants, relations qui impliquent une confiance particulière.

Même observation pour Civ. 3ème, 15 novembre 2000, Bull. n° 171 (rejet) : la cour d'appel « *a pu déduire que le dol était constitué* » de la part d'un acquéreur qui, ayant connaissance de la richesse de la composition du sous- sol, avait laissé le vendeur dans l'ignorance de ce fait, avait indiqué une destination inexacte dans le projet d'acte authentique et s'était en outre dissimulé derrière un prête-nom.

La solution est nettement affirmée par Civ. 3ème, 21 février 2001, Bull. n° 20 (cassation) : réticence dolosive du vendeur d'un hôtel qui n'a pas informé l'acheteur de l'absence d'autorisation d'exploitation et de la non conformité des locaux aux normes de sécurité. Les motifs de la cour d'appel ne permettent pas d'exclure la réticence dolosive malgré le caractère inexcusable de l'erreur de la victime, professionnel qui s'était abstenu de procéder à des vérifications élémentaires, au motif que « *la réticence dolosive… rend toujours excusable l'erreur provoquée* » (en dernier lieu, Civ. 3ème, 16 septembre 2003, non publié, pourvoi n° 02-13.234 ; voir aussi Civ. 1ère, 23 mai 1997, Bull. n° 244).

Dans le même sens, Civ. 1ère, 15 mai 2002, Bull. n° 132 (cassation) : réticence dolosive du vendeur professionnel d'un véhicule d'occasion accidenté, tenu d'une obligation de renseignement, même si la demanderesse n'a pas rapporté la preuve d'une dissimulation. Ainsi, faisant prévaloir l'aspect délictuel du dol sur celui de vice du consentement, la Cour de cassation marque-t-elle une exigence accrue du devoir de contracter de bonne foi, laissant dans l'ombre et sans objet la question du devoir de la victime de se renseigner, même ci cette dernière a commis une erreur inexcusable.

Le raisonnement n'était guère éloigné en matière de cautionnement, où la bonne foi a paru devenir une obligation autonome : Civ. 1ère, 16 mai 1995, non publié, pourvoi n° 92-20.976 (rejet). La cour d'appel a légalement justifié sa solution par ce seul motif qu' « *a manqué à son obligation de contracter de bonne foi* » un cautionnement le créancier qui savait la situation de son débiteur irrémédiablement compromise et qui avait laissé la caution dans l'ignorance de ce fait. Dans le même sens, Com. 17 juin 1997, Bull. n° 188 (la disproportion manifeste entre l'engagement de la caution et sa situation patrimoniale exclut la bonne foi du créancier). Mais dans des circonstances semblables à celles du dernier arrêt cité, la Chambre commerciale, (8 octobre 2002, Bull. n° 136, *Nahoum*, rejet par substitution d'un motif de pur droit) remet en cause le principe de proportionnalité en droit du cautionnement. Les cautions, dirigeants sociaux de la société cautionnée, n'ayant jamais allégué « *que la banque aurait eu sur leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération immobilière entreprise par la société des informations* (qu'elles-mêmes) *auraient ignorées, ne sont pas fondées à rechercher la responsabilité de cette banque* » en raison d'une disproportion entre le montant de leur engagement et leurs capacités financières (voir déjà Com. 26 mars 2002, Bull. n° 57 en matière de crédit immobilier excessif).

b) Contrainte économique et violence

« *La contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion* » : Civ. 1ère, 30 mai 2000, Bull. n° 169 (cassation au visa des art. 2052 et 2053 c. civ.). La même chambre (Civ. 1ère, 3 avril 2002, Bull. n° 108, cassation au visa de l'art. 1112 c. civ.) précise les deux conditions cumulatives de l'application du vice de violence à la contrainte économique : « *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* ». Tel n'est pas le cas d'une créatrice salariée qui cède ses droits d'auteur à son employeur, craignant que son refus ne lui fasse perdre son emploi, alors que la cour d'appel n'avait pas constaté que la salariée était elle-même menacée par un plan de licenciement et que l'employeur avait exploité cette circonstance auprès d'elle. En dissociant la contrainte de la lésion pour la rattacher à la violence, la Cour de cassation lui ouvre un champ d'application plus vaste et permet ainsi de dénoncer plus facilement les conditions excessivement défavorables imposées abusivement par une partie à l'autre.

2° - La cause

Classiquement, le défaut de cause entraîne l'annulation totale du contrat. Cependant, la notion de cause est parfois utilisée de manière téléologique, en fonction de l'intérêt de la partie à protéger. Elle aboutit à l'annulation seulement partielle du contrat, réputant non écrite l'une de ses clauses tout en maintenant les autres. Ainsi, c'est une économie plus équilibrée du contrat qui est imposée au travers d'une certaine notion de cause devenue instrument de justice contractuelle.

En ce sens, l'annulation des seules clauses limitatives de responsabilité qui visent à exonérer le débiteur du manquement à l'obligation essentielle du contrat est illustrée par deux arrêts.

Com. 22 octobre 1996, Bull. n° 261 (*Chronopost*), cassation au visa de l'art. 1131 c. civ. : une société de transport rapide stipule la limitation de sa responsabilité en cas de livraison tardive, ce qu'accepte la cour d'appel en relevant que le transporteur n'avait pas commis de faute lourde. Mais, dit la Cour de cassation, « *en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite.* ». Solution confirmée par la même chambre: Com. 17 juillet 2001, non publié, pourvoi n° 98-15.678 (*Securinfor*, rejet).

Mais c'est parfois tout le contrat qui est annulé faute de cause : Civ.

1ère, 3 juillet 1996, Bull. n° 286, rejet : est légalement justifiée l'annulation pour absence de cause d'un contrat de création d'un « point vidéo » et de location de cassettes car « *l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer* » le prix de location des cassettes à la société en raison d'une clientèle peu nombreuse, facteur connu de la société. La cause est ici entendue comme l'objectif commun des parties, et non pas comme la mise à disposition des cassettes. La solution autonomiste eut probablement été inverse, consistant à dire que les exploitants s'étaient engagés en pleine connaissance de la situation et que la cause-contrepartie (la mise à disposition des cassettes) était bien vérifiée.

B - Le solidarisme pendant l'exécution du contrat

Le devoir de collaboration entre les parties, marque du solidarisme contractuel, est parfois sanctionné au travers des concepts d'abus et de bonne foi.

1° - L'abus dans l'exécution

On sait que depuis les arrêts de l'Assemblée plénière du 1er décembre 1995 (Bull. n° 7 et s.), la partie la plus puissante peut fixer unilatéralement le prix dans les contrats cadres de location entretien de longue durée avec clause d'approvisionnement exclusif et de franchisage avec une clause analogue, mais sous réserve d'abus dans la fixation du prix, ces abus pouvant mener à la résiliation du contrat ou à l'indemnisation. C'est passer du contrôle de la formation (art. 1129 c. civ.) au contrôle de l'exécution (art. 1134 et 1135). Mais l'abus est-il, classiquement, l'intention de nuire (ou son équivalent) ? Ou bien est-ce, dans l'acception solidariste, l'exercice d'un droit non conformément à sa destination sociale, celui de fixer arbitrairement et unilatéralement le prix, égoïstement, sans prendre en compte l'intérêt légitime du cocontractant ? Deux réponses ont été données par des arrêts non publiés, rendus au terme d'un contrôle restreint.

Com. 21 janvier 1997, non publié, pourvoi n° 94-22.034, rejet : «*L'arrêt relève que la clause d'approvisionnement exclusif litigieuse concernait une liste élargie de fournisseurs, un guide étendu des achats ainsi qu'un catalogue de produits et un tarif de vente indicatif et retient que le franchiseur*

a laissé au franchisé la liberté de négocier les prix selon la loi du marché sans souffrir d'une position dominante et arbitraire du franchiseur, ce dont il résulte que (le franchiseur) *n'a pas commis d'abus dans l'application de la clause d'approvisionnement exclusif*». La cour d'appel «*a donc pu… rejeter la demande d'annulation du contrat de franchisage*».

Com. 15 janvier 2002, non publié, pourvoi n° 99-21.172 (*France Motors*), rejet. La cour d'appel «*a pu estimer que* (le franchiseur) *avait abusé de son droit de fixer unilatéralement les conditions de vente et qu'* (il) *devait réparation* (au franchisé)». Ainsi, le juge du fond, au regard de son «*appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause*», a-t-il caractérisé l'abus lorsque, dans une conjoncture difficile, le fournisseur a imposé des conditions de vente drastiques à son partenaire, alors qu'il continuait à faire des bénéfices et que ces conditions de vente ont conduit le concessionnaire à la liquidation judiciaire.[19]

2° - La bonne foi dans l'exécution

a) L'obligation de reclassement (ou d'adapter le salarié à l'évolution de son emploi)

Depuis 1992, la Chambre sociale (25 février 1992, Bull. n° 122, rejet) impose à l'employeur, qui envisage de licencier un salarié pour motif économique, l'obligation préalable de reclasser ce salarié. La cour d'appel, qui a relevé qu'un employeur avait licencié une salariée en supprimant un poste de responsable du fichier client informatique, tout en engageant au même moment une facturière et qui avait fait ressortir que la salariée licenciée aurait pu être reclassée dans cet emploi compatible avec ses capacités, « *a pu décider* » que le licenciement ne reposait pas sur un motif économique. La cour d'appel avait conclu à l'absence de cause réelle et sérieuse dans la mesure où il n'y avait pas eu suppression de poste. Cependant, c'est sur l'obligation de bonne foi que la Chambre sociale a préféré se fonder pour rejeter. Dans le même sens, la Chambre sociale juge (8 avril 1992, B. n° 258, cassation sur l'art. 1134 c. civ.) que « *dans le cadre de son obligation de reclassement dans l'entreprise, l'employeur doit, en cas de suppression ou de transformation d'emploi, proposer au salarié concerné des emplois de même catégorie ou à défaut de*

---

[19] A rapprocher de Paris, 15ème ch. A, 24 octobre 2000, D. 2001, somm. comm. 641 et 3236 : *« l'obligation de bonne foi implique que chaque partie s'abstienne de tout abus, ait un comportement raisonnable et modéré, sans agir dans son intérêt exclusif ni nuire de manière injustifiée à son partenaire »* (augmentation unilatérale de 150% du loyer d'un coffre-fort).

catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification substantielle des contrats de travail ».

Tendance annoncée antérieurement par la Chambre sociale, qui avait décidé que pour apprécier la réalité du motif économique de licenciement au sein d'une société, il fallait tenir compte des possibilités de reclassement au sein du groupe (notamment Soc., 20 février 1991, Bull. n° 86, cassation au regard de l'art. L. 122-14-4 c. trav.). Tendance accentuée par deux arrêts du 5 avril 1995 (Bull. n° 123, cassation au regard notamment de l'art. L. 321-1 c. trav.) jugeant que « *les difficultés économiques doivent être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe* » (et non de la seule entreprise ou du seul groupe) et que « *les possibilités de reclassement des salariés doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités… permettent d'effectuer la permutation… du personnel concerné* », alors que, on le sait, le « *groupe* » n'a pas d'existence juridique précise. Donc, le licenciement pour motif économique n'est justifié que sous certaines conditions, au rang desquelles la justification par l'employeur qu'il a recherché le reclassement. Création prétorienne, cette obligation de proposer au salarié les modifications du contrat qui peuvent s'imposer pour maintenir l'emploi a été consacrée par la loi du 17 janvier 2002, dite « de modernisation sociale » (nouvel art. L. 321-1 c. trav.) [20]. A la transformation de l'emploi doit correspondre la proposition de l'employeur de transformer le contrat à chaque fois que cela lui est possible. On remarque que cette obligation de reclassement (de moyens « renforcée ») ne pèse pas symétriquement sur l'employeur et sur le salarié : ce dernier peut refuser les propositions de reclassement sans commettre de faute (Soc., 29 janvier 2003, Bull. n° 28).

b) L'obligation de renégocier

Deux décisions doivent être signalées. Dans les deux cas, une modification des circonstances économiques imputable au fournisseur ou au mandant expose le distributeur à une concurrence renforcée. La prise en considération solidariste des intérêts du distributeur oblige-t-elle le fournisseur ou le mandant à (re)négocier pour lui permettre d'affronter la concurrence ?

Com. 3 novembre 1992, B. n° 338 (*Huard*), rejet : « *la cour d'appel a pu décider* », au terme d'une motivation circonstanciée constatant la présence

[20] Cette même loi précise (nouvel art. L. 120-4) que "*Le contrat de travail est exécuté de bonne foi*". La réitération du principe posé par l'art. L. 121-1 ("*Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun*") est sans doute instructive.

d'une clause d'approvisionnement exclusif, les travaux effectués par le distributeur sur son point de vente, le fait que le prix appliqué par le fournisseur à ses distributeurs était supérieur au prix auquel il vendait lui-même ses produits au consommateur final par l'intermédiaire de ses mandataires, que le fournisseur avait été déloyal et qu' « *en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société… n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi* ». La solution de la cour d'appel, selon laquelle il y avait eu en l'espèce faute à ne pas renégocier, même en l'absence d'une clause en ce sens, n'est donc pas condamnée.

Com. 24 novembre 1998, B. n° 277 (*Chevassus Marche*), cassation pour un double manque de base légale, notamment, au regard de l'article 4 de la loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants : la cour d'appel aurait dû rechercher si, en contemplation de ce que « *les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté* », les mandants, qui consentaient des prix inférieurs au moyen de ventes parallèles, « *avaient pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels… et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat* ». Le mandant s'oblige à aider l'agent à développer la clientèle et à adapter le contrat au contexte concurrentiel. Mais la solution retenue ne se justifie-t-elle pas surtout par l'obligation légale de loyauté inhérente au contrat d'agence ?

Il ne semble pas, au vu de ces deux décisions, que l'obligation de renégocier en cas de changement de circonstances existe en tant que telle et de manière générale. Elle concerne dans ces espèces les seuls contrats de distribution et s'explique peut-être par le souci de laisser condamner la partie dont le comportement, postérieur à la conclusion du contrat, avait contribué à en rendre l'exécution ruineuse par l'autre.

Par ailleurs, en matière d'imprévision (ici à proprement parler), la troisième Chambre civile (10 décembre 2003, pourvoi n° 02-14.490, rejet) ne remet pas en cause la solution traditionnelle : rejet de la révision d'un contrat de crédit-bail immobilier alors que les conditions initialement prévues, modifiées par des circonstances économiques imprévues et postérieures à sa conclusion (effondrement du marché locatif), en rendent l'exécution ruineuse ou impossible pour le débiteur. « *La cour d'appel… a pu en déduire que le crédit bailleur, qui n'était pas responsable des difficultés du marché locatif… et qui n'avait fait qu'appliquer les termes du contrat, n'avait pas l'obligation de proposer un protocole modifiant le contrat initial et n'avait commis aucune faute* ».

C - Le solidarisme lors de la cessation du contrat

La Cour de cassation prend parfois en compte tant les circonstances que les motifs de la rupture ou du non renouvellement. Les décisions revendiquées par les solidaristes concernent surtout les contrats d'assujettissement : distribution ou travail.

1° - Les circonstances de la rupture

a) L'obligation d'invoquer la clause résolutoire de bonne foi

La première Chambre civile (31 janvier 1995, Bull. n° 57, cassation au visa de l'art. 1134 c. civ.) déclare que « *une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier* » et censure l'arrêt pour manque de base légale en ce que la cour d'appel n'a pas recherché si le créancier était de bonne foi. Solution confirmée par Civ. 1ère 16 février 1999, Bull. n° 52 (voir aussi Civ. 3ème, 5 juin 1991, Bull. n° 163 et 2 décembre 1998, Bull. n° 231).

b) L'assistance à la reconversion

Si la rupture ou le non renouvellement sont susceptibles de provoquer la disparition économique du partenaire, le concédant est-il tenu à une obligation d'assistance permettant la reconversion ou le reclassement du concessionnaire délaissé ?

Com. 27 mars 2001, non publié, pourvoi n° 98-19.926, rejet : « *la cour d'appel a pu estimer* » que, dans l'hypothèse où le fournisseur ne renouvelle pas un contrat de distribution exclusive à durée déterminée dans le délai prévu, tout en proposant une solution de remplacement à son partenaire, ce qu'il n'était pas tenu de faire, ce fournisseur n'a commis aucun abus.

Bien plus nettement, Com. 6 mai 2002, Bull. n° 81, cassation : viole les art. 1134 et 1147 c. civ. la cour d'appel qui met à la charge d'un concédant une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion lors de la rupture du contrat. La Chambre commerciale, qui censure sèchement les motivations solidaristes de la cour d'appel,[21] juge que d'une part, le respect du « *préavis contractuel, propre à permettre au concessionnaire d'assurer sa*

[21] Paris 11 février 1999, 5ème ch. B (*Fiat Auto France*) ; et de la même chambre et dans le même esprit, 26 mars 1999 (*Automobiles Peugeot*)

reconversion » exclut l'abus de résiliation et que d'autre part, l'obligation d'assistance au concessionnaire ne ressortit pas à la bonne foi ou à l'équité exigées par les art. 1134 et 1135 : « *le concédant n'est pas tenu d'une assistance au concessionnaire en vue de sa reconversion* ».

Mais en sens inverse, la Chambre sociale juge que la clause de non concurrence qui s'impose aux salariés quittant l'entreprise doit être compensée par une contrepartie financière, laquelle devient une condition de sa validité (Soc. 10 juillet 2002, trois arrêts, Bull. n° 239, cassation sur le moyen relevé d'office pris de la violation du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble de l'article L. 120-2 du code du travail). Antérieurement (Soc. 11 octobre 1990, Bull. n° 459), la Chambre sociale n'exigeait pas que la clause fût assortie d'une indemnité, sauf disposition contraire de la convention collective.

2° - Les motifs de la rupture

Existe-t-il une obligation solidariste de motiver la rupture et donc de la soumettre au contrôle du juge ? Traditionnellement, ni le non renouvellement d'un contrat à durée déterminée ni la résiliation d'un contrat à durée indéterminée n'ont à être motivés, exceptions faites du contrat de travail et du mandat d'intérêt commun (on sait par ailleurs que les contrats de distribution intégrée ne sont pas des mandats d'intérêt commun : Com. 7 octobre 1997, Bull. n° 252). Par exemple, pour le refus de renouvellement d'un contrat de concession exclusive à durée déterminée : Com. 9 juin 1992, non publié, pourvoi n° 90-17.101, rejet.

Solution énergiquement confirmée en matière de contrat de distribution à durée déterminée par un récent arrêt de la Chambre commerciale (25 avril 2001, non publié, pourvoi n° 98-22.199), qui juge à l'appui de son rejet : « *la cour d'appel a, à bon droit, énoncé que la société B. n'avait pas à donner de motifs au non renouvellement du contrat passé avec la société AF, que ceux-ci, fussent-ils fallacieux ou non sérieux, ne pouvaient constituer un abus et que l'examen des motifs de rupture invoqués par la société B. était inutile* ».

Cependant, il existe des décisions dans lesquelles la Cour de cassation contrôle la légitimité des motifs de la rupture : Com. 20 janvier 1998, Bull. n° 40, cassation au visa des art. 1147 et 1134 c. civ.: un contrat de concession exclusive a été conclu pour une durée indéterminée. Malgré le respect du préavis contractuel, ne tire pas les conséquences légales de ses propres constatations la cour d'appel qui décide que le concédant qui résilie le contrat

deux ans après sa conclusion ne commet pas d'abus de droit alors qu'elle a relevé que compte tenu des investissements exigés du concessionnaire, celui-ci devait bénéficier d'une période d'exploitation relativement longue. La Chambre commerciale, dans cette décision longuement motivée, s'est appuyée sur les prévisions raisonnables du concessionnaire lors de la conclusion (« *des relations contractuelles de longue durée* »).

En faveur d'une obligation de motiver et d'un contrôle de la motivation : Com. 2 juillet 2002, non publié, pourvoi n° 01-12.685, cassation au visa de l'art. 1382 c. civ. : un contrat de concession a été conclu *intuitu personae*. Il prévoyait que son transfert à un tiers serait subordonné à l'agrément du concédant, ce dernier s'étant engagé à « *examiner équitablement et avec tout le soin requis* » le changement proposé. La cour d'appel a jugé le refus d'agrément abusif car non motivé lors de la présentation du repreneur. Cassation pour ne pas avoir vérifié si les motifs avancés en cours d'instance n'étaient pas de nature à justifier le refus d'agrément. Il est permis toutefois de se demander si en l'espèce, ce n'est pas de l'existence d'une clause d'agrément qu'est déduite l'obligation de motiver.

**

Au final, que voit-on ?

Dans deux domaines essentiellement, en donnant un relief particulier à la notion de bonne foi, la Cour de cassation tend à assurer un équilibre de l'opération contractuelle, que l'autonomie de la volonté n'aurait sans doute pas suffi à garantir. Il s'agit d'abord de la formation du contrat (traitement de la réticence dolosive, de la contrainte économique et de la portée de l'annulation en matière de cause). Mais ce mouvement ne va pas (ne va plus ?) jusqu'à protéger le faible contre sa propre inertie (émoussement de l'efficacité de l'ordre public économique de protection). Il s'agit ensuite du contrat de travail, peut-être à cause de la spécificité respectable de la force de travail : obligation de reclassement du salarié et assistance à sa reconversion.

Mais ailleurs, le bilan du solidarisme est maigre. S'agissant des contrats d'assujettissement, terre d'élection de la doctrine, l'exécution du contrat, sauf exceptions limitées, ne donne pas lieu à abus dans la fixation unilatérale du prix. A défaut d'agissements blâmables de la partie forte, il n'y a pas d'obligation de renégocier le contrat devenu déséquilibré. L'imprévision n'est toujours pas admise. Il n'y a pas d'obligation de pourvoir à la reconversion du concessionnaire évincé, le préavis en tenant lieu. Il n'y a pas d'obligation de motiver la rupture.

Il paraît donc que la Cour de cassation n'est pas prête au « grand soir », espéré par les uns, redouté par les autres, de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil.

LE DÉLAI DE FORCLUSION EN MATIÈRE DE DROIT DE LA CONSOMMATION

Isabelle GELBARD-LE DAUPHIN
Conseiller référendaire à la Cour de cassation

L'article L. 311-37, alinéa 1er, du Code de la consommation, qui prévoit que le tribunal d'instance connaît des litiges nés de l'application des dispositions relatives au crédit à la consommation, énonçait, en sa rédaction antérieure à la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, que les actions engagées devant ce tribunal doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance, à peine de forclusion.

Cette règle, qui a suscité un abondant contentieux, apparaît avoir eu à l'origine pour objet d'assurer un traitement dans de brefs délais des litiges survenant en ce domaine et notamment de protéger à cet égard l'emprunteur en incitant le prêteur à engager rapidement une action, en cas d'impayés, afin de ne pas laisser s'accroître le poids de dettes pouvant être assorties d'intérêts d'une importance non négligeable.

Mais la généralité de la formulation de cette disposition législative, ne distinguant pas selon la nature de la contestation enfermée dans le court délai qu'elle édicte, non plus que selon l'auteur de la contestation, associée aux conséquences qui devaient être tirées de ce qu'elle institue un délai de forclusion et non de prescription, ont conduit à une certaine distorsion de fait entre la situation des parties aux opérations de crédit concernées, au détriment du consommateur dont la loi voulait assurer la protection.

C'est ainsi que, le plus souvent, l'emprunteur ne remet pas en cause les irrégularités de l'offre préalable qui lui a été présentée avant d'être lui-même attrait en paiement. Or, sa contestation était alors jusqu'à présent irrecevable si plus de deux années s'étaient écoulées depuis la date à laquelle le contrat de crédit avait été définitivement formé, tandis que la demande en paiement présentée par son cocontractant ne l'était pas nécessairement dans la mesure où l'événement lui donnant naissance n'était pas la formation du contrat mais l'exigibilité de la créance.

Répondant aux critiques mettant en cause ce déséquilibre, la loi du 11 décembre 2001 a modifié l'article L. 311-37 du Code de la consommation en limitant le domaine de la forclusion qu'il prévoit aux actions en paiement engagées à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur.

Ces nouvelles dispositions ne s'appliquent pas aux contrats conclus antérieurement à la promulgation de la loi. Aussi demeure-t-il intéressant de faire le point sur l'ensemble des règles actuellement dégagées par la Cour de

cassation à l'occasion des affaires relatives à l'application de cet article.

Il doit être rappelé, préalablement, que la forclusion ainsi prévue constituant une fin de non recevoir, laquelle est d'ordre public selon l'article L. 313-16 du même Code, le juge doit la relever d'office en application de l'article 125 du nouveau Code de procédure civile (Civ. 1ère, 9 juin 1993, Bull. n° 211; Civ. 1ère, 26 février 2002, Bull. n° 72). En ce cas, conformément au principe de la contradiction, il lui appartient d'inviter les parties à présenter leurs observations.

Avant de présenter la question du point de départ du délai (II), qui alimente de nombreux pourvois et donne lieu à des solutions qu'il convient de classifier, notamment selon la personne à laquelle la forclusion est opposée pour les contrats conclus avant la promulgation de la loi du 11 décembre 2001, puis d'examiner quelques aspects procéduraux du régime de la forclusion (III), il apparaît utile de préciser l'étendue de son champ d'application (I).

I - Le champ d'application du délai de forclusion

De ce qu'il s'agit d'un délai de forclusion et non de prescription, il a été déduit que la règle selon laquelle l'exception survit à l'action ne lui est pas applicable (Avis du 9 octobre 1992, Bull. n° 4). Les décisions rendues rappellent régulièrement que, en application de l'article L. 311-37 du Code de la consommation dans sa rédaction antérieure à la loi du 11 décembre 2001, la forclusion s'applique aux contestations de la régularité de l'offre préalable formées par voie d'action ou d'exception (Civ. 1ère, 2 octobre 2002, Bull. n° 229).

Il sera souligné que la rigueur de cette solution procède de la qualification de forclusion résultant des lois interprétatives des 23 juin et 31 décembre 1989 avant lesquelles la Première Chambre avait retenu, en l'absence de précision du texte originel sur la nature du délai qu'il édictait, que celui-ci relevait du régime de la prescription.

Tirant par ailleurs les conséquences du caractère général de la définition légale du domaine de la forclusion, lié à celui de la compétence du tribunal d'instance avant la réforme du 11 décembre 2001, la Cour de Cassation a jugé
que le délai biennal de forclusion s'applique dans tous les litiges concernant les opérations de crédit à la consommation et leur cautionnement réglementés par les articles L. 311-1 et suivants du Code de la consommation (Civ. 1ère, 15 décembre 1998, Bull. n° 365).

Sans procéder ici à une analyse exhaustive des décisions relatives à la définition des opérations de cette nature, les précisions suivantes seront apportées, étant souligné que l'ensemble des décisions citées dans cette étude ont été rendues sous l'empire des dispositions de l'article L. 311-37 du Code de la consommation dans leur rédaction antérieure à la loi du 11 décembre 2001 et qu'il importe d'en apprécier la portée en tenant compte de cette donnée.

Les parties peuvent soumettre volontairement les opérations de crédit qu'elles concluent à la loi du 10 janvier 1978, codifiée aux articles L. 311-1 et suivants du Code de la consommation. La soumission à ce texte emporte l'application de toutes ses dispositions, en ce compris la forclusion (Civ. 1ère, 9 décembre 1997, Bull. n° 364).

Les dispositions relatives au crédit à la consommation, et par conséquent la forclusion, ne sont pas applicables à la convention de compte courant. Il est intéressant de noter que dans l'affaire à propos de laquelle ce point a été précisé (Civ. 1ère, 26 novembre 2002, Bull. n° 287), la cour d'appel avait retenu que les parties étaient convenues de la souscription d'un compte courant et avaient stipulé que ce compte pourrait fonctionner en position débitrice, la commune intention des parties étant de s'engager dans une opération complexe, en sorte que le seul fait que le compte eût fonctionné à découvert ne caractérisait pas l'existence d'une convention d'ouverture de crédit distincte de celle afférente au compte courant.

Il importe de rappeler qu'il y a lieu, sans s'en tenir à la qualification donnée par les parties, de rechercher si, au-delà de celle-ci, se retrouvent les caractéristiques du compte courant, tenant en particulier à la possibilité de remises réciproques s'incorporant dans un solde pouvant, dans la commune intention des parties, varier alternativement au profit de l'une ou de l'autre (Com. 9 octobre 2001, Bull. n° 159).

L'exclusion des conventions de compte courant du champ de la forclusion apparaît en pratique recouper celle que prévoit l'article L. 311- 3, 3°, du Code de la consommation selon lequel sont exclus du champ d'application de la réglementation en matière de crédit à la consommation les prêts, contrats et opérations de crédit destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle. Il s'ensuit notamment qu'échappent, en toute hypothèse, au jeu de la forclusion les crédits consentis à des commerçants pour les besoins de leur activité.

Il est utile de relever à cet égard que la Première Chambre a récemment

eu l'occasion d'indiquer que la destination professionnelle d'un crédit ne peut résulter que d'une stipulation expresse (Civ. 1ère, 27 mai 2003, Bull. n° 130), puis de préciser que la destination formelle d'un crédit, même affecté à un compte professionnel, suppose une telle stipulation (Civ. 1ère, 21 octobre 2003, Bull. n° 208).

Selon une jurisprudence constante, les contestations tenant à la validité des engagements souscrits au titre des opérations de crédit à la consommation sont soumises à la forclusion (Civ. 15 décembre 1999, Bull. n° 246 ; 26 février 2002, Bull. n° 72). Il a en revanche été jugé que l'action engagée en vue de contester l'existence même du consentement donné à la souscription d'un emprunt ne s'analyse pas en une action relative aux opérations de crédit régies par les articles L. 311-1 et suivants du Code de la consommation et qu'elle relève dès lors de la prescription de droit commun (Civ. 1ère,1er avril 2003, Bull. n° 94).

Contrairement à ce qui a pu être soutenu dans un commentaire de cette dernière décision, celle-ci ne vient pas remettre en cause l'applicabilité de la forclusion lorsque la validité du contrat est contestée, par exemple lorsqu'il est argué d'un vice du consentement. Une telle contestation ne peut être assimilée à la mise en cause de l'existence même du consentement, cas pouvant être illustré par celui d'une personne - ce sera souvent en fait l'époux de l'emprunteur - présentée à l'acte en tant que cocontractant, mais qui prétend ensuite n'avoir jamais souscrit l'engagement litigieux : il ne saurait être admis que le prêteur puisse se prévaloir, pour faire échec à l'examen au fond de ce moyen, de l'écoulement d'un délai de deux ans pendant lequel le débiteur mentionné à l'acte peut fort bien n'avoir pas eu connaissance de celui-ci. La situation est différente pour la partie qui a signé un acte et décide ensuite de contester la validité de son consentement: cette contestation doit être formée dans le délai de deux ans si le contrat n'est pas régi pas les dispositions de l'article L. 311-37 du Code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 11 décembre 2001, étant rappelé que la forclusion ne sera plus opposable à l'emprunteur sous l'empire de ces nouvelles dispositions.

La demande de résolution ou d'annulation du contrat de crédit consécutive à celle du contrat principal n'est pas soumise au délai biennal de forclusion en considération des dispositions de l'article L. 311-21 du Code de la consommation prévoyant qu'une telle résolution ou annulation a lieu de plein droit (Civ. 1ère , 27 février 1996, Bull. n° 112 ; Civ. 1ère, 18 juin 1996, Bull. n° 261).

De même, en cas de crédit-bail, la forclusion n'est pas applicable à l'action en revendication de la chose louée exercée par le crédit-bailleur car elle naît de son droit de propriété et de l'absence de droit du détenteur (Civ. 1ère,

20 décembre 1994, Bull. n° 384).

N'est pas non plus soumise à la forclusion l'exception de non livraison en cas de crédit affecté au financement d'un bien, les obligations de l'emprunteur ne prenant effet, lorsque l'offre préalable mentionne le bien financé, qu'à compter de la livraison de celui-ci (Civ. 12 janvier 1999, Bull. n° 16).

Enfin, sans entrer dans de longs développements relatifs à l'ensemble des parties auxquelles la forclusion peut être opposée dans le régime antérieur à la loi du 11 décembre 2001, il sera fait quelques observations quant à la situation des cautions.

Est soumis à la forclusion le recours personnel de la caution, qui a payé la dette, contre le débiteur principal (Civ. 1ère, 17 novembre 1993, Bull. n° 334). Le point de départ du délai biennal se situe en ce cas à la date à laquelle la caution a payé la dette (Civ. 1ère, 9 décembre 1997, Bull. n° 366).

Relève également du délai de forclusion, se calculant à compter de la date à laquelle le cautionnement a été consenti, la contestation, par la caution, par voie d'action ou d'exception, de la validité de son engagement (Civ. 1ère, 15 décembre 1998, Bull. n° 365).

Lorsque la caution solidaire, privée du bénéfice de discussion, est assignée dans les deux ans suivant la première échéance impayée non régularisée alors que l'emprunteur ne l'a été que postérieurement à l'expiration du délai biennal, elle ne peut invoquer la forclusion de l'action du créancier contre le débiteur principal (Civ. 1ère, 8 octobre 1996, Bull. n° 340).

Il faut enfin noter qu'en application des dispositions combinées des articles L. 311-37 et L. 313-10 du Code de la consommation, l'événement qui fait courir le délai à l'expiration duquel la caution peut opposer au créancier l'impossibilité de se prévaloir de la garantie, à raison de la disproportion manifeste de celle-ci à ses biens et revenus, est la demande d'exécution du cautionnement faite par le créancier (Civ. 1ère, 23 mai 2000, Bull. n° 155).

Ces données relatives aux cautions, qui ont conduit à aborder la question centrale du point de départ du délai de forclusion, invitent à examiner de façon plus détaillée les solutions retenues à ce titre en ce qui concerne tant les prêteurs que les emprunteurs.

II - Le point de départ du délai de forclusion

La détermination de l'événement donnant naissance à l'action au sens de l'article L. 311-37, alinéa 1er, du Code de la consommation suppose une différenciation des situations en fonction de l'objet des demandes, qui induit une distinction fondée sur la qualité du cocontractant auquel la forclusion est opposée.

A La forclusion opposée au prêteur

Ne sera ici traitée que le cas de l'action en paiement, qui recouvre actuellement l'essentiel du contentieux et constitue la seule hypothèse pour laquelle la forclusion est désormais maintenue depuis la réforme du 11 décembre 2001.

Le point de départ d'un délai à l'expiration duquel une action ne peut plus s'exercer se situe à la date d'exigibilité de l'obligation qui lui a donné naissance. En considération de cette règle, régulièrement rappelée dans les arrêts de la Cour de cassation, il doit être distingué en fonction des modalités de remboursement de la créance.

1° S'agissant d'un crédit tacitement consenti sous forme de découvert en compte, et donc dépourvu de terme, le délai ne court qu'à compter de la résiliation de la convention, à l'initiative de l'une ou l'autre des parties (Civ. 1ère, 1er juin 1999, Bull. n° 186).

2° En ce qui concerne les ouvertures de crédit reconstituables et assorties d'une obligation de remboursement à échéances convenues, l'Assemblée Plénière, écartant la solution qui avait été précédemment retenue par la Première Chambre, consistant à fixer le point de départ du délai de forclusion à la date de clôture du compte, a énoncé que le délai de forclusion court à compter de la première échéance impayée non régularisée (Assemblée Plénière 6 juin 2003, Bull. n° 6).

Il convient là encore de noter qu'il n'y a pas lieu de s'en tenir à la qualification de la convention choisie par le créancier. C'est ainsi qu'il a été jugé (Civ. 1ère, 4 octobre 2000, Bull. n° 236) que, malgré la qualification de crédit "*revolving*"donnée par un établissement de crédit, un contrat s'analysait en un prêt d'un montant déterminé qui devait être intégralement remboursé avant que son bénéficiaire puisse en disposer de nouveau, et alors seulement sous forme de crédit reconductible, de sorte que le point de départ du délai de forclusion devait être fixé à la date de la première échéance impayée non régularisée (solution désormais étendue, ainsi que cela vient d'être indiqué, aux ouvertures de crédit reconstituables avec obligation de remboursement à échéances convenues).

3° Dans le cas de crédits remboursables suivant un échéancier, le point de départ du délai de forclusion est le premier incident de paiement non régularisé. Si la détermination de cette date ne pose aucun problème lorsque l'emprunteur cesse tout règlement à compter d'une échéance, il n'en va pas de même en cas de convention prévoyant le prélèvement des échéances sur un compte qui s'avère ne pas présenter une provision suffisante ou de paiements partiels effectués avec retard.

Ce sont en ce dernier cas les règles d'imputation des paiements énoncées aux articles 1253 et suivants du Code civil qui doivent permettre de déterminer le premier incident non régularisé, étant noté qu'il pourra être fait référence aux mêmes dispositions pour déterminer le point de départ de la forclusion dans les cas prévus par l'alinéa 2 de l'article L. 311-37 du Code de la consommation et observé qu'il a été jugé qu'un créancier forclos ne peut se prévaloir d'un plan judiciaire de redressement pour prétendre qu'un nouveau délai lui serait ouvert à compter du premier incident affectant l'exécution de ce plan (Civ. 1ère, 18 octobre 2000, Bull. n° 254).

La Première Chambre, relevant que les dispositions des articles 1253 à 1256 du Code civil relatives à l'imputation des paiements sont supplétives de la volonté des parties, a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir décidé que l'action du prêteur était irrecevable dans la mesure où, par une appréciation souveraine des éléments de preuve versés aux débats et notamment des décomptes établis par le créancier lui-même, elle avait constaté que des paiements avaient été affectés, par les parties, au règlement d'intérêts de retard et de mensualités échues postérieurement à l'une, plus ancienne qui, demeurée impayée, constituait le point de départ du délai de forclusion (Civ. 1ère, 29 octobre 2002, Bull. n° 252).

Dans une autre affaire, il a été rappelé que selon l'article 1254 du Code civil, le débiteur d'une dette qui porte intérêt ne peut pas, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par préférence aux intérêts et que le paiement fait sur le capital et les intérêts, qui n'est pas intégral, s'impute d'abord sur les intérêts. A en conséquence été censurée la décision d'une cour d'appel qui avait constaté la forclusion de l'action d'un prêteur en retenant que les règlements effectués à la suite d'incidents de paiement devaient être imputés sur les échéances les plus récentes, que les débiteurs avaient le plus intérêt à acquitter dès lors qu'ils réglaient ainsi une part plus importante du capital (Civ. 1ère, 10 décembre 1996, Bull. n° 446).

Il doit être souligné qu'aucune régularisation ne peut jouer lorsque le prêteur s'est, conformément aux stipulations contractuelles, préalablement prévalu de la déchéance du terme, rendant immédiatement exigible la dette correspondant à la totalité des sommes dues (Civ.1ère, 4 février 2003, Bull.

n° 42). Il y a donc lieu de prendre alors pour point de départ du délai biennal la première échéance impayée non régularisée antérieure à la déchéance du terme, des versements partiels postérieurs à celle-ci ne pouvant être affectés à son règlement.

Il y a lieu en outre de noter, s'agissant des dispositions de l'article L. 311-37, alinéa 2, du Code de la consommation, qu'il a été précisé que les juges du fond apprécient souverainement l'existence d'un accord de rééchelonnement au sens de l'article 27 de la loi du 10 janvier 1978, modifiée par celle du 31 décembre 1989, devenu l'article L. 311-37 du Code de la consommation, et que le créancier qui s'est prévalu de la déchéance du terme et a ainsi rendu exigible l'intégralité de sa créance n'est plus fondé à invoquer un rééchelonnement du prêt (Civ. 1ère, 26 janvier 1999, Bull. n° 31).

Lorsque les parties ont convenu du remboursement d'un crédit à la consommation par prélèvements sur un compte bancaire ou postal, ces prélèvements opèrent paiement quand le compte fonctionne à découvert conformément à une convention distincte, expresse ou tacite (Civ. 1ère, 17 mars 1998, Bull. n° 118). Le délai de forclusion court en ce cas, pour l'action en paiement du solde du crédit, à compter de la clôture du compte, sous les réserves, tenant à l'existence de la stipulation d'un plafond de découvert autorisé, enseignées par les deux décisions ci-après citées. Celles-ci, qui ont pour effet d'inciter à une nécessaire clarification de la teneur des engagements respectifs des parties, par la rédaction d'avenants le cas échéant, limitent la portée de la critique, récurrente, selon laquelle l'établissement prêteur serait maître du point de départ du délai de forclusion opposable à son action en paiement.

Dans une affaire concernant des emprunteurs qui avaient souscrit un crédit à la consommation, remboursable par prélèvements mensuels sur un compte de dépôt ouvert dans les livres de l'établissement de crédit prêteur, pour le fonctionnement duquel celui-ci leur avait consenti par écrit une facilité de trésorerie d'un montant déterminé, il a été retenu qu'en raison de la conclusion d'un découvert, dont le montant était limité, le dépassement du découvert maximum convenu devait être tenu pour une échéance impayée manifestant la défaillance des emprunteurs, de sorte que les juges du fond devaient rechercher si le plafond de découvert n'avait pas été dépassé lors d'un prélèvement sans être ultérieurement restauré (Civ. 1ère, 23 mai 2000, Bull. n° 157).

Dans le même sens, il a été jugé que le dépassement du maximum du découvert en compte convenu par écrit constituait l'échéance impayée manifestant la défaillance de l'emprunteur dans le remboursement d'un crédit permanent remboursable par prélèvements sur le compte de dépôt tenu par le prêteur, en l'absence de preuve d'un découvert tacite, au demeurant

incompatible avec la conclusion préalable d'une convention expresse de découvert d'un montant déterminé (Civ. 1ère, 4 juin 2002, Bull. n° 160).

Il est intéressant de relever en dernier lieu, s'agissant du délai biennal applicable à l'action du prêteur, qu'il a été jugé que les dispositions prévoyant la forclusion étant d'ordre public, l'emprunteur ne peut, même de façon expresse, renoncer à leur application (Civ. 1ère, 17 novembre 1993, Bull. n° 333), à moins, doit-on ajouter, que cette renonciation soit postérieure à l'acquisition des effets de cette protection (Civ. 1ère, 17 mars 1998, Bull. n°120).

B La forclusion opposée à l'emprunteur (solutions applicables aux contrats non soumis à la loi du 11 décembre 2001)

La Première Chambre réaffirme régulièrement, au visa de l'article L. 311-37, alinéa 1er, du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à la loi du 11 décembre 2001, en accord avec l'avis précité du 9 octobre 1992, que le point de départ du délai biennal de forclusion opposable à l'emprunteur qui conteste la régularité de l'offre préalable, par voie d'action ou d'exception, est la date à laquelle le contrat est définitivement formé.

Il a en conséquence été notamment jugé qu'une cour d'appel ne saurait constater, pour appliquer la déchéance des intérêts, l'irrégularité de l'offre préalable qui ne comportait pas la mention "*à peine de forclusion*", alors que le contrat de crédit était définitivement formé depuis plus de deux ans lorsque ce moyen avait été relevé d'office, de sorte que le délai de forclusion était expiré (Civ. 1ère, 18 mars 2003, Bull. n° 83).

Il est en outre retenu, en vertu de la règle précitée, que la déchéance du droit aux intérêts prévue par l'article L. 311-33 du Code de la consommation ne peut être prononcée lorsque la contestation de l'offre préalable a été formée plus de deux ans après la date à laquelle le contrat est définitivement formé (Civ. 1ère, 7 novembre 2000, Bull. n° 284) ou bien lorsque le moyen tiré de l'irrégularité de l'offre a été relevé d'office plus de deux ans après cette date (Civ. 1ère, 2 octobre 2002 Bull. n° 229).

Il est à remarquer que la Première Chambre a également fait application de la règle selon laquelle le point de départ du délai de forclusion applicable en cas de contestation de l'offre est la date à laquelle le contrat de crédit est définitivement formé, pour rejeter un pourvoi formé contre un arrêt qui avait retenu la forclusion de la contestation de la régularité d'un contrat de prêt n'ayant pas donné lieu à la rédaction d'un écrit, présentée par les emprunteurs

plus de deux ans après le versement des fonds par le prêteur (Civ. 4 juin 2002, Bull. n° 159).

En revanche, et cette solution apparaît d'une particulière importance puisqu'elle tend à harmoniser la situation de l'emprunteur et du prêteur en cette hypothèse, il a été jugé que dans le cas d'un crédit tacitement consenti sous forme de découvert en compte, le point de départ du délai biennal de forclusion opposable à l'emprunteur qui, par voie d'action ou d'exception, se prévaut de l'absence d'offre préalable, est la date à laquelle le solde débiteur est devenu exigible (Civ. 1ère 1er octobre 2002, Bull. n° 222).

Il aurait certes pu être envisagé de transposer, en cette affaire, la solution retenue pour l'appréciation, en l'absence d'offre préalable, du seuil d'application des dispositions régissant le crédit à la consommation, laquelle s'effectue au regard du montant du découvert atteint à l'issue des trois premiers mois d'utilisation de la faculté offerte au client (Civ 1ère, 17 juillet 1996, Bull. n° 330).

Cela n'a pas été la solution choisie et la portée exacte de l'arrêt précité du 1er octobre 2002, énonçant une règle favorable à l'emprunteur, pourra sans doute être éclairée à l'avenir par de nouvelles décisions, étant toutefois observé que le contentieux considéré a vocation à s'éteindre en raison de la réforme issue de la loi du 11 décembre 2001.

Il sera enfin noté que lorsque la contestation porte, non pas sur l'offre initiale, mais sur les conditions du renouvellement ou de la reconduction, c'est à la date de ceux-ci qu'est fixé le point de départ du délai biennal de forclusion (Civ. 1ère, 27 mai 2003, pourvoi n° 01-12.489) et par ailleurs rappelé que l'établissement qui commet une fraude ne peut se prévaloir du délai de forclusion (Civ. 1ère, 3 novembre 1993, Bull. n° 312).

III - Le régime procédural de la forclusion

Il est proposé d'examiner dans cette dernière partie certaines des règles générales relatives à la mise en oeuvre de l'action permettant d'échapper à la forclusion et d'évoquer le régime particulier applicable aux établissements communaux.

Le délai de deux ans imparti pour l'exercice de l'action étant un délai préfix, n'est pas susceptible d'être interrompu ou suspendu selon les règles applicables en matière de prescription. En conséquence, seule la demande en justice formée, avant l'expiration du délai, devant la juridiction compétente est

recevable.

Il peut s'agir d'une demande de provision formée en référé (Civ. 1ère, 1er juin 1999, Bull. n° 185).

Il a été jugé que la déclaration faite, en application des dispositions qui la prévoyaient alors, par un créancier, au titre du redressement judiciaire civil du débiteur, du montant des sommes qui lui sont dues, équivaut à une demande en paiement. L'effet interruptif des délais pour agir résultant de cette déclaration se prolonge jusqu'à ce qu'une décision irrévocable ait statué sur la vérification des créances (Civ. 1ère, 23 mars 1999, Bull. n° 109).

La saisine du tribunal d'instance par le débiteur en vue de bénéficier d'une mesure de redressement judiciaire civil interrompt le délai de forclusion (Civ. 1ère, 5 décembre 2000, Bull. n° 316). De même, la demande du débiteur adressée à la commission de surendettement afin qu'elle recommande des mesures de redressement, après échec de la tentative de conciliation, interrompt le délai de forclusion (Civ. 1ère, 19 mai 1999, Bull. n° 169).

La signification d'une ordonnance d'injonction de payer émanant du tribunal d'instance compétent sera également prise en considération, mais non le seul dépôt de la requête, eu égard à l'absence de caractère contradictoire de la procédure dans cette première phase (Civ. 1ère, 3 octobre 1995, Bull. n° 343).

Ne saurait non plus être prise en compte la signification d'une ordonnance d'injonction de payer rendue par une juridiction incompétente (Civ. 1ère, 22 octobre 1996, Bull. n° 363).

C'est la date de la délivrance de l'assignation, au moyen de laquelle l'instance est introduite, et non de sa mise au rôle, qui doit être prise en considération (Civ. 1ère, 20 octobre 1998, Bul. n° 307). Le délai de deux ans se calcule dans les conditions prévues par les articles 641 et 642 du nouveau Code de procédure civile (Civ. 1ère,17 mars 1998, Bull. n°118).

Le délai peut également être interrompu, non seulement par l'exercice d'une action, mais également par une demande reconventionnelle, les conclusions devant, pour avoir cet effet, acquérir date certaine et être signifiées ou présentées à l'audience avant l'expiration du délai de deux ans (Civ.1ère, 22 mai 2001, Bull. n° 147).

Si l'assignation devant une juridiction incompétente n'interrompt pas le délai de forclusion, la forclusion n'est pas acquise lorsque le jugement d'un tribunal incompétent ordonnant le renvoi de l'affaire devant la juridiction compétente intervient avant l'expiration du délai biennal (Civ. 1ère,

17 mars 1998, Bull. n° 117 ; 7 octobre 1998, Bull. n° 288). Elle ne le sera pas non plus si des conclusions du prêteur tendant à la confirmation du jugement de condamnation sont signifiées avant l'expiration du délai de deux ans devant la cour d'appel, juridiction d'appel du tribunal d'instance qui était compétent, alors que la juridiction effectivement saisie en première instance, un tribunal de grande instance par exemple, ne l'était pas (Civ. 1ère, 10 décembre 1996, Bull. n° 446, Civ. 1ère, 31 mars 1998, Bull. n° 136).

Il y a lieu enfin de mentionner les règles particulières dégagées, en raison du privilège de l'exécutoire, pour les établissements publics communaux.

L'établissement public communal émettant un titre exécutoire pour le recouvrement d'une créance résultant de l'octroi d'un crédit à la consommation n'est pas tenu d'engager une action devant le tribunal d'instance dans le délai de deux ans (Avis du 14 juin 1993, Bull. n° 6), mais doit émettre son titre exécutoire dans ce délai (Civ. 1ère, 23 mars 1999, Bull. n° 107). La notification du titre, qui substitue au délai de forclusion biennale la prescription quadriennale de l'action en recouvrement prévue à l'article L. 274 du Livre des procédures fiscales, doit, à peine de forclusion, et à défaut de tout nouvel acte interruptif, intervenir au plus tard dans les deux ans de son émission (Civ. 1ère, 4 décembre 2001, Bull. n° 308).

* * *

Cette étude ne prétend pas procéder à un examen exhaustif des problèmes posés par l'application des dispositions de l'article L. 311-37 du Code de la consommation.

S'agissant d'une présentation des règles jusqu'à présent dégagées, n'a pas en particulier été abordée la question, controversée, qui n'a pas encore donné lieu à des décisions de la Première Chambre de la Cour de cassation, chargée du contentieux du crédit à la consommation, des conséquences qui pourraient être tirées en droit interne de la position prise par la Cour de Justice des Communautés européennes dans sa décision du 21 novembre 2002 suivant laquelle la directive n° 93/13/C.E.E. du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, "*s'oppose à une réglementation interne qui, dans une action intentée par un professionnel à l'encontre d'un consommateur et fondée sur un contrat conclu entre eux, interdit au juge national à l'expiration d'un délai de forclusion, de relever d'office ou à la suite d'une exception soulevée par le consommateur, le caractère abusif d'une clause insérée dans ledit contrat*".

Cette question, les évolutions constatées et la vigueur des discussions que suscitent toujours certaines des solutions retenues démontrent que la forclusion en matière de droit de la consommation est toujours et restera encore un certain temps un sujet d'actualité.

L'ÉVOLUTION DE L'IMMUNITÉ DE JURIDICTION DES ÉTATS ÉTRANGERS

Régis de GOUTTES
Premier avocat général

L'immunité de juridiction des Etats étrangers est une question complexe et "sensible" : elle touche tout à la fois au droit d'accès au juge, à l'égalité de chacun dans l'exercice de ce droit, à la souveraineté des Etats et au droit international public.

L'arrêt rendu par la Chambre mixte le 20 juin 2003 dans l'affaire de "l'Ecole Saoudienne de Paris" a donné l'occasion à la Cour de cassation de préciser sa position sur cette importante question à propos d'un contentieux de nature sociale.

Le problème posé dans cette affaire était de savoir si l'on devait faire application du principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers dans le cas d'une instance prud'homale opposant à l'Ambassade d'Arabie Saoudite une salariée non ressortissante saoudienne, Mme KAMEL épouse SOLIMAN, professeur d'arabe à l'Ecole Saoudienne de Paris, qui se plaignait du refus de l'Ambassade de l'affilier aux organismes sociaux français et de lui payer diverses prestations sociales ainsi que des dommages-intérêts.

L'arrêt principalement attaqué, rendu par la cour d'appel de Paris le 7 septembre 2000, avait dit l'Ecole Saoudienne de Paris et le Royaume d'Arabie Saoudite fondés à se prévaloir de l'immunité de juridiction des Etats étrangers et avait débouté Mme SOLIMAN de ses demandes.

C'est cet arrêt qui a été cassé par la Chambre mixte le 20 juin 2003.

Pour bien apprécier l'intérêt de la décision rendue par la Chambre mixte, il est utile d'examiner :

- d'une part, l'état du droit interne et international en la matière (I) ;

- d'autre part, l'apport spécifique de l'arrêt du 20 juin 2003 (II).

I - L'état du droit interne et international

■ Il faut, au préalable, bien circonscrire la notion "d'immunité de juridiction des Etats étrangers", seule en cause dans l'affaire de l'Ecole Saoudienne de Paris.

= En premier lieu, l'immunité de juridiction des Etats étrangers, qui a un caractère coutumier, est à distinguer de l'immunité de juridiction des agents diplomatiques et de celle des agents consulaires. Ces deux dernières immunités résultent de Conventions internationales : la première, qui est une immunité complète, est inscrite dans l'article 31 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques ; la seconde, qui n'est que partielle, est prévue par l'article 43 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires.

En l'espèce, aucune de ces Conventions n'était applicable, puisque, d'une part le contrat de travail avait été conclu avec l'Etat saoudien lui-même et non pas avec l'Ambassadeur de ce pays pris en sa personne, et, d'autre part il n'était pas soutenu que Mme SOLIMAN ait été membre de la mission diplomatique ou du poste consulaire d'Arabie Saoudite.

= En deuxième lieu, l'immunité de juridiction des Etats étrangers est à distinguer de l'immunité de juridiction reconnue à certaines organisations internationales par l'effet des traités instituant ces organisations ou des "Accords de siège" qu'elles ont conclus avec les Etats.

= En troisième lieu, "l'immunité de juridiction" est à distinguer aussi de "l'immunité d'exécution" reconnue aux Etats étrangers :

"L'immunité de juridiction", en effet, a pour objet de soustraire l'Etat étranger bénéficiaire à la compétence des tribunaux nationaux. C'est cette immunité qui était concernée dans l'affaire en cause.

"L'immunité d'exécution", pour sa part, a pour effet de soustraire l'Etat étranger qui en bénéficie à toute contrainte administrative ou judiciaire résultant de l'application d'un jugement ou d'une décision. Elle est généralement interprétée de façon plus large au profit de l'Etat. Mais elle n'était pas dans le débat en l'espèce.

■ Quelle est alors, précisément, la nature de "l'immunité de juridiction des Etats étrangers" qui se trouvait en cause dans l'affaire de l'Ecole Saoudienne de Paris ?

= Il s'agit, comme on le sait, d'une immunité à caractère coutumier qui n'est inscrite, jusqu'à présent, dans aucun texte liant notre pays.

Il existe bien une Convention sur l'immunité des Etats, signée le 16 mai 1972 entre les Etats membres du Conseil de l'Europe, mais elle n'a pas été ratifiée par la France et huit Etats seulement y sont parties (Allemagne, Autriche, Belgique, Chypre, Luxembourg, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suisse).

Nous verrons cependant qu'au niveau des Nations Unies, des projets d'articles en la matière ont été mis au point à la suite des longs travaux menés sur ce sujet par la Commission du droit international, dont il a fallu tenir compte dans l'affaire en cause.

= Pour ce qui concerne son fondement, l'immunité de juridiction des Etats étrangers a été rattachée, à l'origine, aux principes d'indépendance, de souveraineté et d'égalité des Etats. En vertu de ces principes coutumiers tirés du droit des gens, il a été considéré qu'un Etat ne pouvait s'ériger juge d'un autre Etat sans son consentement pour un acte accompli dans l'exercice de sa souveraineté ("Par in parem non habet jurisdictionem" : un Etat ne saurait être jugé par son égal).

La jurisprudence de la Cour de cassation elle-même a fait référence, selon les cas, aux "règles universellement reconnues du droit des gens", à la "courtoisie internationale" ou aux "règles de droit international public gouvernant les relations entre Etats" (cf. : cass. civ. 22 janvier 1849, DP 1849-1 p. 5 ; cass. civ. 1°, 2 novembre 1971, Bull. I n° 278 ; cass. civ. 1° ; 4 février 1986, Bull. I n° 7 et 20 octobre 1987, Bull. I n° 274).

La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, a rappelé dans trois arrêts récents que le principe de l'immunité de juridiction de l'Etat étranger ne fait "qu'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre Etats grâce au respect de la souveraineté d'un autre Etat" (cf. : Arrêts "Al Adsani et Forgaty c/ Royaume Uni" et "Mac Elhinney c/ Irlande" du 21 novembre 2001, spécialement § 54 de l'arrêt "Al Adsani").

= Enfin, il faut souligner que le droit international public coutumier, mais aussi conventionnel, a construit le régime des immunités concernant les Etats étrangers en tenant compte d'un équilibre nécessaire entre deux exigences :

• d'une part, la nécessité pour l'Etat de résidence - "l'Etat du for"- de ne pas entraver ni gêner l'exercice des missions souveraines de puissance publique de l'Etat étranger, comme cela est d'ailleurs indiqué

expressément, pour les missions diplomatiques et consulaires, à la fin de l'article 38 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques et de l'article 71 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires ;

- d'autre part, la nécessité, pour l'Etat étranger, de respecter les lois et règlements de l'Etat de résidence, ainsi que l'ont prescrit également, en matière diplomatique et consulaire, les articles 41 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 et 55 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963. Parmi ces lois et règlements de l'Etat de résidence, figurent notamment la législation sociale et le droit du travail.

- L'immunité de juridiction des Etats étrangers étant ainsi mieux cernée, il faut alors déterminer quel est son champ d'application et son étendue.

A cet égard, force est de constater qu'une évolution importante s'est produite, puisque l'on est passé progressivement d'une immunité quasi-absolue, à une immunité plus restreinte et mieux délimitée.

Cette évolution restrictive, qui est liée à l'augmentation du nombre des Etats dans le monde et surtout à la multiplication des interventions de l'Etat, notamment dans le domaine économique et commercial, s'est traduite tant dans la jurisprudence interne que dans le droit international public en cours d'élaboration.

A - L'évolution de la jurisprudence interne

1° Jusqu'au vingtième siècle, l'immunité de juridiction de l'Etat étranger a été considérée comme absolue, sans qu'il soit fait de distinction selon la nature des actes de l'Etat étranger évoqués devant les tribunaux français. Cette jurisprudence est illustrée notamment par l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 1849 ("Gouvernement espagnol c/ Lambeze et Pujol", DP 1849-1 p. 5).

2° C'est au siècle dernier que la jurisprudence française a opéré son changement, à l'instar d'autres pays européens, en passant d'une immunité absolue à une immunité restreinte, et ce, pour des motifs qui ont été bien exposés dans le rapport du Conseiller Castets, présenté dans l'affaire "Procureur Général de la Cour de cassation c/ Vestwig et autres" (Req. 5 février 1946 - Sirey 1947.1 p. 137) :

<< L'Etat agit tantôt comme souverain en vertu de sa supériorité politique appelée "puissance publique", tantôt comme non souverain suivant les données du droit privé, en se plaçant sur le pied d'égalité avec un particulier.

En conséquence, l'immunité joue pour les actes de souveraineté de l'Etat, elle reste étrangère "aux actes de simple gestion ordinaire" >>.

3° Deux arrêts importants de la Cour de cassation des 19 février 1929 et 15 décembre 1936 (cf. : DP 1929 1 p. 73, note Savatier), concernant des actes de commerce passés par la représentation commerciale de l'URSS en France, ont consacré cette règle de l'immunité restreinte, fondée sur la distinction des "actes d'autorité", accomplis "jure imperii", qui manifestent la souveraineté de l'Etat étranger, et des "actes de gestion", accomplis "jure gestionis", qui ne diffèrent pas substantiellement de ceux accomplis par de simples particuliers.

Cette distinction, largement reprise dans la doctrine, a été adoptée ensuite par de très nombreux arrêts, la Cour de cassation en faisant application non seulement pour les activités commerciales, mais aussi pour les actes civils, et rappelant à plusieurs reprises que l'immunité de juridiction est fondée "sur la nature de l'activité et non sur la qualité de celui qui l'exerce" (cf. : cass. req. 5 février 1946, S. 1947 I p. 137 ; cass. 1° civ. 25 février 1969, Bull. civ. I n° 86 ; 19 mars 1976, Bull. I n° 181 ; 18 novembre 1986, Bull. I n° 267 ; 20 octobre 1987, Bull. I n° 274 ; 2 mai 1990, Bull. I n° 92 ; cass. ch. commerciale, 19 mars 1979, Bull. IV n° 104).

4° Pour caractériser les "actes d'autorité" bénéficiant de l'immunité de juridiction, la Cour de cassation a exigé en outre qu'ils soient des actes de "puissance publique" ou des actes "accomplis dans l'intérêt d'un service public", en s'inspirant à cet égard de deux critères élaborés par le droit administratif pour délimiter les frontières de la compétence des tribunaux administratifs et des tribunaux judiciaires à l'égard de l'Etat français :

- le critère objectif ou formaliste, qui prend en considération la nature intrinsèque de l'acte litigieux et la forme dans laquelle il a été passé. Ce critère autorise l'Etat étranger à se prévaloir de l'immunité de juridiction notamment lorsque l'acte litigieux comporte des clauses exorbitantes du droit commun ; il tend, au contraire, à écarter l'immunité chaque fois que l'Etat agit dans les formes du droit privé ;

- le critère finaliste, tiré du but poursuivi par l'auteur de l'acte, qui vise à cantonner le domaine de l'immunité aux actes poursuivant un but d'intérêt public, c'est à dire accomplis dans l'intérêt d'un service public.

L'application de ces deux critères a fait l'objet d'une jurisprudence variée, quelque peu hésitante et confinant souvent à la casuistique, car elle a

recouru tantôt au premier critère [1], tantôt au second critère [2], tantôt aux deux critères, soit cumulativement [3], soit alternativement [4], soit en les combinant.

Les mêmes hésitations se retrouvent d'ailleurs dans la doctrine [5].

5˚ Au fil des arrêts, la définition des deux critères s'est cependant affinée :

- S'agissant du critère objectif ou formaliste, la Cour de cassation y a apporté certaines limitations, en précisant que les clauses exorbitantes ne pouvaient justifier une immunité de juridiction que pour autant qu'elles se rattachent aux prérogatives de puissance publique de l'Etat étranger et qu'elles aient un lien avec l'activité exercée [6].

- S'agissant du critère finaliste, la jurisprudence a progressivement défini ce que l'on devait entendre par "actes accomplis dans un
but d'intérêt public" relevant de l'immunité de juridiction. Au travers de cette jurisprudence, on constate que la Cour de cassation a accepté à plusieurs reprises de faire application de l'immunité de juridiction à propos d'actes de caractère administratif (emprunts émis par un Etat étranger, marchés de fournitures ou de travaux, actes de nationalisation ou de réquisition, exécution de traités internationaux ...) et même, en matière civile, à propos d'actions réelles mobilières ou immobilières. Mais elle a refusé, le plus souvent, l'immunité de juridiction pour les activités de commerce [7], les matières successorales [8] et, surtout, le droit social.

---

[1] Cf. : cass. req. 5 février 1946 S. 1947 I p. 137 ; 2 mars 1966, JCP 1966 Ed. G. II 14831.

[2] Cf. : cass. civ. 1˚, 19 décembre 1961 JCP 1962 Ed. G. II 12489.

[3] Cf. : cour d'appel de Paris 16 mars 1960 JDI 1962 p. 132 ; 7 février 1962 JDI 1962 p. 1016.

[4] Cf. : cass. civ. 1˚, 19 mai 1976 rev. crit. DIP 1977 p. 359 ; 19 mars 1979 rev. crit. DIP 1980 som. p. 836

[5] Cf. : Pierre BOURREL, Jurisclasseur de droit international privé Fasc. 581-50, n˚ 74 et s. ; Catherine KESSEDJIAN, Encyclopédie Dalloz, droit international n˚ 7 et suiv. ; Isabelle PINGEL-LENUZZA, immunité de juridiction des Etats étrangers, Ed. Bruylant 1993 p. 369 et s. ; Sylvie ROUQUIE, Petites Affiches, 8 janvier 1997, n˚ 4 p. 20 et s. ; SIALELLI, J.D.I 1962 p. 1016.

[6] Cf. : cass. civ. 1˚, 8 décembre 1964 Bull. I n˚ 548 ; 2 mars 1966, Bull. I n˚ 152.

[7] Cf. : cass. civ. 1, 25 février 1969, Bull. I n˚ 86 ; 18 novembre 1986, Bull. I n˚ 267 ; Cass. com. 19 mars 1979, Bull. IV n˚ 104.

[8] Cf. : Poitiers 16 juin 1949 rev. crit. DIP 1951.660.

6° Ainsi, pour nous en tenir à la question des contrats de travail, qui nous intéresse plus particulièrement, une jurisprudence convergente de la première chambre civile et de la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que, pour justifier la mise en oeuvre de l'immunité de juridiction, les fonctions confiées au salarié doivent lui conférer "une responsabilité particulière" dans l'exercice du service public relevant de la compétence de l'Etat étranger en France. Lorsque le salarié n'est chargé d'aucune responsabilité particulière dans l'exercice du service public, son licenciement par l'Etat étranger est un acte de gestion privée qui n'est pas couvert par l'immunité de juridiction.

La Cour de cassation a ainsi décidé d'écarter l'immunité de juridiction pour des licenciements concernant des agents de presse (Cf. : cass. civ. 1, 12 juin 1990, Bull. I n° 155 ; cass. soc. 2 avril 1996, Bull. V n° 132), un concierge d'Ambassade (Cf. : cass. civ. 1, 11 février 1997, Bull. I n° 49) ou l'infirmière d'une Ambassade (Cf. : cass. soc. 10 novembre 1998, Bull. V n° 479).

Elle a, au contraire, admis l'immunité de juridiction pour un ancien diplomate employé comme traducteur à l'Ambassade d'Arabie Saoudite (Cf. : cass. soc. 18 juillet 2000 - Pourvoi n° 97.45-377) et pour un traducteur du service des passeports du Consulat d'Egypte (Cf. : cass. soc. 9 octobre 2001 - Pourvoi n° 98.46-214).

7° Il se déduit de cette jurisprudence, malgré sa diversité et sa casuistique, que les actes relatifs aux conditions de travail des agents exerçant des fonctions à caractère "politique", ceux qui engagent de façon particulière la mission diplomatique ou consulaire de l'Etat concerné, c'est-à-dire sa souveraineté, peuvent être regardés comme des "actes d'autorité" touchant à la "puissance publique" et justifiant l'immunité de juridiction. Il est en effet logique d'admettre que l'Etat étranger qui, compte-tenu de la nature de l'activité de ces agents, accomplit un acte de souveraineté en les employant, puisse bénéficier de l'immunité de juridiction.

En revanche, les salariés qui exercent des fonctions subalternes ou n'impliquant pas de "responsabilité particulière" ne sont pas considérés comme des employés agissant dans l'intérêt du service public, mais comme de simples employés privés, de sorte que leur licenciement constitue un "acte de gestion" et que l'Etat qui les emploie ne bénéfice pas, en cas de litige avec ses salariés, de l'immunité de juridiction.

B - L'évolution du droit international

1° Il convient de rappeler, en premier lieu, que le respect du droit coutumier international, qui régit la matière, s'impose tout à la fois pour des raisons juridiques, des raisons diplomatiques ou politiques et des raisons de réciprocité :

- Au plan juridique, le Préambule de la Constitution de 1958, qui renvoie au Préambule de la Constitution de 1946, énonce notamment : "La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international" (alinéa 14 du Préambule de 1946).

Par ailleurs, la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (à laquelle la France n'est pas partie, mais qu'elle reconnaît comme exprimant le droit international coutumier généralement admis) indique, en son article 31-3-c, qu'il faut tenir compte de "toute règle de droit international applicable aux relations entre les parties".

La Cour européenne des droits de l'homme, elle-même, a consacré le respect de l'immunité des Etats étrangers dans ses arrêts "Mc Elhinney c/ Irlande" et "Al Adsani et Fogarty c/ Royaume-uni" du 21 novembre 2001, en considérant que "les règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des Etats" étaient compatibles avec l'article 6 § 1 de la Convention européenne en ce que, dans les circonstances des affaires en cause, elles répondaient à un but légitime, étaient proportionnées au but poursuivi et ne portaient pas atteinte au droit d'accès aux tribunaux en "sa substance même" (Cf. : arrêt "Al Adsani", § 53 et suiv.).

- Au plan diplomatique ou politique, le principe de l'indépendance et de l'égalité souveraine des Etats s'oppose, ne serait-ce qu'au nom de la "courtoisie internationale", à l'ingérence d'un Etat dans l'exercice de la puissance publique d'un autre Etat, y compris, le cas échéant, à la soumission à la justice de l'Etat hôte.

- Au plan de la réciprocité, enfin, il va de soi que le respect du principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers peut intéresser aussi l'Etat français pour la protection de ses intérêts à l'étranger, par exemple pour l'exécution des contrats de travail passés par les représentations diplomatiques et consulaires françaises ou les établissements de l'Etat français hors de nos frontières.

2° En deuxième lieu, une attention particulière doit être portée aux derniers textes élaborés à l'ONU par le "Comité spécial sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens", chargé par l'Assemblée générale

des Nations Unies de rédiger un projet d'articles en la matière, qui représentent l'aboutissement des travaux menés pendant plus de 25 ans par la Commission du droit international (CDI).

= Ce Comité spécial a adopté, le 28 février 2003, un document intitulé "Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens" (Doc. n° A/AC 262/L.4/Add 1), qui doit être soumis prochainement à l'Assemblée générale des Nations Unies, sous la forme d'un projet de Résolution, en attendant qu'il puisse faire l'objet ultérieurement, le cas échéant, d'un projet de Convention internationale.

L'intérêt essentiel de ce "Projet d'articles" est qu'il représente le tout dernier état du droit international public en la matière et, en quelque sorte, une proposition de codification du droit coutumier international.

= Or l'examen du "Projet d'articles" révèle que ce document, après avoir rappelé le principe de l'immunité des Etats, ses règles générales et ses limites, contient une troisième partie énumérant les procédures dans lesquelles les Etats ne peuvent pas invoquer l'immunité juridictionnelle.

Parmi ces procédures, figurent précisément les contrats de travail, au sujet desquels ont été formulées, entre autres, les dispositions suivantes :

Article 11 § 1 : "A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à un contrat de travail entre l'Etat et une personne physique pour un travail accompli ou devant être accompli, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre Etat".

Article 11 § 2 : "Le paragraphe 1 [de cet article] ne s'applique pas :

a) si l'employé a été engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique ;

.....

c) si l'action a pour objet le licenciement ou la résiliation du contrat d'un employé et si, de l'avis du Chef de l'Etat, du Chef du Gouvernement ou du Ministre des affaires étrangères de l'Etat employeur, cette action risque d'interférer avec les intérêts de l'Etat en matière de sécurité (étant observé que, selon les commentaires accompagnant le "Projet d'articles", la référence aux "intérêts en matière de sécurité" doit s'entendre comme visant principalement la sécurité nationale et la sécurité des missions diplomatiques et des postes consulaires) ;

d) si l'employé est ressortissant de l'Etat employeur au moment où l'action est engagée, à moins qu'il n'ait le statut de résident permanent dans l'Etat du for ;

e) si l'employé et l'Etat employeur en sont convenus autrement par écrit, sous réserve de considérations d'ordre public conférant aux tribunaux de l'Etat du for juridiction exclusive en raison de l'objet de l'action".

= Il ressort de ces articles que les contrats de travail conclus entre une Ambassade d'un Etat étranger et un salarié non ressortissant de cet Etat ou résident permanent dans l'Etat du for, échappent en principe à l'immunité de juridiction des Etats étrangers, sauf :

- si le salarié est chargé de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique de l'Etat étranger concerné ;

- si l'action a pour objet le licenciement ou la résiliation du contrat de travail et risque d'interférer avec les intérêts de l'Etat en matière de sécurité (sécurité nationale et sécurité des missions diplomatiques ou consulaires) ;

- si le salarié et l'Etat étranger employeur en sont convenus autrement par écrit, pour autant que la compétence des tribunaux de l'Etat du for ne s'impose pas pour des raisons d'ordre public, eu égard à l'objet de l'action.

= Naturellement, ces critères méritaient d'être pris en compte dans l'affaire de l'Ecole Saoudienne de Paris.

II - L'apport de l'arrêt de la chambre mixte du 20 juin 2003

A - Les données particulières de l'affaire

Selon les éléments qui figuraient dans l'arrêt attaqué et dans les mémoires et pièces produites, le contrat litigieux était un contrat de travail à durée déterminée d'un an, reconduit tacitement chaque année, qui avait été conclu le 16 septembre 1993 entre Mme Naïra KAMEL, épouse SOLIMAN, de nationalité égyptienne, et l'Ambassade du Royaume d'Arabie Saoudite - Bureau culturel - pour l'enseignement de la langue arabe à "l'Ecole saoudienne de Paris", créée par l'Etat saoudien et destinée en majorité aux enfants des membres du personnel diplomatique. Ce contrat comportait diverses clauses, dont une concernait le licenciement "pour cause d'intérêt public" et une autre

portait sur le règlement des différends par le Cabinet de la Fonction Publique du Royaume d'Arabie Saoudite.

C'est à la suite de divers arrêts de travail pour maladie et maternité que Mme SOLIMAN avait engagé une instance prud'homale contre l'Ambassade d'Arabie Saoudite pour obtenir le paiement de son salaire pendant ses congés de maladie et de maternité, son affiliation sous astreinte aux organismes sociaux, ainsi que des dommages-intérêts. L'Etat saoudien lui avait alors opposé l'immunité de juridiction.

= Trois observations préliminaires doivent être faites à ce stade :

1° En 1er lieu, il n'était pas contesté qu'il existait une confusion entre le Royaume d'Arabie Saoudite et l'Ecole saoudienne de Paris, constitutives d' "une seule et même structure", selon les constatations de la Cour d'appel de Paris ; cette Ecole n'avait donc pas de personnalité juridique distincte de celle de l'Etat saoudien et, par conséquent, le contrat avait bien été signé au nom de cet Etat, et non par l'Ambassade saoudienne à Paris elle-même.

2° En 2ème lieu, la salariée, Mme SOLIMAN, n'était pas elle-même ressortissante d'Arabie Saoudite ni agent de la fonction publique saoudienne, ce qui aurait pu être un motif de soumission à la législation de cet Etat. Mme SOLIMAN était de nationalité égyptienne lors de la conclusion du contrat (16 septembre 1993). L'on était dès lors en présence d'un contrat conclu entre une Ambassade et un employé local sur le territoire de l'Etat du for. Or, si l'on se réfère à la pratique de notre Ministère des Affaires Etrangères, les ressortissants étrangers ayant la qualité de résidents permanents qui sont employés dans une mission diplomatique établie en France doivent être affiliés par leurs employeurs au régime français de sécurité sociale.

De surcroît, en l'espèce, Mme SOLIMAN avait acquis la nationalité française le 29 avril 1997 et était donc déjà devenue française avant son arrêt de maladie (du 13 mai au 31 août 1997).

3° En 3ème lieu, le licenciement ne figurait pas parmi les griefs et réclamations de la salariée qui avaient été examinés par la Cour d'appel et il n'en était pas fait état dans les mémoires respectifs des parties devant la Cour de cassation (la question du licenciement ayant fait l'objet d'un autre contentieux opposant Mme SOLIMAN à l'Ambassade d'Arabie Saoudite).

Ce que réclamait en l'espèce Mme SOLIMAN, c'était son affiliation aux organismes sociaux français, le remboursement de diverses prestations sociales et des dommages-intérêts. Il s'agissait donc de rechercher si le Royaume d'Arabie Saoudite était fondé à invoquer l'immunité de juridiction

au sujet de la non-affiliation de l'enseignante au régime social français, en s'appuyant, comme il le faisait, sur la nature du contrat et des fonctions de Mme SOLIMAN. Plus précisément, selon les mémoires, la question était de déterminer, non pas seulement si le refus par l'Etat saoudien d'affilier Mme SOLIMAN aux organismes sociaux français constituait en lui-même un acte de puissance publique, mais, globalement, si la nature du contrat et les activités de Mme SOLIMAN répondaient ou non aux critères pris en considération par la jurisprudence et par le droit international public pour l'application de l'immunité de juridiction des Etats étrangers.

B - La portée de la décision de la chambre mixte

L'intérêt principal de l'arrêt du 20 juin 2003 est double :

• d'une part, il a écarté comme inopérant le critère "formaliste" ou "objectif" tenant à la nature des dispositions du contrat de travail ;

• d'autre part, il a retenu ici le critère de la "participation à l'exercice de la souveraineté de l'Etat étranger" - que ce soit par sa nature ou sa finalité -, en appliquant ce critère, non pas au contrat de travail, mais à l'acte qu'il a estimé être directement en litige en l'espèce : le refus d'affiliation de Mme SOLIMAN au régime français de protection sociale.

1. Le caractère inopérant du critère "formaliste" ou "objectif" tenant à la nature des dispositions du contrat de travail

Dans son arrêt du 7 septembre 2000, la cour d'appel avait fait application du critère "formaliste", en relevant deux type de clauses exorbitantes du droit commun français dans le contrat d'enseignante conclu par Mme SOLIMAN avec l'Ambassade d'Arabie Saoudite, ce qui justifiait, selon le juges d'appel, l'immunité de juridiction :

• la clause autorisant le licenciement pour cause d'intérêt public sans que le salarié ait le droit d'en connaître la raison ;

• la clause soumettant le règlement de tout différend au Cabinet général de la fonction publique du royaume d'Arabie Saoudite, sans possibilité d'appel.

La Chambre mixte de la Cour de cassation a estimé, à juste titre, que les motifs de la cour d'appel étaient à cet égard inopérants :

a) S'agissant de la clause relative au licenciement pour cause d'intérêt public sans justification de l'employeur, force était de constater, en effet, que :

= d'une part, le licenciement ne figurait pas parmi les griefs évoqués devant la Cour d'appel ni dans le moyen de cassation. La clause exorbitante relative au licenciement n'avait donc pas de lien direct avec l'objet du litige et la question de savoir si ce licenciement pouvait être justifié ou non par des motifs de sécurité publique n'était pas dans le débat.

= d'autre part, à supposer même que la question du licenciement ait été en cause, une clause comme celle qui avait été insérée dans le contrat de Mme SOLIMAN, permettant la rupture du contrat de travail selon la libre décision de l'employeur, sans que le salarié puisse connaître la raison de la rupture et sans recours juridictionnel possible, se serait heurtée à trois objections majeures :

- En 1er lieu, elle ne répondrait pas aux exigences du "Projet d'articles" du Comité spécial des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats, qui représente, comme nous l'avons vu, le dernier état du droit international public en la matière, (cf. : article 11 § 2-c de ce texte). Rien ne permettait en effet d'affirmer que l'action relative à l'exécution en France d'un contrat conclu avec une enseignante de langue (fût-ce la langue arabe), ait pu affecter la "sécurité nationale" ou la "sécurité de la mission diplomatique" du Royaume de l'Arabie Saoudite.

- En 2ème lieu, la clause litigieuse n'avait pas de lien suffisant avec la nature et l'objet de l'activité exercée, à savoir l'enseignement de la langue arabe. Elle ne s'imposait pas dans l'intérêt du service de l'enseignement public saoudien et ne pouvait donc pas être regardée comme une clause exorbitante ayant une incidence sur la qualification du contrat de travail en "acte de puissance publique".

- En 3ème lieu, dans la mesure où la jurisprudence et la doctrine admettent que la portée et l'étendue de l'immunité de juridiction dépendent de l'Etat qui l'accorde et non de celui qui en bénéficie (Cf. : P. Mayer, Rev. de droit international privé 6ème éd. n° 325-3 p. 217 & cass. civ. 1°, 2 mars 1966, Bull. 1 n° 152), il pouvait être relevé qu'une telle clause était contraire à la conception française de l'ordre public international, en tant qu'elle instituait un pouvoir discrétionnaire et arbitraire de l'employeur et qu'elle portait ainsi atteinte aux droits fondamentaux du salarié et à des dispositions du droit du travail qui sont d'ordre public en France, comme cela résulte notamment de l'article L 121-1 du Code du travail (Cf. : en ce sens : Ass. plénière de la Cour de cassation, 4 mars 1983, Bull. n° 3 et divers arrêts de la chambre sociale). De

surcroît, comme le relevait le mémoire ampliatif, admettre la validité de clauses exorbitantes de cette nature aurait présenté le risque d'inciter d'autres Etats étrangers employant des salariés en France à recourir à de telles clauses dans les contrats de travail afin d'échapper à la législation et aux juridictions françaises.

b) S'agissant de la clause soumettant le règlement de tout litige du travail au Cabinet général de la fonction publique d'Arabie Saoudite, sans possibilité d'appel :

Cette clause de règlement des différends revenait à soustraire Mme SOLIMAN à la justice française et à lui refuser l'accès aux tribunaux de l'Etat du for, en l'obligeant à soumettre tous les différends relatifs à son contrat de travail au seul Cabinet général de la fonction publique du Royaume d'Arabie Saoudite, sans aucune autre voie de recours possible, alors pourtant que Mme SOLIMAN résidait en France et que le lieu d'exécution du travail se trouvait en France.

La plupart des critiques déjà exposées à propos de la clause exorbitante relative au licenciement sans justification de l'employeur pouvaient être renouvelées ici. Mais, plus encore, deux autres considérations essentielles venaient faire obstacle à une telle clause :

= En premier lieu, eu égard aux circonstances de l'espèce, une clause de règlement des différends de cette nature pouvait être regardée comme portant atteinte au droit d'accès à un tribunal "dans sa substance même", au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et comme aboutissant à un véritable "déni de justice".

Il faut se rappeler à ce sujet que, dans les arrêts "AL ADSANI, FOGARTY et MAC ELHINNEY" du 21 novembre 2001, la Cour européenne a précisé que la limitation au droit d'accès au juge découlant de l'immunité de juridiction doit répondre à deux exigences : elle doit, d'une part, tendre à un "but légitime" - ce dont on peut douter en l'espèce -, d'autre part être "proportionnée". Il faut, dit la Cour européenne, qu'il existe un "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé". De ce point de vue, l'obstacle total mis par l'Etat saoudien à l'accès au juge français s'avérait bien disproportionné dans le cadre d'un simple contrat d'enseignement conclu avec une salariée non ressortissante saoudienne et exécuté sur le territoire français.

= En deuxième lieu, s'il est vrai que le "Projet d'articles" du Comité spécial des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats prévoit que l'Etat employeur et l'employé peuvent, par convention écrite,

déroger au principe de l'exclusion de l'immunité de juridiction dans les procédures se rapportant à un contrat de travail, l'article 11 § 2 alinéa e de ce Projet d'articles précise que c'est "sous réserve de considérations d'ordre public conférant aux tribunaux de l'Etat du for juridiction exclusive en raison de l'objet de l'action".

Or, comme nous l'avons déjà relevé, les dispositions du droit du travail ont en principe, en France, un caractère d'ordre public, et la volonté des parties, même clairement établie, ne permet pas de s'y soustraire.

En outre, s'agissant des règles de compétence juridictionnelle, la compétence des Conseils de prud'hommes pour connaître des différends à l'occasion des contrats de travail est elle-même d'ordre public (Cf. : articles L 511-1, alinéa 6, R 517-1, alinéa 4, L 121-3 du Code du travail).

Dans ces conditions, même si l'on pouvait reprocher peut-être à Mme SOLIMAN d'avoir initialement accepté de signer un contrat de travail contenant de telles clauses avec l'Etat Saoudien dont elle ne pouvait ignorer le droit propre, la clause exorbitante de règlement des différends du travail par le seul Cabinet général de la fonction publique de l'Etat saoudien n'était conforme, en tout état de cause, ni à l'ordre public français, ni à l'ordre public international, ni à l'article 11 § 2 alinéa e du "Projet d'articles" du Comité spécial des Nations Unies.

2 L'application du critère de "l'exercice de la souveraineté de l'Etat" au refus d'affiliation de Mme SOLIMAN au régime français de protection sociale

Si l'on se réfère au "chapeau" de l'arrêt du 20 juin 2003 [9], on voit qu'il a entendu cantonner le bénéfice de l'immunité de juridiction de l'Etat étranger aux seuls actes qui "participent à l'exercice de la souveraineté de l'Etat", sans prendre parti toutefois sur la question de savoir si c'est par sa "nature" ou par sa "finalité" que l'acte doit participer à l'exercice de cette souveraineté.

= La première originalité de l'arrêt, c'est donc qu'il consacre expressément le critère de la "souveraineté de l'Etat", qui est plus "lisible" et plus restrictif que celui du "but d'intérêt public" ou de la "responsabilité particulière dans l'exercice d'un service public", et qui a aussi l'avantage de renouer avec le critère initial des "actes d'autorité" accomplis "jure imperii", c'est-à-dire manifestant la souveraineté de l'Etat.

---

[9] Sa rédaction est la suivante : "Attendu que les Etats étrangers et les organismes qui en constituent l'émanation ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces Etats et n'est donc pas un acte de gestion".

= La seconde originalité de l'arrêt du 20 juin 2003, c'est qu'il utilise le critère de la "souveraineté de l'Etat" en se référant ici, non pas au contrat de travail en cause, qui est généralement pris en considération dans la jurisprudence, mais à l'acte considéré comme en litige au premier chef : à savoir le refus par l'Ambassade Saoudienne de déclarer Mme SOLIMAN au régime français de protection sociale. La Chambre mixte a estimé, en effet, que ce refus ne participait pas "à l'exercice de la souveraineté" de l'Etat Saoudien et n'était qu'un "acte de gestion".

Cette décision peut être regardée comme ayant une double portée, l'une explicite, l'autre implicite :

a) De façon explicite, la Chambre mixte affirme, à juste titre, que le refus de déclaration au régime français de protection sociale, opposé par l'Ambassade d'Arabie Saoudite à Mme SOLIMAN, n'a pas le caractère d'un acte "jure imperii" accompli dans un but d'intérêt public et participant à l'exercice de la souveraineté de l'Etat étranger. Elle considère cet acte de refus comme un "acte de gestion", accompli "jure gestionis" et le qualifie même curieusement de simple acte de "gestion administrative", pour l'exclure, en conséquence, du bénéfice de l'immunité de juridiction des Etats étrangers.

b) Mais de façon implicite, la Chambre mixte écarte également, par là-même, l'argumentation de l'Ambassade d'Arabie Saoudite touchant à la nature ou à la finalité des activités de Mme SOLIMAN, qui était critiquée par le mémoire ampliatif, mais appuyée par le mémoire en défense.

En effet, pour invoquer l'immunité de juridiction dans l'instance prud'homale l'opposant à Mme SOLIMAN, le Royaume d'Arabie Saoudite s'appuyait sur les caractères propres du contrat et des fonctions de l'enseignante. Il suffit, à cet égard, de se reporter aux mémoires pour voir que le critère de "l'exercice de la puissance publique" y est apprécié, non pas au regard du seul acte de refus d'affiliation de Mme SOLIMAN au régime social français, mais, plus globalement, au regard de ce qui a justifié ce refus de l'Etat Saoudien : le caractère du contrat et les fonctions spécifiques de professeur de langue arabe à l'Ecole Saoudienne de Paris.

Or, sur ce point également, la Chambre mixte a censuré implicitement l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 7 septembre 2000, en estimant ses motifs inopérants et ce, à juste titre, me semble-t-il :

- Certes, il ne pouvait pas être contesté que l'enseignement de la langue arabe à des enfants appartenant majoritairement au personnel diplomatique, dans une Ecole dépendante de l'Ambassade et appliquant le même programme scolaire et le même calendrier qu'en Arabie Saoudite,

participait bien du service public de l'éducation nationale du Royaume d'Arabie Saoudite.

- Mais, en revanche, il ne résultait pas de l'arrêt attaqué ni du contrat de travail que Mme SOLIMAN ait été agent de la fonction publique saoudienne, ou que l'exercice de son activité d'enseignante ait comporté pour elle des obligations spéciales de nature à lui conférer une "responsabilité particulière" dans l'exercice du "service public de l'enseignement" ou de "la puissance publique", au sens de l'article 11 § 2 - a du "Projet d'articles" précité du Comité spécial des Nations Unies, ni, a fortiori, dans l'exercice de la "souveraineté de l'Etat saoudien".

L'arrêt attaqué ne nous précisait même pas, par exemple, si Mme SOLIMAN devait assurer des obligations particulières, telles qu'un enseignement plus général de la culture arabe ou l'obligation de faire passer des examens aux élèves, de corriger des copies ou de participer à des jurys d'examen.

- Restait alors l'argument relatif à la composante culturelle et religieuse de l'enseignement dans un pays islamique, dont on soulignait l'importance s'agissant de l'apprentissage de la langue arabe destiné à des enfants appartenant en majorité au personnel diplomatique. Cet argument culturel et religieux ne manquait pas de force, pour un pays comme le Royaume d'Arabie Saoudite où, comme on le sait, l'éducation est profondément influencée par le Coran et par la Charia.

Cependant, il n'était pas possible de suivre ce raisonnement car :

- d'une part, la composante culturelle et religieuse de l'enseignement de la langue arabe, si forte soit-elle en pays islamique, n'impliquait pas le refus d'affiliation d'une salariée au régime social de l'Etat de résidence et l'exclusion de ses indemnités de maternité et de maladie. Il n'existait pas de lien suffisant entre ces deux données ;

- d'autre part, établir un tel lien entre la religion ou la culture d'un Etat et l'étendue de son immunité de juridiction aurait présenté le risque, non seulement d'introduire en la matière des distinctions discriminatoires selon les catégories d'enseignements, selon les langues enseignées et selon le système social et religieux de l'Etat concerné, mais aussi, et surtout, de consacrer un critère incompatible avec le principe de laïcité de la République française, inscrit dans l'article premier de notre Constitution et s'appliquant à l'ensemble des services publics (Cf. : en ce sens : Conseil d'Etat, Avis du 3 mai 2000, Rec. CE 169 ; Arrêt du 2 novembre 1992, Rev. fr. dr. adm. 1993, p. 112 ; Sect. 9

octobre 1992, Rec. CE 358 ; Avis du 27 novembre 1989, AJDA 1990 p. 39, etc...).

*
* * *

Dès lors, quelle que soit la perspective adoptée - rapprochée ou globale - et que l'on se place du point de vue de la causalité directe (le refus d'affiliation aux organismes sociaux français) ou indirecte (le caractère du contrat et des activités de l'enseignante) de l'immunité de juridiction alléguée, le refus du Royaume d'Arabie Saoudite de déclarer Mme SOLIMAN au régime français de protection sociale ne pouvait être regardé comme un acte accompli "jure imperii" et participant à l'exercice de la souveraineté de cet Etat.

Ainsi, par son arrêt du 20 juin 2003, la Chambre mixte a rendu une décision qui a le mérite :

- de renouer avec le critère de "l'exercice de la souveraineté de l'Etat" pour distinguer les "actes d'autorité" et les "actes de gestion" et mieux cantonner de la sorte le domaine de l'immunité de juridiction des Etats étrangers, critère dont on peut dire qu'il est à la fois plus explicite et sans doute plus restrictif que celui de l'acte accompli "dans l'intérêt d'un service public" ou de l'acte révélant "une responsabilité particulière dans l'exercice du service public", tel qu'il était utilisé dans la jurisprudence antérieure, mais aussi plus proche du critère de "l'exercice de la puissance publique" retenu aujourd'hui par le Comité des Nations Unies ;

- de s'inscrire dans le sens de l'évolution générale du droit international public, qui tend désormais à mieux délimiter le domaine de l'immunité de juridiction des Etats étrangers, ainsi qu'en témoignent les derniers projets de textes élaborés au sein des Nations Unies, notamment en matière de droit social.

Enfin, la généralité des termes contenus dans le "chapeau" de l'arrêt du 20 juin 2003 permet d'en déduire que le principe posé par la chambre mixte a une portée générale et qu'il ne peut être regardé comme limité au seul cas du refus d'affiliation aux organismes sociaux.

LA DIFFUSION DE LA JURISPRUDENCE, MISSION DE SERVICE PUBLIC

Emmanuel LESUEUR de GIVRY
Conseiller à la Cour de cassation
Directeur du service de documentation et d'études

Augustin-Charles Renouard, Conseiller à la Cour de cassation, écrivait en 1839 au chapitre "jugements et arrêts" du "Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts" : "les jugements et arrêts des cours et tribunaux, que ces tribunaux soient composés d'un juge ou de plusieurs, ne sont la propriété ni du siège duquel ils émanent, ni des plaideurs qui les provoquent. Ils appartiennent au pays tout entier; leur publicité est à la fois une garantie pour les justiciables et un moyen d'enseignement pour tous les citoyens"; ajoutant : "sous l'ancienne législation, la publication des jugements et arrêts était soumise à des permissions préalables qui étaient tout à la fois un instrument de censure et une source de monopoles".

Et pourtant, ce n'est que récemment qu'a émergé en tant que priorité gouvernementale le thème de l'accès au droit et notamment de l'accès à la jurisprudence. Ainsi, depuis une vingtaine d'années, s'affirme une politique profondément novatrice qui entend désormais traduire les objectifs de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Elle a pour atout décisif l'apport des techniques de l'information et de la communication à telle enseigne que, ce dont il est aujourd'hui question, ce n'est plus tant d'accès au droit - ce qui postule une démarche du citoyen pour obtenir l'information -, que de diffusion du droit. Le numérique abolit quasiment la distance entre l'usager et l'informateur. "Internet pour le droit" est devenu un sujet de colloque au même titre que "le droit de l'internet".

Offre-t-il alors la possibilité de rendre plus effectif l'adage *Nemo censetur ignorare legem ?* Souvenons-nous quand même que c'est parce que les services des *traducteurs* étaient proposés aux citoyens romains que les magistrats tenaient pour certain que *nul n'était censé ignorer la loi* ! Il est sûr en tout cas que la consécration récente de la diffusion de la jurisprudence comme mission de service public (I) appelle nécessairement la définition et la mise en oeuvre d'une politique de diffusion des données jurisprudentielles (II).

Tout d'abord, le rappel des phases successives qui ont conduit à la consécration de la diffusion de la jurisprudence comme mission de service public permettra de saisir les problématiques à l'oeuvre en matière de diffusion des données publiques juridiques. La ligne politique ainsi tracée, il sera surtout question ici de l'importance et de l'urgence pour l'institution judiciaire d'assumer pleinement ses responsabilités.

I. La consécration comme mission de service public de la diffusion de la jurisprudence

Elle ne s'est imposée que très progressivement (I -1)

Elle permet aujourd'hui de clarifier et de délimiter les contours de la mission de service public de diffusion du droit par les principes mêmes qui gouvernent le service public (I - 2).

I -1. La longue marche vers la reconnaissance

Données publiques en leur principe même, les décisions jurisprudentielles participent des sources du droit. Force est cependant de constater que leur connaissance est l'objet de revendications dont la satisfaction demeure encore très fragmentaire. C'est qu'historiquement les pouvoirs publics s'en sont largement remis à l'initiative privée (A) jusqu'à ce qu'à partir des années 1970, le développement dispersé des banques de données juridiques et l'incohérence des produits et des techniques appellent, en 1983, à l'initiative du Premier ministre, une réflexion d'ensemble sur la "réorganisation du système informatique d'accès au droit" dont les conclusions ont, de 1984 à 1996, fortement guidé l'action gouvernementale (B) avant que, une fois franchie l'étape intermédiaire si contestée de la concession de service public marquée par le décret du 31 mai 1996 (C) le Conseil d'État, en 1997, puis, avec solennité, le Conseil constitutionnel en 1999 n'ouvrent les voies d'une consécration d'abord réglementaire par le décret du 7 août 2002 puis législative encore à venir de la diffusion de la jurisprudence comme mission de service public (D) -. Enfin, il convient de marquer l'influence des données européennes selon lesquelles la diffusion de la jurisprudence conditionne l'accessibilité du droit (E).

a) Le secteur privé de l'édition juridique en France a toujours occupé une position de premier plan dans la diffusion de la jurisprudence. Il est juste d'observer qu'il a dans une large mesure pallié la relative carence du service public de la justice dans la diffusion de sa production et qu'à certaines périodes, il fut même le seul à assumer cette mission. S'agissant en particulier de la jurisprudence des juridictions du fond, l'État s'en est, jusqu' à tout récemment, principalement remis à l'initiative privée.

Toutefois un certain nombre de critiques portaient sur le coût des produits commercialisés au sein du "marché captif" constitué par les professionnels du droit et, corrélativement, dénonçaient une certaine "confiscation" de la connaissance du droit, ainsi qu'une sélection insuffisamment représentative et pluraliste. Surtout, cette situation apparaissait en décalage avec le puissant

mouvement vers la “transparence administrative”. L’amélioration de l’accès aux documents administratifs, comme, de façon générale, des relations de l’administration et des citoyens, ne pouvait pas manquer d’alimenter le débat sur la diffusion des données publiques, notamment juridiques. Le droit à l’information devenait liberté publique.
Le passage “du papier au numérique” et le développement des bases de données privées et publiques allaient favoriser les mutations nécessaires.

b) Dans un premier temps, pour améliorer le service rendu aux usagers, le décret du 24 octobre 1984 fonde le service public des bases et banques de données appelé à traiter la jurisprudence du Conseil d’État et de la Cour de cassation. Le secteur privé se voit, pour sa part, confier le traitement de la jurisprudence des cours et tribunaux. La commercialisation des données produites par l’État est assurée par une filiale de la Caisse des dépôts et consignations.

c) Le décret du 31 mai 1996 relatif au service public des bases de données juridiques allait accroître les responsabilités gouvernementales. En particulier son champ d’application recouvre désormais la jurisprudence de toutes les juridictions judiciaires ou administratives.
La production des bases de données relève des institutions d’où elles émanent ou peuvent être confiées à des tiers par délégation de service public. Un temps envisagé pour la jurisprudence des cours d’appel, cette procédure de délégation n’a pas vu le jour.
Quant à la diffusion par voie ou par support électronique, le mécanisme de la concession exclusive de service public, qui avait été introduit en 1991, est à nouveau retenu mais assoupli : des licences de rediffusion peuvent être délivrées moyennant rémunération et le respect par le diffuseur d’exigences d’intérêt général.
Ce décret a aussitôt suscité de vives critiques : pour l’essentiel, il placerait les données juridiques sous monopole étatique et porterait en tout cas atteinte à la liberté du commerce et de l’industrie pour abus de position dominante.
En réponse, le Conseil d’État (17 décembre 1997, Ordre des avocats à la cour d’appel de Paris) a jugé que “le décret ne fait pas obstacle au libre accès des tiers aux documents juridiques ni à leur transformation en bases de données, ni à la commercialisation des bases de données que ces tiers auraient créés”.

Il n’en demeurait pas moins que le périmètre du site gratuit créé par le concessionnaire à côté du site payant était fort limité et que la chancellerie continuait à apporter un concours financier à une société privée pour la production d’une base de jurisprudence et à régler les consultations par les magistrats eux-mêmes de leur propre jurisprudence. Surtout, l’accès au droit,

qui postule la gratuité, à tout le moins un faible coût, des données brutes, s'en trouvait considérablement entravé. Plusieurs étapes allaient alors marquer la reconnaissance de l'accessibilité au droit ou, plus exactement désormais, la diffusion du droit, comme mission de service public et contribuer à la redéfinition du service public de la diffusion du droit par l'internet.

d) L'arrêt précité du Conseil d'État a considéré "que la mise à la disposition et la diffusion de textes, décisions et documents juridiques de la nature de ceux mentionnés à l'article 1er précité du décret attaqué, dans des conditions adaptées à l'état des techniques, s'appliquant, sans exclusive ni distinction, à l'ensemble de ces textes, décisions et documents - et notamment de ceux dont la diffusion ne serait pas économiquement viable - et répondant aux exigences d'égalité d'accès, de neutralité et d'objectivité découlant du caractère de ces textes, constituent, par nature, une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient à l'État de veiller". Tout est dit. Confortant cette consécration, le Conseil constitutionnel devait, dans sa décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 relative à la loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, saisir l'occasion d'énoncer "l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi".

Forte de ces décisions et de multiples travaux le plus souvent d'origine gouvernementale, la politique de diffusion des données publiques juridiques s'est concrétisée par le décret du 7 août 2002 créant le service public de la diffusion du droit par l'internet. Il est mis fin au régime de la concession. Au régime de diffusion en ligne payante est ainsi substitué celui de la gratuité, notamment des décisions et arrêts du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, de la Cour de cassation et du Tribunal des conflits, ainsi que d'une sélection des décisions des autres juridictions administratives, judiciaires et financières. Il met par ailleurs en place un dispositif permettant, moyennant l'octroi de licences, la réutilisation des données au seul coût de leur mise à disposition. L'accès quasiment gratuit est donc instauré et généralisé aux bases de données publiques juridiques.
La discussion en deuxième lecture devant l'Assemblée nationale du projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique a été l'occasion d'un débat sur la politique de diffusion des données publiques. L'adoption contre l'avis du gouvernement d'un amendement fortement inspiré du projet de loi devenu caduc sur la société de l'information réaffirme d'une part le principe de la "mise à la disposition de toute personne qui en fait la demande des données numérisées collectées ou produites, dans l'exercice de leurs missions de service public par les personnes publiques ainsi que par les personnes privées chargées d'une telle mission", d'autre part l'exigence de gratuité des "données

essentielles". La jurisprudence en fait certainement partie. Mais le Sénat devra à son tour se prononcer sur ces dispositions qui font suite à l'adoption de la Directive européenne du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public.

e) La politique de diffusion de la jurisprudence doit en effet s'inscrire dans l'encadrement juridique européen.
L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît à toute personne la liberté de communiquer comme de recevoir des informations. A cet égard le rôle de la diffusion de la jurisprudence dans l'accessibilité et la prévisibilité du droit est affirmé depuis longtemps.
Pour la Cour européenne des droits de l'homme en effet, la loi ne se réduit pas à une définition organique mais désigne "d'une manière générale le droit objectif d'un État"; elle doit être suffisamment prévisible et accessible, ce qui suppose sa publication et cette exigence, qui peut être satisfaite "par toute manière appropriée", est régulièrement contrôlée. Il s'agit soit de permettre d'assurer aux justiciables "le degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique" ainsi que la connaissance de leurs droits et obligations, soit de mettre les États en mesure de justifier de leurs éventuelles ingérences lorsqu'elles ne sont pas prévues par les textes.
Il faut que la loi soit suffisamment accessible ; le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné ; en second lieu, on ne peut considérer comme une loi qu'une norme énoncée avec suffisamment de précision pour permettre à un citoyen de régler sa conduite ; " en s'entourant de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé" (CEDH,2 août 1984 Malone).
Le Considérant 16 de la Directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public traduit la même exigence : "la publicité de tous les documents disponibles qui sont détenus par le secteur public - non seulement par la filière politique, mais également par la filière judiciaire et la filière administrative - constitue un instrument essentiel pour développer le droit à la connaissance, principe fondamental de la démocratie. Cet objectif est applicable aux institutions, et ce, à tous les niveaux, tant local que national et international".

La diffusion de la jurisprudence, jusqu'ici trop souvent cantonnée au champ clos des professionnels du droit, constitue aujourd'hui une mission de service public. A ce titre, elle doit s'efforcer de traduire les principes qui lui sont consubstantiels.

I - 2. Des principes d'action

Mission de service public, la diffusion de la jurisprudence doit alors présenter plusieurs caractères.
Comme l'exprime le décret du 7 août 2002, elle doit tout d'abord, au moins s'agissant des juridictions suprêmes, être **exhaustive ;** elle ne peut reposer sur des critères de sélection dont la **neutralité** peut être contestée. La valeur marchande de l'information ou les intérêts catégoriels ne sauraient déterminer les choix de diffusion.
L'exhaustivité est gage d**'égalité** de chances des citoyens dans l'accès au droit. Si, en ce qui concerne les juridictions du fond, la sélection s'impose au regard des volumes en cause et des solutions dénuées soit d'intérêt normatif soit de portée informative pratique, des garanties de représentativité et de neutralité doivent être assurées. La Cour de cassation elle-même distingue les arrêts publiés de ceux qui ne sont pas publiés dans les bulletins de jurisprudence.
Par ailleurs, l'égalité de traitement des citoyens implique la **gratuité** à la seule réserve d'un coût de mise à disposition.
Il importe également de veiller à la **fiabilité** de l'information, notamment par la rapidité de la **mise à jour de l'information.** Il en va de la sécurité juridique des citoyens.

Dans sa mission de service public, l'État doit notamment veiller à la protection des données personnelles contenues dans les décisions de justice. La Recommandation du 27 novembre 2001 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés - qui "estime qu'il serait souhaitable que les éditeurs de bases de données de décisions de justice librement accessibles sur internet s'abstiennent, dans le souci du respect de la vie privée des personnes physiques concernées et de l'indispensable "droit à l'oubli", d'y faire figurer le nom et l'adresse des parties au procès ou des témoins" - continue de nourrir une controverse qui ne se réduit pas aux contraintes moins fortes imposées aux éditeurs des bases de données accessibles par abonnement ou à l'acte par CD-ROM (anonymisation de la seule adresse des parties ou des témoins). Sont également en cause la lisibilité de telle décision, l'optimisation des modes de recherche jurisprudentielle ou des considérations de type économique. Si le flux des décisions prononcées depuis le 15 septembre 2002 sur le site legifrance est désormais anonymisé, le traitement du stock paraît se heurter à l'obstacle budgétaire. La transposition de la "directive du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données" fait l'objet d'un projet de loi modifiant la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés actuellement devant le Parlement. La question de l'anonymisation des décisions de justice y est débattue et sa complexité

soulignée.

Enfin la diffusion par le service public de ses données ne saurait s'effectuer dans des conditions qui portent atteinte aux règles de concurrence et mettent en péril les activités privées. A cet égard la circulaire du 14 février 1994, dite "Circulaire Balladur", relative à la diffusion des données publiques, n'a pas retenu de distinction entre les données brutes et les données élaborées qui fonderait le partage des domaines d'intervention des secteur public et privé; mais l'enrichissement réalisé par l'administration en vue d'une diffusion "ne se justifie juridiquement que si les conditions suivantes sont simultanément remplies :
- la gestion de ce service est en rapport avec sa mission légale,
- la fourniture de ce service satisfait un besoin collectif,
- l'initiative privée n'est pas en mesure d'assurer la couverture de ce besoin ou n'est pas en mesure de l'assurer dans des conditions satisfaisantes du point de vue de l'intérêt général".
De nouveaux équilibres devront s'établir. L'octroi de licences de réutilisation aux personnes qui souhaitent faire usage des données publiques dans leur activité privée de même que la perspective d'étendre au secteur privé la pratique du co-marquage - "possibilité pour un site de rediffuser les contenus et services offerts par un site de l'administration et de les enrichir de données ou de services spécifiques" - devraient y contribuer.
S'agissant de la jurisprudence, si les "enrichissements" des décisions par la technique du titrage, la confection de résumés et la pratique des rapprochements avec les précédents sont des obligations de service public de la justice en ce qu'ils favorisent l'intelligibilité des normes, il ne s'agit nullement d'apporter la plus-value documentaire étendue qui ressort du secteur de l'édition juridique destinée aux professionnels du droit mais de mettre à la disposition des données qualifiées d'"essentielles" ou, selon la Recommandation du Forum des droits sur l'internet, de "citoyennes".

L'institution judiciaire doit donc se doter des moyens de faire face aux obligations de service public qui lui incombent désormais. Jusqu'ici principalement centrée sur la production de la Cour de cassation, **la diffusion de la jurisprudence, étendue aux juridictions du fond, représente un enjeu fondamental**. Elle implique la définition d'une véritable politique à laquelle doivent pleinement adhérer les producteurs de jurisprudence eux-mêmes.

II. Les enjeux de la politique publique de diffusion par voie numérique de la jurisprudence

Si la diffusion de la jurisprudence traduit des exigences d'intérêt

général (II-2), elle permet également aux juridictions de développer la connaissance de leurs productions et par là-même d'améliorer la qualité des réponses judiciaires (II-1).

II- 1. L'enjeu proprement judiciaire de la connaissance de la jurisprudence des juges du fond comme de la Cour de cassation

La justice en quelques chiffres: ceux des affaires nouvelles, des affaires jugées, des affaires en cours; ainsi va la liturgie des audiences de rentrée des juridictions comme l'impose d'ailleurs le Code de l'organisation judiciaire. L'augmentation considérable des contentieux n'a fait que renforcer le discours dominant sur le quantitatif et sur la productivité aux limites sans cesse repoussées. L'ennui, c'est que dans une large mesure, "la machine judiciaire" fonctionne à l'aveugle. Une jurisprudence de la Cour de cassation parcimonieusement diffusée en texte intégral ou d'accès payant et, à quelques exceptions près, le recours à l'initiative privée pour les décisions des juridictions du fond, telle était, jusqu'à il y a peu, la situation.

Ce temps est révolu. Bien davantage qu'une charge supplémentaire pour les juges, la collecte et la diffusion rapide de la jurisprudence au sein du réseau intranet de la justice constituent des leviers de modernisation et de renforcement de la crédibilité du service public de la justice.

Soulignons-en les axes principaux :

- tout d'abord, la diffusion quasi-immédiate de la jurisprudence permet de développer **une veille juridique de qualité :** ainsi la collecte des décisions significatives des juges du fond met-elle la Cour de cassation en mesure de repérer les évolutions, les résistances, les difficultés d'application des lois nouvelles ; en retour, elle se doit d'apporter des réponses rapides et, autant que possible, éclairées par la présentation des rapports des conseillers rapporteurs et des avis des avocats généraux. En particulier tout revirement doit être impérativement signalé et être accompagné d'éléments qui en facilitent la compréhension.

- de façon générale, l'internet rend possible **l'interactivité** entre les juridictions et permet d'instaurer des courants d'échange ascendants autant que descendants. Par ailleurs, au lien quasi exclusivement pyramidal succèdent la diversité et la puissance d'innovation inhérentes à la relation en réseau entre les juridictions du fond.

- sont ainsi rendues possibles le renforcement de l'articulation entre la Cour

régulatrice et les juridictions du fond, l'élaboration de **politiques jurisprudentielles** plus lisibles et par là-même **une plus grande maîtrise du traitement du contentieux.**

A côté d'avancées significatives réalisées par la Cour de cassation pour ce qui concerne sa propre production jurisprudentielle, demeure seulement entrouvert le chantier de la jurisprudence des juridictions du fond.

L'action de la Cour de cassation se déploie sur trois niveaux :

- au sein de la Cour de cassation, la numérisation des données permet de constituer une base des rapports établis par les conseillers rapporteurs. Mémoire de la Cour, elle concourt à la réalisation d'économies de temps d'étude des dossiers et surtout à la sécurité juridique. Elle facilite l'identification d'éventuelles divergences de jurisprudence auxquelles il peut alors être mis fin selon les voies procédurales appropriées.

- au sein des juridictions du fond par le réseau intranet du ministère de la justice qui permet d'accéder aux 350 000 arrêts de la base Jurinet (l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation publiés et diffusés depuis 1990, les arrêts publiés rendus entre 1960 et 1989, outre quelques arrêts "célèbres" antérieurs à 1960).

- sur le réseau internet. Le site d'accès public et gratuit legifrance propose les mêmes arrêts que ceux diffusés en intranet avec des modes de recherche différenciés selon le niveau de l'usager.
Par ailleurs, le site internet propre à la Cour présente, en général le jour même de leur prononcé, sous la rubrique "Actualité jurisprudence", les arrêts les plus importants rendus par la Cour. S'agissant des assemblées plénières ou des chambres mixtes, les arrêts sont le plus souvent accompagnés du rapport du conseiller rapporteur et de l'avis de l'avocat général. Le cas échéant un communiqué facilite d'emblée la compréhension du sens et de la portée de la décision. Le site ouvre encore l'accès gratuit au Bulletin bimensuel d'information à plus de 20 000 abonnés. La mise en ligne des *Rapports annuels* de la Cour de cassation permet désormais d'accéder au panorama de la jurisprudence marquante de l'année écoulée éclairée par les mises en perspective des conseillers. Enfin, pour la première fois les tables analytiques de jurisprudence 1995-2000 comportent jointe au document papier un CD-rom qui permet par lien avec le site legifrance de visualiser le texte intégral des arrêts cités.
Cet effort de diffusion et de valorisation de la jurisprudence s'accompagne d'une politique d'ouverture et d'échanges dont rend compte la rubrique "Manifestations". Cette rubrique est désormais le siège de compte-rendus de

colloques, de rencontres avec l'université, de conférences, ainsi restitués à l'extérieur, et qui, progressivement, contribuent au développement d'échanges avec l'environnement national comme international.
S'il est donc vrai que la Cour met aujourd'hui en ligne l'intégralité de sa jurisprudence, il lui faut dans le même temps s'efforcer de mieux répondre à l'objectif d'intelligibilité énoncé par le Conseil constitutionnel.
La critique n'est pas nouvelle de la difficulté à appréhender nombre d'arrêts dont la concision est souvent critiquée par les juges eux-mêmes. Sans doute convient-il de parvenir à mieux prendre en compte la dimension pédagogique des arrêts et de parvenir à motiver les décisions de façon plus explicite, surtout à l'occasion des revirements de jurisprudence. Cet effort doit être complété par une politique plus systématique de valorisation à la source des décisions car "trop d'informations tue l'information". Par ailleurs, la lisibilité des décisions implique la connaissance de la hiérarchie des décisions de même qu'une présentation éditoriale qui puisse fournir les clefs de lecture souvent indispensables.

Si la jurisprudence de la Cour de cassation est donc désormais disponible dans son intégralité, la diffusion par le service public sur un site national de la jurisprudence des juridictions du fond en est encore au stade des balbutiements.
La Chancellerie a récemment décidé de charger la Cour de cassation de la collecte, du titrage et de la diffusion des arrêts sélectionnés par les cours et tribunaux. L'intérêt de la constitution d'un pôle de jurisprudence judiciaire a déjà été ci-avant mentionné. La fonction régulatrice de la Cour de cassation implique une meilleure connaissance des jurisprudences locales. Des réponses doivent être rapidement apportées aux questions que posent l'application de textes nouveaux et il est essentiel de pouvoir retrouver l'information jurisprudentielle pertinente à partir d'un classement établi sur la base d'une méthode de classement unifiée. Un autre aspect de l'intérêt de l'articulation entre arrêts de cour d'appel et arrêts de la Cour de cassation est souvent souligné: "la traçabilité" du contentieux qui permet d'apprécier la portée d'un arrêt de cour d'appel comme, le cas échéant, celle de l'arrêt de la Cour de cassation.

La création de ce pôle national de jurisprudence judiciaire implique la mise en place de relais locaux stables et motivés qui soient en liaison permanente avec le service de documentation et d'études de la Cour de cassation. Il est appelé à coexister avec les bases de données locales répondant à des besoins spécifiques tels que les jurisprudences en matière d'indemnisation ou de fixation de pensions alimentaires ou de prestations compensatoires.

En l'état, la mission de service public de diffusion de la jurisprudence n'est donc que très incomplètement assumée et cette situation contrarie les efforts accomplis au sein de l'institution judiciaire pour renforcer la maîtrise des contentieux. Par ailleurs, force est de constater que dans une large mesure, la jurisprudence des juridictions du fond demeure "introuvable" alors que sa connaissance répond à un besoin d'intérêt général.

II - 2 L'enjeu d'intérêt général : renforcer l'effectivité des droits

Mme Frison - Roche souligne fort justement que "l'enjeu de la diffusion de la jurisprudence réside bien dans ce passage de l'accès aux règles de droit diffusées par internet à l'accès au droit d'en revendiquer l'application". L'obligation incombant à l'État de diffuser sur l'internet, de façon exhaustive ou après sélection, la jurisprudence aux citoyens à titre gratuit ainsi qu'aux rediffuseurs privés, moyennant l'octroi de licences de réutilisation au seul coût de mise à disposition, marque ainsi une profonde mutation des canaux de réception du droit jurisprudentiel. Sa dimension culturelle au sein de l'appareil judiciaire comme dans la cité est riche de potentialités. Convenons quand même qu'il nous faut progresser dans l'élaboration d'une doctrine du bon emploi de l'abondance pour qu'elle ne soit pas un leurre mais un atout de développement de la citoyenneté. En retour, le droit lui-même pourrait n'être plus tout à fait le même ...

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

A. ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

1. Contrat de travail - Rupture - Licenciement économique - Licenciement collectif - Entreprise en difficulté - Redressement judiciaire - Période d'observation - Licenciement autorisé par le juge-commissaire - Ordonnance du juge-commissaire - Mention dans la lettre de licenciement - Défaut - Portée

(Assemblée plénière, 24 janvier 2003, Bull. n ° 1 ; BICC n ° 573, p. 95, rapport de Mme Mazars et avis de M. de Gouttes)

Il résulte de la combinaison des articles L. 621-37 du Code de commerce, 63 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 et L.122-14-2 du Code du travail que, lorsque l'administrateur procède au licenciement d'un salarié d'une entreprise en redressement judiciaire, en application de l'ordonnance du juge-commissaire autorisant des licenciements économiques présentant un caractère urgent, inévitable et indispensable et fixant le nombre des licenciements ainsi que les activités et les catégories professionnelles concernées, la lettre de licenciement que l'administrateur est tenu d'adresser au salarié doit comporter le visa de cette ordonnance; à défaut, le licenciement est réputé sans cause réelle et sérieuse.

Voir également le commentaire page 319

2. Convention européenne des droits de l'homme - Article 6.1 - Violation - Défaut - Applications diverses - Ingérence du législateur dans l'administration de la Justice - Conditions - Motifs impérieux d'intérêt général - Domaine d'application - Article 29 de la loi du 19 janvier 2000

(Assemblée plénière, 24 janvier 2003, Bull. n ° 2 et 3 ; BICC n ° 574, p. 12 , rapport de M. Merlin et avis de M. Burgelin)

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.

Obéit à d'impérieux motif d'intérêt général l'intervention du législateur 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, en sorte que la cour d'appel, en faisant application de l'article 29 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 au litige, a légalement justifié sa décision.

Voir également le commentaire page 568

3. Agressions sexuelles - Autres agressions sexuelles - Eléments constitutifs - Surprise

(Assemblée plénière, 14 février 2003, Bull. crim. n° 1 ; BICC n° 575, p. 13, rapport de M. Pometan et avis de M. Finielz)

Caractérise la surprise la Cour d'appel qui, pour déclarer le prévenu, interne en ORL, coupable d'agressions sexuelles commises sur la personne d'une patiente, constate souverainement qu'il a agi sous le prétexte fallacieux de réaliser des examens cliniques.

Voir également le commentaire page 505

4. Entreprise en difficulté - Organes de la procédure - Représentant des créanciers - Rémunération - Droit fixe - Conditions - Désignation comme liquidateur

(Assemblée plénière, 21 février 2003, Bull. n° 4 ; BICC n° 577, p. 9, rapport de M. Croze et avis de M. Feuillard)

Hors le cas d'une désignation directe comme liquidateur, il résulte des articles 2, 12 et 21 du décret n° 85-1390 du 27 décembre 1985 que le droit fixe prévu à l'article 2 n'est dû au représentant des créanciers qui si, la procédure de redressement judiciaire étant convertie en liquidation, il est désigné comme liquidateur.

Voir également le commentaire page 375

5. **Bail rural - Statut du fermage et du métayage - Domaine d'application - Convention pluriannuelle de pâturage - Durée - Arrêté préfectoral - Carence - Effet**
(Assemblée plénière, 28 mars 2003, Bull. n° 5 ; BICC n° 579, p. 5, rapport de M. Dupuis et avis de M. Benmakhlouf)

Ayant relevé qu'un arrêté préfectoral pris en application de l'article L. 481-1 b) du Code rural, dont la validité n'a pas été contestée, ne fixait aucune limite de durée aux conventions pluriannuelles de pâturage conclues dans le département, une cour d'appel a pu en déduire que n'était pas contraire aux articles L. 411-1 et L. 481-1 b) du Code rural la convention litigieuse, conforme à l'arrêté et stipulant une durée d'usage de trois, six, neuf années consécutives, renouvelable par tacite reconduction à l'expiration des deux premières périodes triennales.

Voir également le commentaire page 372

6. Protection des consommateurs - Crédit à la consommation - Défaillance de l'emprunteur - Action - Délai de forclusion - Point de départ - Ouverture de crédit reconstituable - Date de la première échéance impayée non régularisée - Portée
(Assemblée plénière, 6 juin 2003, Bull. n° 6 ; BICC n° 581, p. 7, rapport de Mme Gabet et avis de M. Benmakhlouf)

Conformément à la règle selon laquelle le point de départ d'un délai à l'expiration duquel une action ne peut plus s'exercer se situe à la date d'exigibilité de l'obligation qui lui a donné naissance, le délai biennal prévu par l'article L. 311-37 du Code de la consommation court, dans le cas d'une ouverture de crédit reconstituable et assortie d'une obligation de remboursement à échéances convenues, à compter de la première échéance impayée non régularisée.

Voir également le commentaire page 437

7. Convention européenne des droits de l'homme - Article 6.1 - Tribunal - Impartialité - Cour de justice de la République - Commission d'instruction statuant sur la régularité des actes de l'information qu'elle a conduite
(Assemblée plénière, 6 juin 2003, Bull. crim. n° 2 ; BICC n° 582, p. 5,

rapport de M. Challe et avis de M. de Gouttes)

Ne méconnaît pas les garanties de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme l'arrêt de la Commission d'instruction de la Cour de justice de la République statuant sur la régularité des actes de l'information qu'elle a conduite, en application de l'article 23 de la loi organique du 23 novembre 1993, dès lors qu'elle prononce sous le contrôle de l'assemblée plénière de la Cour de cassation ayant, en la matière, pleine compétence pour statuer en fait et en droit.

Voir également le commentaire page 566

8. Cassation - Juridiction de renvoi - Pouvoirs - Cassation totale - Portée

(Assemblée plénière, 24 octobre 2003, Bull. crim. n ° 3 ; BICC n ° 588, p. 3, rapport de Mme Anzani et avis de M. de Gouttes)

La cour d'appel statuant comme juridiction de renvoi après cassation totale apprécie souverainement les circonstances de l'espèce. Dès lors, n'excède pas ses pouvoirs la cour d'appel qui interprète l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel dans un sens différent de celui qu'avait retenu la cour d'appel initialement saisie et qui n'avait pas été censuré par l'arrêt de cassation intervenu.

Juridictions correctionnelles - Saisine - Etendue - Faits visés dans l'ordonnance de renvoi - Conditions - Détermination

(Même arrêt)

Lorsque le tribunal correctionnel est saisi par une ordonnance de renvoi du juge d'instruction, cette ordonnance fixe l'étendue de sa saisine. Justifie sa décision la cour d'appel qui a déterminé les faits dont elle était saisie, en se référant au réquisitoire définitif dont l'ordonnance de renvoi avait entièrement adopté les motifs.

Voir également le commentaire page 491

9. Sécurité sociale - Assurances sociales - Tiers responsable - Recours des caisses - Assiette - Exclusion - Préjudice d'agrément - Définition

(Assemblée plénière, 19 décembre 2003, Bull. n ° 7 ; BICC n ° 592, p. 11, rapport de M. de Givry et avis de M. de Gouttes)

Le préjudice d'agrément est le préjudice subjectif de caractère

personnel résultant des troubles ressentis dans les conditions d'existence.

Sécurité sociale - Assurances sociales - Tiers responsable - Recours des caisses - Assiette - Etendue
(Même arrêt)

Les recours des tiers payeurs 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 celle, de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément. Viole dès lors les articles L. 376-1, alinéa 3, L. 454-1, alinéa 3, du Code de la sécurité sociale et 31 de la loi du 5 juillet 1985, la cour d'appel qui 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, excluant ainsi du recours du tiers payeur des indemnités réparant l'atteinte objective à l'intégrité physique de la victime.

Voir également le commentaire page 359

10. Assurance de personnes - Accidents corporels - Accident ou maladie - Indemnité - Caractère indemnitaire - Condition
(Assemblée plénière, 19 décembre 2003, Bull. n ˚8 ; BICC n ˚593, p. 4, rapport de Mme Tric et avis de M. Benmakhlouf)

Si le caractère prédéterminé des prestations d'assurance versées par un assureur à la victime en cas d'accident n'est pas à lui seul de nature à empêcher ces prestations de revêtir un caractère indemnitaire, les prestations servies par l'assureur au titre de l'incapacité temporaire totale de travail et de l'incapacité permanente partielle revêtent un caractère forfaitaire dès lors qu'elles sont indépendantes dans leurs modalités de calcul et d'attribution de celles de la réparation du préjudice selon le droit commun.

Voir également le commentaire page 464

B. CHAMBRE MIXTE

1. Procédure civile – Fin de non-recevoir - Définition - Clause instituant un préalable obligatoire de conciliation
(Chambre mixte, 14 février 2003, Bull. n° 1 ; BICC n° 576, p. 41, rapport de M. Bailly et avis de M. Benmakhlouf)

Il résulte des articles 122 et 124 du nouveau Code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées; licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en oeuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent.

Voir également le commentaire page 471

2. Action paulienne – Conditions - Antériorité de la créance - Créance existant dans son principe - Action contre une caution - Exception - Faute du créancier à l'encontre du débiteur principal - Irrecevabilité (Chambre mixte, 21 février 2003, Bull. n° 2 ; BICC n° 578, p. 5, rapport de M. Assié et avis de M. de Gouttes)

Dès lors que le créancier justifie d'un principe certain de créance, une cour d'appel retient, à bon droit, que la faute de ce créancier à l'encontre du débiteur principal ne peut être invoquée par la caution par voie d'exception dans le cadre d'une défense à une action paulienne.

Voir également le commentaire page 393

3. Cautionnement - Caution - Action des créanciers contre elle - Responsabilité du créancier envers la caution - Mise en oeuvre - Demande reconventionnelle ou défense au fond - Qualification indifférente - Obligation du juge - Réponse au fond
(Chambre mixte, 21 février 2003, Bull. n° 3 ; BICC n° 578, p. 5, rapport de M. Assié et avis de M. de Gouttes)

Les demandes reconventionnelles et les moyens de défense étant formés de la même manière à l'encontre des parties à l'instance, une cour d'appel doit répondre à la demande d'une caution qui, poursuivie en paiement par le créancier, demande à être déchargée de son obligation en raison de la faute commise par celui-ci à l'encontre du débiteur principal ou directement à son encontre, quelle que soit la qualification procédurale de cette demande.

Voir également le commentaire page 475

4. Conflit de juridictions - Compétence internationale - Immunité de juridiction - Etats étrangers - Application - Exclusion - Acte de gestion - Applications diverses

(Chambre mixte, 20 juin 2003, Bull. n ˚4 ; BICC n ˚584, p. 9, rapport de M. Pluyette et avis de M. de Gouttes)

Les Etats étrangers et les organismes qui en constituent l'émanation ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces Etats et n'est donc pas un acte de gestion. L'acte consistant pour un Etat étranger à ne pas déclarer un de ses employés au régime français de protection sociale n'est qu'un acte de gestion administrative non couvert par l'immunité de juridiction.

Voir également le commentaire page 573 et l'étude de M. le premier avocat général de Gouttes, page 249.

II - LE DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Le dernier rapport annuel de l'année 2002 concernant les arrêts de la chambre sociale (pages 345 à 402) avait signalé les difficultés nées du flux croissant des pourvois, en particulier en matière prud'homale. Ce flux s'est largement amplifié au cours de l'année 2003, et cela malgré le transfert, le 1er mars 2003, du contentieux de la sécurité sociale à la deuxième chambre civile. C'est ainsi que 8930 pourvois ont été enregistrés contre 9529 en 2002, mais avec la sécurité sociale qui avait représenté 1589 pourvois cette même année. L'accroissement du flux se concentre, comme on l'a dit, sur les affaires prud'homales dont le nombre a atteint, en 2003, 8512 contre 7830 en 2002 , soit + 9%, et 7510 en 2001. Sur la période quinquennale 1999/2003, le nombre de pourvois a augmenté de 31%.

Grâce à une organisation rigoureuse, et notamment à l'analyse systématique de tous les mémoires faite dès leur dépôt par un conseiller référendaire membre de la "*cellule de réflexion et d'orientation des pourvois"*, les orientations vers la formation la plus appropriée sont déterminées rapidement, ce qui a permis de raccourcir les délais moyens de jugement qui sont passés en un an de un an et 11 mois à un an et 8 mois, l'objectif étant de réduire les délais à 18 mois et à moins d'un an pour les décisions de non admission. Et le nombre de décisions et d'arrêts a atteint 7103 en 2003, contre 5709 en 2002, soit + 24%. Sur la période quinquennale 1999 à 2003 l'accroissement est de 53 %.

Par rapport à ce chiffre de 7103 le nombre d'arrêts publiés a été en 2003 de 336, soit moins de 5%. C'est dire l'énorme distorsion entre les arrêts qui permettent à la chambre sociale d'exercer l'essence de sa mission, c'est-à-dire l'interprétation unifiante et normative de la règle de droit, -qui se traduit par la publication au bulletin - et la masse d'affaires qui rendent très difficile l'exercice de cette mission.

Cette interprétation unifiante et normative, qui, comme le souligne le professeur Frédéric Zénati dans son étude sur "*La nature de la Cour de cassation*" (Les Annonces de la Seine supplément au n° 27 du 28 avril 2003), doit avoir la généralité caractérisant les règles légales, a été faite par un certain nombre d'arrêts rendus en 2003 par la chambre sociale. Certaines de ces interprétations, peu nombreuses d'ailleurs, sont nouvelles et soulèvent la question récurrente de leur rétroactivité et de la mise en cause de la sécurité juridique, qui fait régulièrement l'objet d'une controverse aux motivations contradictoires. Mais dans une période de mutations accélérées dans tous les domaines, il n'est pas étonnant que la jurisprudence, qui n'est que le reflet de

l'évolution des pratiques sociales, économiques, politiques ou des mentalités, connaisse elle aussi des changements. Cependant il ne faut pas exagérer l'impact des bouleversements entraînés par la modification de l'interprétation jurisprudentielle d'une norme légale. Relativement rares, et fort heureusement, sont les revirements qui ont notamment un impact économique lourd, voire difficilement supportable pour le passé.

Au surplus certaines évolutions étaient largement prévisibles, comme celle consacrée par l'arrêt du 30 avril 2003 reconnaissant à la salariée enceinte, dont le licenciement est entaché de nullité, le droit à réintégration dans son emploi et il en était de même en 2002 de la jurisprudence sur la contrepartie financière des clauses de non-concurrence, ou de celle donnant une nouvelle définition de la faute inexcusable de l'employeur en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles, tant celle existant depuis 1941 était devenue obsolète et trop réductrice des droits des victimes.

En outre lorsqu'une nouvelle jurisprudence s'élabore en s'écartant des solutions jusqu'alors acquises, il s'agit pour l'essentiel de questions particulièrement controversées où il était devenu nécessaire de corriger certains excès ou de fixer une ligne directrice plus cohérente, tels que les problèmes posés par ce qui a été appelé de façon imagée "l'autolicenciement" ou par la multiplication des actions en requalification de contrats à durée déterminée d'usage en contrat à durée indéterminée. Il faut d'ailleurs à cet égard souligner la dialectique constructive qui s'élabore entre le juge de cassation et la doctrine, le premier prenant souvent en considération les critiques de la seconde - et tel a par exemple été le cas en ce qui concerne "l'autolicenciement"- pour réfléchir de nouveau à la pertinence de sa première interprétation. Mais cette critique constructive, qui peut évidemment être vive, ne doit pas se confondre avec un esprit de polémique, de clan ou de chapelle fondé sur le souci d'imposer ses vues, fût-ce au prix de distorsions avec les faits et procédures, d'imputations inexactes, sinon de procès d'intention.

Pour mieux cerner les différents aspects d'un même problème juridique, améliorer ainsi l'élaboration de la jurisprudence et en faciliter la compréhension, la chambre sociale, dans toute la mesure du possible , aborde maintenant les nouvelles questions de droit qui lui sont posées et définit les nouvelles orientations qui lui apparaissent nécessaires à l'occasion d'audiences thématiques regroupant plusieurs affaires sur le même sujet.

C'est ainsi qu'ont été prises, en 2002, les décisions sus évoquées sur la contrepartie financière des clauses de non-concurrence et la faute inexcusable, qu'au mois de juin 2003 la chambre sociale s'est successivement prononcée sur la portée de la mention du lieu du travail dans le contrat, puis sur la question de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, que le 26 novembre 2003 elle

a fixé sa doctrine en matière de contrats à durée déterminée d'usage, que le 2 décembre 2003, elle a confirmé la possibilité pour les parties de rompre amiablement un contrat de travail pour un motif économique et qu'enfin le 19 décembre 2003, elle a tranché la délicate question de l'impartialité des conseillers prud'hommes lorsqu'ils appartiennent à la même organisation syndicale que l'une des parties.

Cependant la présentation des solutions nouvellement adoptées par la chambre sociale de la Cour de cassation en matière de droit du travail ne doit pas faire oublier que, dans sa majeure partie, la jurisprudence se maintient sur une longue durée.

Ainsi, en 2003, plusieurs décisions mentionnées au présent rapport annuel marquent une continuité de la jurisprudence de la Cour de cassation. Tel est le cas en matière de révision des accords collectifs avec l'arrêt du 17 septembre 2003, et, en matière de modification de la situation juridique de l'employeur, avec un arrêt du 17 décembre 2003 appliquant l'article L. 122-12 du Code du travail en cas de transfert d'autorisation d'exploiter des lits entre une clinique privée et un hôpital public.

Certains arrêts sont même le prolongement direct d'une jurisprudence amorcée l'année précédente en matière de clause de non-concurrence, de licenciement, ou, dans le domaine des élections professionnelles, au sujet de l'irrecevabilité du pourvoi dirigé contre une décision rendue dans le cadre d'un contentieux préélectoral. Souvent également, la chambre sociale cherche à étendre les solutions adoptées dans une matière spécifique à un domaine voisin. Ainsi, a t-elle cette année reconnu au salarié menacé d'un licenciement pour motif économique le droit de refuser un poste offert en reclassement, comme elle l'avait déjà retenu pour le reclassement du salarié physiquement inapte à son emploi.

Comme les années précédentes, l'apport de la Cour de cassation à la jurisprudence sociale concerne autant les rapports individuels de travail que les rapports collectifs. Ainsi dans le domaine des relations individuelles de travail, un arrêt du 23 septembre 2003 définit les conditions et les cas où l'employeur est autorisé à invoquer plusieurs motifs personnels de nature différente à l'appui du licenciement, mettant fin à de nombreuses incertitudes. Et dans le domaine des rapports collectifs de travail, la Cour de cassation, par un arrêt du 30 avril 2003, permet aux employeurs et aux syndicats d'un même groupe de sociétés d'organiser une représentation syndicale à l'intérieur du groupe. Une autre décision importante rendue le 24 février 2003 a précisé qu'il n'entrait pas dans les pouvoirs du juge des référés d'ordonner la réquisition de salariés grévistes. On examinera donc les aspects à dominante individuelle du travail (I), puis ses aspects à dominante collective et les questions de procédure (II).

I. ASPECTS A DOMINANTE INDIVIDUELLE DU DROIT DU TRAVAIL

Seront notamment abordés, l'existence, le contenu et la formation du contrat de travail, son exécution, les licenciements pour motifs inhérents à la personne et les formalités du licenciement, les ruptures du contrat de travail pour motif économique et les incidence d'une procédure collective, la rupture du contrat de travail en raison des manquements de l'une des parties, et les règles particulières au contrat à durée déterminée.

A. EXISTENCE, CONTENU ET FORMATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Contenu du contrat de travail

a) Clause de non-concurrence - Contrepartie financière - Montant - Période pendant laquelle l'obligation de non-concurrence n'a pas été respectée -Effet
Chambre sociale, 25 février 2003 (Bull. n˚65)

Le contrat de travail d'un VRP comportait une clause de non-concurrence qui le faisait bénéficier de plein droit, à défaut de clause plus favorable de son contrat, de la contrepartie financière prévue par l'article 17 de l'Accord national interprofessionnel du 3 octobre 1975 , c'est-à-dire le versement pendant la durée de l'interdiction d'un certain pourcentage du salaire. Son employeur l'avait licencié sans lui verser ladite contrepartie, que le salarié avait réclamé en justice. Mais il s'est avéré qu'à partir d'une certaine date le salarié avait cessé de respecter l'obligation de non-concurrence. La cour d'appel avait

limité le paiement de la contrepartie à la période pendant laquelle le salarié l'avait respectée. Ce dernier, à l'appui de son pourvoi en cassation, soutenait que dès lors que l'employeur, comme il en avait la faculté, n'avait pas levé la clause de non-concurrence dans le délai prévu par l'article 17 précité, le salarié avait droit à l'intégralité de la contrepartie. Le moyen n'était pas sans portée car il appartient effectivement à l'employeur de prendre l'initiative de payer les indemnités de non-concurrence dès lors qu'il n'a pas libéré le VRP de la clause lors de la rupture du contrat.

La chambre sociale a toutefois estimé plus équilibré, par son arrêt du 25 février 2003, de reprendre la solution d'un précédent arrêt du 27 mars 1996 (Bull. n˚ 119) en affirmant que la contrepartie financière à l'obligation de non-concurrence n'est due au salarié que pour la période pendant laquelle il a

respecté son obligation de non-concurrence. Mais elle a ouvert au juge, si le salarié le demande, la possibilité de lui allouer des dommages-intérêts en réparation du préjudice que lui a causé l'inexécution par l'employeur de son obligation de verser la contrepartie financière à laquelle il est tenu dès la rupture du contrat.

b) Lieu d'exécution du travail - Mention dans le contrat de travail - Portée - Valeur informative
Chambre sociale, 3 juin 2003 (Bull. n° 185)

Lorsque le contrat de travail mentionne le lieu du travail, tout changement de ce lieu par l'employeur obéit-il au régime de la modification du contrat de travail ? Telle était la question posée par deux pourvois auxquels la chambre sociale, statuant en formation plénière, a eu à répondre pour la première fois depuis son abandon en 1992 de la vieille distinction entre modifications substantielles, que l'employeur ne peut imposer sans l'accord du salarié, et simple changement des conditions de travail qui, sauf abus, relève du pouvoir de direction de l'employeur.

L'hésitation était permise compte tenu de l'importance pratique de la localisation du travail pour beaucoup de salariés, mais aucune disposition légale n'impose de tenir la simple mention du lieu du travail dans un contrat comme ouvrant au salarié un droit contractuel d'y demeurer pendant toute sa vie professionnelle au service du même employeur, de sorte qu'un changement, si minime soit-il, ne pourrait lui être imposé. Et la directive européenne n° 91-533 du 14 octobre 1991, entrée en vigueur le 1er juillet 1993, est d'un faible secours quant à la portée de cette mention dans le contrat puisque, si elle l'impose, il n'en résulte pas pour autant qu'il s'agisse d'une mention substantielle ayant force contractuelle intangible sans commun accord.

Dans un souci de droit, de réalisme et de sécurité juridique, et en tenant compte de la notion de secteur géographique qui limite le pouvoir de direction de l'employeur quant aux changements de lieux qu'il peut imposer à ses salariés (Soc., 16 décembre 1998, Bull. n° 558), la chambre sociale a décidé que "la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information, à moins qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu". Ainsi est clairement condamnée l'approche au cas par cas de la portée de la simple mention du lieu du travail dans le contrat sans autre précision. Une telle approche individualiste, dont les paramètres d'appréciation sont insaisissables tant ils peuvent varier à l'infini, serait une source majeure d'insécurité juridique, pour les deux parties, et, ce qui est plus grave dans la conjoncture actuelle, de nature à paralyser des transferts et adaptations de locaux nécessaires au maintien de l'activité de l'entreprise et de l'emploi du plus grand nombre dans le même secteur géographique. L'intérêt

collectif du maintien de l'emploi doit être pris en compte car un manichéisme outrancier fondé sur une approche strictement individualiste du contrat ne pourrait qu'avoir des effets pervers s'il était indifférent en termes de coût d'indemnisation des salariés refusant tout changement de leur lieu de travail que ce changement se fasse dans le même secteur géographique ou loin au delà, voire même à l'étranger.

Et par un arrêt délibéré en 2003, mais rendu le 21 janvier 2004 (Arrêt n° 132, pourvoi n° 02-12.712 qui sera publié au bulletin de 2004), la chambre sociale, de nouveau dans sa formation plénière, a entendu confirmer cette doctrine dans une affaire où pour décider qu'il y avait lieu à établissement d'un plan social en raison d'un transfert des locaux d'une entreprise, la cour d'appel s'était fondée sur le seul fait que le lieu initial du travail était mentionné dans les contrats de tous les salariés et qu'il était ainsi contractualisé .Cette confirmation a d'autant plus de force que la cassation a été prononcée partiellement sans renvoi.

B. EXÉCUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

1. Modification de la situation juridique de l'employeur

a) Employeur - Modification dans la situation juridique de l'entreprise - Transfert partiel de l'entreprise - Salarié protégé compris dans le transfert - Autorisation administrative - Nécessité
Chambre sociale, 28 mai 2003 (Bull. n° 181)
V. ci-dessous rubrique Règles communes aux salariés protégés

b) Employeur - Modification dans la situation juridique de l'entreprise - Définition - Transfert d'une entité économique autonome conservant son identité - Cas - Clinique à laquelle sont transférées des autorisations administratives d'exploitation de lits - Conditions
Chambre sociale, 17 décembre 2003 (à paraître)

La chambre sociale a déjà eu l'occasion de dire, suivant en cela la position prise par la Cour de justice des communautés européennes dans un arrêt du 26 septembre 2000 *(Mayeur/Apim*), que le transfert des actifs d'une clinique privée à un hôpital public relevait de l'article L 122-12, alinéa 2, du Code du travail, en sorte que les contrats de travail du personnel de la clinique se poursuivaient de plein droit avec l'établissement public de santé (Soc.,

25 juin 2002, Bull. n° 209, Rapport annuel 2002, p. 357).

Dans la présente espèce, il n'y avait pas eu de cession d'éléments d'actifs corporels entre la clinique et l'hôpital public, mais seulement un transfert, de la première vers le second, d'une part importante des autorisations administratives d'exploiter des lits et places de soins, ainsi que le permet le Code de la santé publique, avec l'agrément de l'Agence régionale de l'hospitalisation, le personnel de la clinique étant ici repris par le centre hospitalier, dans un statut d'agent contractuel puis en qualité d'agents intégrés à la fonction publique hospitalière, à la seule exception de ceux qui avaient refusé ce changement. Pour écarter l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, et considérer que les contrats de travail en cours avaient été rompus par la clinique, la cour d'appel avait relevé qu'il n'y avait pas eu de transfert d'éléments d'exploitation corporels ou incorporels. Sa décision est cassée parce qu'il résultait de ses constatations, relatives notamment au transfert d'autorisation de lits et places constituant des éléments incorporels nécessaires à l'exploitation d'un établissement de santé, qu'une entité économique à laquelle étaient affectés les salariés passés au service de l'hôpital public avait été transférée au centre hospitalier, qui avait poursuivi l'activité de cette entité. Il convient d'observer à ce propos que l'article 102 de la loi du 9 janvier 1986 relative à la fonction publique hospitalière permet dans ce genre de situation un recrutement par décret du personnel attaché à la clinique en qualité de fonctionnaire, ce qui s'était réalisé dans cette affaire, au bénéfice des salariés demandeurs, qui entendaient ainsi cumuler le bénéfice du maintien de leur emploi avec des indemnités de rupture.

2. Modification du contrat de travail

a) Modification imposée par l'employeur - Modification du contrat de travail - Déplacement occasionnel en dehors du secteur géographique habituel (non)
Chambre sociale, 22 janvier 2003 (Bull. n° 15)

Si la mention du lieu de travail dans un contrat n'a qu'une valeur informative, sauf clause stipulant que le salarié exécuterait son travail exclusivement dans ce lieu (cf supra les arrêts du 3 juin 2003), il n'en demeure pas moins que, sauf clause de mobilité mise en oeuvre de façon loyale, tout changement du lieu de travail dans un autre secteur géographique constitue une modification du contrat nécessitant l'accord des salariés (Soc. 4 mai 1999, *Bull. n° 186*).

Mais si la jurisprudence est bien établie à cet égard, la question demeurait cependant posée de savoir si un salarié pouvait se voir imposer un déplacement occasionnel en dehors du secteur géographique où il travaille

habituellement.

La chambre sociale n'avait apporté à cet égard que quelques éléments de réponse. Elle avait considéré, notamment, qu'une salariée dont le contrat prévoyait uniquement la possibilité de déplacements en province pouvait se voir imposer une mission ponctuelle en Allemagne eu égard à la nature de ses fonctions de consultant et à la circonstance qu'elle avait été embauchée en raison notamment de ses connaissances de la langue allemande (Soc., 21 mars 2000, *Bull. n ° 109*). De même, elle avait jugé que le changement d'affectation d'un chauffeur de car dont le contrat ne comportait aucune disposition relative au lieu de travail n'emportait pas modification de son contrat, la nature même de l'emploi impliquant une certaine disponibilité géographique (Soc., 4 janvier 2000, *Bull. n ° 4*).

L'arrêt du 22 janvier 2003 apporte cette fois une réponse de principe en admettant la possibilité d'imposer à un salarié un déplacement occasionnel en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement, mais à deux conditions : d'une part, la mission doit être justifiée par l'intérêt de l'entreprise, d'autre part, la spécificité des fonctions du salarié doit impliquer de sa part une certaine mobilité. Il s'agissait en l'espèce d'un chef de chantier principal ayant le statut de cadre, dont le contrat ne comportait ni mention du lieu de travail ni clause de mobilité, mais qui depuis une dizaine d'années, travaillait dans un secteur proche d'une certaine ville. Il avait refusé un déplacement occasionnel pour un chantier situé à 300 kilomètres de cette ville et son employeur l'avait licencié en raison de son refus. La cour d'appel avait estimé qu'il s'agissait d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais son arrêt a été cassé pour la raison précitée.

b) Modification imposée par l'employeur - Modification du contrat de travail - Mise à disposition - Conditions
Chambre sociale, 1er avril 2003 (Bull. n ° 128)

Par cet arrêt, la Cour de cassation décide que la mise à disposition par l'employeur de membres de son personnel au bénéfice d'un tiers n'entraîne pas en soi une modification du contrat de travail des salariés concernés.

En l'espèce, dans le cadre d'un programme de rationalisation de l'offre de soins, les salariés du centre hospitalier de la Croix-rouge avaient été mis à la disposition d'un syndicat inter-hospitalier créé pour regrouper l'ensemble des activités hospitalières de Juvisy.

Le comité d'établissement du centre hospitalier de la croix rouge, analysant cette mise à disposition comme une modification du contrat de

travail, avait demandé la mise en oeuvre d'un plan social.

Considérant qu'il n'y avait pas eu modification des contrats de travail, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir rejeté cette prétention. En effet, selon les constatations de l'arrêt attaqué, d'abord, les salariés continuaient de dépendre du même employeur, quant à leurs droits, leur rémunération, la gestion de leur carrière et de leur emploi, ensuite, ils restaient soumis au même pouvoir disciplinaire et enfin ni le lieu de travail, ni la qualification, ni la rémunération, ni la durée du travail de ces salariés, n'étaient changés.

Ainsi, il ne convient pas de s'arrêter à l'existence d'une mise à disposition qui en elle même ne constitue pas une modification du contrat de travail. Les juges du fond doivent rechercher au cas par cas si les éléments constitutifs du contrat de travail ont été affectés et ce n'est que s'ils l'ont été par la mise à disposition que la modification pourra être retenue.

En revanche si, comme en l'espèce, ni la rémunération, ni le lieu du travail, ni la durée du travail, ni la qualification n'ont été modifiés et que les salariés restent soumis au pouvoir de direction de l'employeur initial, il n'y a aucune modification du contrat de travail.

3. Pouvoir de direction et responsabilité de l'employeur

a) Etendue - Restrictions aux libertés des salariés - Contrainte justifiée par la nature des tâches à accomplir et proportionnée au but recherché - Effets -Trouble manifestement illicite (non)
Chambre sociale, 28 mai 2003 (Bull. n° 178)
V. ci-dessous rubrique Licenciements pour motifs inhérents à la personne du salarié.

b) Employeur - Responsabilité - Atteinte à la dignité d'un salarié en raison de la divulgation des faits qui lui sont reprochés
Chambre sociale, 25 février 2003 (Bull. n° 66)

Cette affaire fait l'objet d'une analyse dans la rubrique relative au licenciement disciplinaire (b), mais elle est aussi intéressante à un autre titre. En effet, parallèlement au licenciement pour faute grave qu'il avait engagé contre une salariée pour des faits contraires à l'obligation de loyauté et de probité**,** l'employeur avait divulgué ces faits à l'ensemble du personnel. La chambre sociale a décidé que le fait de porter à la connaissance du personnel sans motif légitime les agissements d'un salarié nommément désigné constitue une atteinte à sa dignité de nature à lui causer un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi. L'obligation de respecter la dignité du salarié, qui fonde

la prohibition du harcèlement sexuel et moral, est ainsi clairement affirmée comme étant une valeur majeure de la relation de travail et devrait connaître sans doute dans l'avenir des développements significatifs.

4. Salaire

Primes et gratifications - Primes ou majoration de salaires en fonction des distances parcourues - Clause de rémunération de nature à compromettre la sécurité dans le transport routier - Illicéité

Chambre sociale, 13 novembre 2003 (à paraître)

Cet arrêt pose la question du paiement des heures supplémentaires dans les transports routiers et de la rémunération au rendement au kilomètre.

Aux termes de l'article 14 du chapitre II de la convention collective des transports routiers dans sa rédaction résultant d'un avenant du 22 juillet 1992, dans un but de sécurité, les contrats de travail ne pourront contenir de clause de rémunération de nature à compromettre la sécurité, notamment par incitation directe ou indirecte au dépassement de la durée du travail ou des temps de conduite autorisés, tels que l'octroi de primes ou de majorations de salaire en fonction des distances parcourues ou du volume des marchandises transportées.

Plusieurs salariés, chauffeurs routiers au service d'une société de transports, avaient saisi la juridiction prud'homale de demandes en paiement d'heures supplémentaires, repos compensateurs et congés payés afférents. Pour les débouter de ces demandes, une cour d'appel avait retenu que l'employeur avait appliqué un système de rémunération forfaitaire augmentée d'une prime de rendement au kilomètre parcouru, et que, par conséquent, les demandes des salariés antérieures à cette date n'étaient pas fondées.

La chambre sociale a cassé cet arrêt, sur le fondement de la disposition précitée et de l'article L. 212-1-1 du Code du travail, en estimant que le versement d'une prime de rendement au kilomètre constituait une incitation au dépassement de la durée du travail, et était illicite. On rappellera que par un arrêt du 21 mai 1997 (Bull. n° 183) la chambre sociale avait déjà, en matière de transport routier, décidé qu'était illicite une prime incitant les salariés à dépasser la durée normale du travail et les temps de conduite autorisés.

La prime litigieuse ne pouvait donc être prise en compte pour

déterminer si les chauffeurs routiers avaient été rémunérés pour les heures supplémentaires accomplies. Le souci de sécurité marqué par la convention collective trouve ici une illustration concrète par l'interdiction de toute incitation au dépassement de la durée du travail ou des temps de conduite. Et cette décision se situe dans la continuité d'une jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation qui, essentiellement depuis le début de 2002, entend prendre en compte très largement l'impératif de sécurité dans l'entreprise. On renverra à cet égard au rapport annuel 2002, (pages 361 et 401).

C. LICENCIEMENTS POUR MOTIFS INHÉRENTS À LA PERSONNE

1. Licenciements disciplinaires

a) Cause - Refus des propositions de reclassement par le salarié menacé d'un licenciement pour motif économique (non)
Chambre sociale, 29 janvier 2003 (Bull. n˚28)
V. ci-dessous rubrique licenciement pour motif économique

b) Cause - Faute grave - Manquement à l'obligation de loyauté et de probité du salarié
Chambre sociale, 25 février 2003 (Bull. n˚66)

Cette affaire concerne la salariée d'une caisse d'allocations familiales dont les attributions consistaient notamment à lutter contre la fraude aux prestations familiales. Or, dans une autre caisse - totalement indépendante en droit de la première - dont elle relevait à raison de son domicile, elle avait commis une telle fraude (minoration pendant plusieurs années de ses déclarations de ressources afin de bénéficier de prestations sociales indues). Elle avait été licenciée pour faute grave et la cour d'appel avait retenu cette qualification.

Le pourvoi formé par cette salariée, qui reprochait entre autres à la cour d'appel d'avoir ainsi statué sans relever de trouble objectif apporté à son employeur, a été rejeté au motif que les faits qu'elle avait commis en sa qualité d'allocataire de sa caisse de résidence étaient ceux qu'elle était chargée de poursuivre au titre de ses fonctions dans sa caisse d'activité et que lesdites fonctions la soumettait à une "*obligation particulière de loyauté et de probité*".

c) Cause - Faute grave - Faute du salarié pendant un arrêt maladie - Manquement à l'obligation de loyauté (oui)
Chambre sociale, 21 octobre 2003 (Bull. n˚258)

Le rapport annuel 2002 comporte un commentaire (p. 363) d'un arrêt du 4 juin 2002 qui avait exclu toute faute d'un salarié en arrêt de travail pour maladie pour avoir apporté une aide bénévole à un tiers dans une activité n'impliquant aucun acte de déloyauté vis-à-vis de son employeur ; et ce commentaire se terminait par l'indication que "la solution aurait sans doute été différente si l'activité ainsi exercée pendant l'arrêt maladie avait été la même que l'activité professionnelle du salarié chez son employeur".

L'arrêt du 21 octobre confirme cette appréciation à propos d'un salarié mécanicien-auto qui, au cours d'un arrêt de travail pour maladie, avait entrepris la réparation d'un véhicule pour son compte en faisant appel à un autre mécanicien de la société qui l'employait, de sorte qu'il avait manqué à l'obligation de loyauté envers son employeur et commis ainsi une faute grave.

Le fait que le salarié se livre à l'activité même qu'il exerce chez son employeur est incompatible avec l'arrêt maladie dont il bénéficie et caractérise un acte de déloyauté, encore aggravé par l'appel à un autre salarié de l'employeur, sans qu'il soit nécessaire que les juges du fond aient expressément qualifié le comportement de déloyal dès lors que les faits relevés par eux impliquent une telle qualification.

d) Cause - Chauffeur salarié s'étant vu retiré son permis de conduire pour des faits de conduite sous l'empire d'un état alcoolique commis en dehors du temps de travail - Rattachement à la vie professionnelle - Faute grave (non) - Faute justifiant une licenciement pour cause réelle et sérieuse (oui)
Chambre sociale, 2 décembre 2003 (pourvoi n ˚01-43.227, à paraître)

Cet arrêt concerne un salarié chauffeur de poids lourd qui, alors qu'il conduisait un véhicule en dehors de l'exercice de ses fonctions, avait fait l'objet d'un contrôle positif de son imprégnation alcoolique et dont le permis de conduire avait été immédiatement retiré, avant que la tribunal correctionnel ne l'annule. Son employeur l'avait licencié pour faute grave en raison de ces faits et le Conseil de prud'hommes avait décidé que si la faute grave ne pouvait être retenue, il s'agissait de faits fautifs justifiant un licenciement avec cause réelle et sérieuse. La cour d' appel avait infirmé le jugement mais son arrêt a été cassé par la Cour de cassation au motif que "le fait pour un salarié affecté en exécution de son contrat de travail à la conduite de véhicules automobiles de se voir retirer son permis pour des faits de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, même commis en dehors de son temps de travail, se rattache à sa vie professionnelle".

L'idée qui sous-tend cet arrêt est que les normes de sécurité attachées

à la circulation sur les voies ouvertes à la circulation publique, normes dont l'une des plus importantes est l'interdiction de la conduite sous l'empire d'un état alcoolique, ne peuvent se diviser et que le salarié, dont l'activité salariée consiste à conduire des véhicules, commet nécessairement un acte se rattachant à sa vie professionnelle lorsqu'il transgresse cette norme, même en dehors de son temps de travail. On rejoint ainsi avec cette décision le souci maintenant constant de la chambre sociale de mettre en exergue l'impératif de sécurité et les conséquences disciplinaires en découlant (cf. le commentaire supra de l'arrêt du 13 novembre 2003 sur l'illicéité des primes fondées sur le nombre de kilomètres parcourus). On peut enfin souligner que cet arrêt a d'autant plus de portée que la cassation a été prononcée sans renvoi par confirmation de la décision du conseil de prud'hommes.

e) Cause - Faute grave - Activité personnelle sans lien avec l'emploi salarié et sans méconnaissance d'une obligation née du contrat de travail (non)
Chambre sociale, 21 octobre 2003 (Bull. n° 259)

Une secrétaire médicale avait été licenciée pour faute grave parce qu'elle se livrait dans sa vie privée à une activité de "voyante tarologue". La cour d'appel avait décidé que le licenciement était licite au motif qu'une telle activité était incompatible avec ses fonctions de secrétaire médicale lui donnant accès à des dossiers confidentiels. Une cassation a été prononcée dans les termes suivants : "*Qu'en statuant ainsi, sans constater un manquement de la salariée à son obligation contractuelle de confidentialité, alors que le comportement incriminé, relevant de sa vie personnelle, ne pouvait en lui même constituer une faute, la cour d'appel a violé les textes susvisés*" (art L. 122-14-3 et L. 122-40 du Code du travail).

C'est donc seulement s'il avait été établi que la salariée, pour faciliter son activité de voyante, avait effectivement utilisé des données confidentielles prises dans les dossiers médicaux auxquels elle avait accès, qu'une faute aurait pu être retenue à son encontre. En ce cas, en effet, elle aurait manqué à son obligation de loyauté.

Cet arrêt se situe donc dans la ligne d'une jurisprudence constante suivant laquelle un fait de vie personnelle ne peut en principe constituer une faute, sauf manquement à une obligation particulière née du contrat de travail (obligation de loyauté, de probité, de confidentialité..), ni même, en l'absence de faute, une cause réelle et sérieuse de licenciement sauf si le comportement du salarié, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise qui l'emploie, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière (Soc., 17 avril 1991, Bull. n° 201), ce qui permet de préserver la spécificité des entreprises dites de "tendance", c'est-à-dire des entreprises dont l'activité est

la promotion et la défense de convictions et des comportements qui s'y attachent, à condition bien entendu qu'ils soient licites.

2. Autres causes de licenciement et mise en oeuvre de celui-ci

a) Formalités légales - Enonciation des motifs dans la lettre de licenciement - Coexistence de deux motifs inhérents à la personne - Possibilité - Conditions
Chambre sociale, 23 septembre 2003 (Bull. n° 242)

Une lettre de licenciement peut assurément comporter l'énoncé de plusieurs motifs puisque l'article L. 122-14-2, alinéa 1er, du Code du travail énonce que l'employeur est tenu d'énoncer le ou *les* motifs du licenciement dans la lettre de licenciement.

Une sérieuse difficulté apparaît cependant en cas de pluralité de motifs, lorsque chacun d'eux implique la mise en oeuvre d'une procédure particulière. Se pose alors la question de savoir si ces différents motifs ne sont pas exclusifs les uns des autres.

La chambre sociale avait apporté un premier élément de réponse, en énonçant qu'en cas de coexistence d'un motif économique et d'un motif inhérent à la personne, il appartient au juge de retenir lequel de ces deux motifs a été la cause première et déterminante du licenciement (Soc., 10 octobre 1990, Bull. n° 442). Mais elle n'avait pas encore eu à statuer sur la coexistence, dans une lettre de licenciement, de motifs différents de rupture inhérents à la personne du salarié.

Par l'arrêt du 23 septembre 2003, la chambre sociale a admis la possibilité pour l'employeur d'énoncer dans la lettre de licenciement des motifs différents de rupture inhérents à la personne du salarié relevant, les uns du disciplinaire (faute grave invoqué), les autres de l'inaptitude. Toutefois des contraintes précises conditionnent la mise en oeuvre de cette possibilité :

- d'abord, les motifs énoncés dans la lettre de licenciement doivent procéder de faits distincts, à défaut de quoi ils seraient contradictoires et l'exigence de motivation de la lettre de licenciement ne serait pas remplie. On sait à cet égard qu'un même fait ne peut pas caractériser à la fois une faute grave et une insuffisance professionnelle, laquelle n'a aucun caractère fautif (Soc., 9 mai 2000, *Bull. n° 170*).

- ensuite, et c'est tout aussi fondamental, les règles de procédure applicables à chaque cause de licenciement doivent être respectées.

Certes lorsque l'un des motifs invoqué est la faute grave, les droits pécuniaires du salarié seront moindres que ceux attachés à l'autre motif

également invoqué, de sorte que le juge sera vraisemblablement saisi, mais lorsque deux motifs distincts existent effectivement et que l'employeur respecte strictement la procédure inhérente à chacun d'eux, aucune disposition légale ne permet de lui imposer de renoncer à l'un des motifs inhérents à la personne pour n'en invoquer qu'un.

b) Formalités légales - Entretien préalable - Inobservation de la règle sur l'assistance du salarié - Sanction
Chambre sociale, 5 février 2003 (Bull. n° 41)

Cette décision modifie l'interprétation -très controversée tant par une partie de la doctrine que par plusieurs cours d'appel- qui avait été donnée au sujet de l'indemnisation des salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté ou employés par une entreprise occupant habituellement moins de onze salariés dans le cas bien spécifique où, en l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, ils ont été privés de la possibilité de se faire assister par un conseiller lors de la procédure de licenciement.

L'article L. 122-14-5 du Code du travail renvoie dans ce cas à l'article L. 122-14-4 du Code du travail.

Depuis des arrêts du 19 juillet 1995 et du 13 novembre 1996, la Cour de cassation décidait que le salarié devait être indemnisé comme le serait le salarié ayant plus de deux d'ancienneté ou appartenant à une entreprise employant plus de onze salariés. Ainsi lorsque le licenciement était fondé sur une cause réelle et sérieuse, le salarié devait recevoir une indemnisation allant jusqu'à un mois de salaire en raison de l'irrégularité de procédure résultant de l'absence d'assistance (Soc., 19 juillet 1995, Bull. n° 249). Lorsque le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, il lui était dû une indemnité au minimum égale aux salaires des six derniers mois (Soc., 13 novembre 1996, Bull. n° 382).

La Cour de cassation décide dorénavant que l'inobservation de la règle d'assistance du salarié a pour seul effet de rendre applicable le premier alinéa de l'article L. 122-14-4 du Code du travail, le salarié recevant une indemnité au maximum égale à un mois de salaire.

En revanche, l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse reste soumise aux dispositions de l'article L. 122-14-5 du Code du travail, la réparation étant ici uniquement fonction du préjudice subi.

Le renvoi partiel à l'article L. 122-14-4 du Code du travail pour la réparation de l'irrégularité de procédure et le maintien de la règle d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse en fonction du

préjudice aboutit donc au cumul de deux indemnisations. On notera qu'une précédente décision avait déjà admis un tel cumul sur le fondement de l'article L. 122-14-5 (Soc., 18 novembre 1998, pourvoi n° 96-43.625).

c) Licenciement - Nullité - Effets - Réintégration - Domaine d'application - Licenciement d'une salariée en état de grossesse
Chambre sociale, 30 avril 2003 (Bull. n°152)

Cet arrêt pose, pour la première fois, en termes généraux, le droit du salarié dont le licenciement est nul, à la réintégration dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi équivalent .C'est également la première fois qu'il est fait application de ce principe - jusqu'à présent éparpillé dans divers domaines du droit du travail - à l'hypothèse du licenciement d'une salariée en état de grossesse dont le licenciement est nul au regard de l'article L. 122-25-2 du Code du travail.

En effet s'agissant de la violation du statut protecteur de la maternité, l'existence d'une sanction spécifique à la nullité du licenciement de la femme enceinte posée à l'alinéa 2 de l'article L. 122-30 du Code du travail, contraignant l'employeur à verser le montant du salaire qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité, conduisait la chambre sociale de la Cour de cassation à refuser d'attacher une obligation de réintégration à un tel licenciement (Soc. 8 mars 1978, Bull. n° 172 ; 30 janvier 1996 arrêt n° 428 D, Lopes c/ société Sodiart).

Cette solution cantonnant, dans le domaine de la maternité, la réparation du licenciement nul sur le terrain indemnitaire en raison du texte précité est aujourd'hui abandonnée : le droit à la poursuite du contrat de travail marque la prérogative dont dispose la salariée victime d'un licenciement nul, prérogative qui s'impose aux juges et à l'employeur.

Désormais la réintégration dans l'emploi est la sanction qui a vocation à s'appliquer - dès lors que le salarié en fait la demande - à tout licenciement nul, quel que soit le cas de nullité invoqué. Le régime de la nullité du licenciement se trouve ainsi unifié dans sa sanction.

Cependant la demande de réintégration ne constituant qu'une faculté pour le salarié, ce dernier pourra toujours opter pour une réparation indemnitaire du préjudice nécessairement causé par son licenciement nul.

d) Licenciement - Nullité - Domaine d'application - Licenciement d'un salarié revendiquant la liberté de se vêtir à sa guise - Liberté fondamentale (non)
Chambre sociale, 28 mai 2003 (Bull. n°178)

Un salarié, dont il n'était pas contesté que les conditions de son travail justifiaient le port d'une blouse, avait décidé de porter un "bermuda "sous cette blouse. Son employeur, eu égard aux fonctions du salarié qui était au contact de la clientèle de l'entreprise, lui avait demandé de porter un pantalon long, ce à quoi le salarié s'était refusé malgré plusieurs mises en demeure. L'employeur l'ayant licencié, le salarié l'assigna devant le juge des référés pour obtenir l'annulation de son licenciement et sa réintégration. Débouté par les juges du fond, il soutenait devant la Cour de cassation que la liberté de se vêtir constituait, contrairement à ce qu'avait estimé la cour d'appel, une liberté fondamentale à laquelle il avait été porté atteinte.

Le pourvoi a été rejeté au motif que "si, en vertu de l'article L. 120-2 du Code du travail, un employeur ne peut imposer à un salarié des contraintes vestimentaires qui ne seraient pas justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché, la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu du travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales".

La question de qualification d'une liberté était au centre du débat porté devant la Cour de cassation puisqu'elle était le fondement de l'arrêt attaqué et que la 2˚ branche du moyen la visait. Cette question était aussi pertinente puisque le concept de liberté fondamentale est au coeur de notre droit des libertés, et cela tant en jurisprudence que dans la loi ou en doctrine.

Il n'est que de citer, par exemple et pour rester dans le domaine de l'activité professionnelle, l'arrêt Reymondon rendu le 22 novembre 1983 par la première chambre civile de la Cour de cassation (Bull. n˚ 277) qui énonce que "*le droit d'exercer une activité professionnelle est au nombre des libertés fondamentales et que l'atteinte qui lui est portée par l'administration dans des conditions qui sont manifestement insusceptibles de se rattacher à l'un de ses pouvoirs constitue une voie de fait*". Cette norme se retrouve d'ailleurs, avec un adaptation rédactionnelle, dans l'un des arrêts du 10 juillet 2002 concernant la contrepartie financière aux clauses de non-concurrence (Bull. n˚ 239) qui vise "l*e principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle"*. Un autre arrêt de la chambre sociale du 13 mars 2001 (Bull. n˚ 87) se réfère aussi expressis verbis au concept de liberté fondamentale en droit du travail.

S'agissant de la faculté de se vêtir à sa guise au temps et eu lieu du travail, il est apparu à la chambre sociale qu'elle ne méritait pas la qualification de liberté fondamentale, sauf à en galvauder la portée , et que la protection de ce droit pouvait se faire par application de la règle de proportionnalité posée à l'article L. 120-2 du Code du travail. On sait à cet égard que le principe est que le salarié peut se vêtir comme il l'entend, sauf à ce que des circonstances particulières justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché permettent à l'employeur d'imposer certains vêtements (Soc.,

18 février 1998, Bull. n° 90 p 65, à propos d'une blouse de travail imposée sans justification). Un arrêt du 6 novembre 2001 (Bull. n° 337 p. 269) admet ainsi qu'un employeur peut licencier, avec cause réelle et sérieuse, une salariée en contact avec la clientèle d'une agence immobilière qui persistait à se vêtir d'un survêtement.

En l'espèce, il ressortait des énonciations combinées des juges du fond (l'arrêt attaqué étant confirmatif) que la demande de l'employeur était justifiée et proportionnée au but recherché de sorte que le licenciement ne constituait pas un trouble manifestement illicite qu'il y avait lieu de faire cesser.

D. RUPTURES DU CONTRAT DE TRAVAIL POUR MOTIF ÉCONOMIQUE - PROCÉDURES COLLECTIVES

1. Incidence du motif économique sur les droits du salarié

a) Licenciement pour motif économique - Reclassement - Refus du salarié - Possibilité
Chambre sociale, 29 janvier 2003 (Bull. n° 28)

Dans le cadre d'une procédure de licenciement collectif pour motif économique, un plan social avait été établi et des mesures de reclassement proposées à des salariés qui les avaient refusées, et l'employeur les avait licenciés pour faute grave en raison de leur refus. La cour d'appel avait décidé qu'un tel licenciement était sans cause réelle et sérieuse. Le pourvoi a été rejeté par l'arrêt du 29 janvier qui affirme clairement que les salariés menacés de licenciement pour motif économique ont le droit de refuser le reclassement qui leur est proposé.

La chambre sociale a d'abord voulu faire respecter les frontières existantes entre le licenciement pour motif économique et celui pour motif personnel. Lorsqu'un licenciement pour motif économique est envisagé, le salarié ne peut être licencié pour un motif disciplinaire pour la raison qu'il s'opposerait au reclassement proposé. En décider autrement reviendrait à légitimer ce qui constitue en réalité un détournement, sinon un dévoiement, de toutes les garanties qui entourent le licenciement pour motif économique. Certes le refus du reclassement par le salarié peut, s'il est formulé sans motif

légitime, renforcer la position de l'employeur qui pourra ainsi s'en prévaloir pour justifier du bien fondé du licenciement pour motif économique (Soc., 25 octobre 1995 n° 94 41742), mais cela ne doit pas le conduire à substituer un licenciement pour motif disciplinaire à celui pour motif économique initialement envisagé, et en particulier pour une prétendue faute grave.

On soulignera à titre de rapprochement que la chambre sociale avait déjà admis que le salarié inapte à son emploi pour raison de santé pouvait refuser les propositions de reclassement transmises par son employeur sans commettre de faute (Soc., 9 avril 2002, RJS 7/02 n° 807, D 2003 p 306 note Adam, Bull. n° 122).

D'une façon générale on doit considérer que si le reclassement est une obligation pour l'employeur, il constitue pour le salarié un droit que celui-ci est libre d'exercer ou non.

b) Licenciement collectif - Plan de sauvegarde de l'emploi - Manquement de l'employeur à son engagement unilatéral de garantie d'emploi - Effets - Nullité du plan de sauvegarde de l'emploi (non)
Chambre sociale, 25 novembre 2003 (à paraître)

Un dispositif de réorganisation mis en oeuvre dans une entreprise et soumis à la consultation du comité d'entreprise a comporté, en prévoyant des licenciements pour motif économique, des éléments chiffrés relatifs à leur nombre et à leur limitation dans le temps. Invoquant des difficultés économiques nouvelles, l'employeur a mis en oeuvre postérieurement une procédure de licenciement collectif dépassant le nombre de licenciements initialement prévu et comportant, en raison de la taille de l'entreprise et du nombre et de la situation dans le temps des licenciements envisagés, un plan de sauvegarde de l'emploi en application de l'article L. 321-4-1 du Code du travail.

L'arrêt approuve en premier lieu la cour d'appel d'avoir, au vu du contenu détaillé et précis du projet initial, retenu que la limitation prévue par lui du nombre des licenciements à intervenir jusqu'à une année donnée correspondait à un engagement unilatéral de l'employeur de ne pas en prononcer d'autres pendant la même période, engagement non régulièrement dénoncé.

La décision pose en second lieu comme règle que si l'employeur n'honore pas cet engagement unilatéral et met en oeuvre une procédure de licenciement collectif et un plan de sauvegarde de l'emploi prévoyant des licenciements supplémentaires, la sanction à laquelle il s'expose n'est pas la nullité de la procédure et du plan lorsque celui-ci comporte des mesures

d'accompagnement suffisantes, mais la réparation du préjudice individuellement causé aux salariés licenciés pour inobservation de l'engagement, s'ils le demandent.

Cet arrêt précise ainsi la portée de l'engagement pris par l'employeur en matière de sauvegarde de l'emploi, et applique à cet engagement la règle posée par l'article 1142 du Code civil selon laquelle l'obligation de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.

Il souligne aussi que la procédure suivie en cas de licenciement économique collectif et le plan de sauvegarde de l'emploi, anciennement appelé plan social, qui l'accompagne lorsque sont réunies les conditions de l'article L. 321-4-1 du Code du travail, ne peuvent être annulés pour des motifs tirés d'un illégitimité alléguée des licenciements envisagés, puisqu'ils ont précisément pour fonction de les soumettre au débat utile devant la représentation du personnel.

Cette décision s'inscrit donc dans la construction, par la chambre sociale, de sa jurisprudence concernant l'articulation des rapports de travail d'ordre collectif et d'ordre individuel.

c) Licenciement collectif - Plan social - Nullité - Effets - Indemnisation des salariés licenciés
Chambre sociale, 3 juillet 2003 (Bull. n° 214)

Cet arrêt a permis à la Cour de cassation de faire le point sur les conséquences indemnitaires en cas de nullité du licenciement consécutive à la nullité du plan social. La solution adoptée est conforme à celles déjà prises pour les autres hypothèses de nullité du licenciement.

La question de l'étendue de l'indemnisation des salariés est différente selon qu'ils demandent ou non leur réintégration.

En l'espèce, le salarié qui avait été inclus dans un licenciement collectif pour motif économique avait obtenu la nullité de son licenciement après s'être prévalu de la nullité du plan social, en application de la "jurisprudence Samaritaine" qui considère que les licenciements étant la suite et la conséquence d'une procédure de licenciement collectif nulle sont eux-mêmes frappés de nullité (Soc., 13 février 1997, Bull. n° 64).

Si la Cour de cassation s'était déjà prononcée sur l'indemnisation du salarié qui ne demande pas sa réintégration, en lui reconnaissant le droit à une indemnité d'un montant au moins égal à celui prévu par l'article L. 122-14-4 du Code du travail, c'est-à-dire correspondant au minimum aux douze derniers

mois de salaire (Soc., 27 juin 2000, Bull. n° 250 ; Soc., 25 juin 2003, Bull. n° 207), elle n'avait pas encore clairement déterminé les droits du salarié réintégré.

L'arrêt du 3 juillet 2003 précise que les salariés qui demandent leur réintégration ont droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi pendant la période qui s'est écoulée entre leur licenciement et la réintégration, dans la limite du montant des salaires dont ils ont été privés et sous déduction des revenus qu'ils ont retirés d'une autre activité professionnelle et des revenus de remplacement qui leur ont été servis pendant la même période. La réparation n'est donc pas forfaitaire mais doit avoir pour base de calcul l'intégralité des salaires perdus dont la somme constitue aussi un plafond d'indemnisation.

En ce cas, la réintégration prive d'objet les indemnités de rupture qui ont pu être versées à l'occasion du licenciement illicite (Soc., 28 mars 2000, Bull. n° 132) et celles-ci doivent être déduites de la réparation due en raison de la nullité.

d) Modification du contrat de travail pour motif économique - Délai de réflexion accordé au salarié pour se prononcer sur la proposition de modification - Licenciement intervenu avant l'expiration du délai - Effets - Licenciement sans cause réelle et sérieuse
Chambre sociale, 10 décembre 2003 (à paraître ; deux arrêts)

Un employeur avait imposé à un salarié un délai de huit jours pour accepter ou refuser une modification de son contrat de travail, fondée sur un motif économique et l'avait licencié en raison de son refus de cette modification.

Selon l'article L. 321-1-2 du Code du travail, lorsque l'employeur, pour un motif économique, envisage une modification substantielle du contrat de travail, il en informe le salarié par lettre recommandée avec avis de réception, la lettre précisant au salarié qu'il dispose d'un mois à compter de la réception pour faire connaître son refus.

Ce texte ne prévoit pas de sanction en cas de méconnaissance par l'employeur du délai ainsi prévu et la chambre sociale n'avait pas encore eu l'occasion de statuer sur cette question, pourtant latente dans de nombreux pourvois.

On pouvait envisager diverses solutions :

- la méconnaissance par l'employeur de ce délai ne peut ouvrir droit à réparation que si elle a causé au salarié un préjudice qu'il lui appartient de

démontrer.

- cette méconnaissance cause nécessairement au salarié un préjudice et il appartient au juge d'évaluer son montant.

Ces solutions impliquaient que le texte n'instituait qu'une simple règle de procédure.

On pouvait aller plus loin,- c'est la voie choisie par la chambre sociale-, et considérer que le défaut de respect par l'employeur du délai institué par le texte prive de cause réelle et sérieuse un licenciement fondé sur le refus par le salarié de la modification de son contrat de travail.

En effet, l'employeur qui n'a pas laissé au salarié le temps nécessaire pour effectuer un choix réfléchi ne peut se prévaloir du refus manifesté dans de telles conditions pour fonder un licenciement pour motif économique.

La seconde affaire concerne un salarié auquel deux modifications de son contrat de travail avaient été proposées. Il avait refusé la première avant l'expiration du délai d'un mois, mais n'avait pas pris position sur la seconde, et l'employeur, sans attendre lui-même l'expiration de ce délai ni la décision du salarié sur l'autre modification proposée, l'avait convoqué à l'entretien préalable au licenciement, puis licencié. La chambre sociale a approuvé la cour d'appel d'avoir décidé que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse dès lors que le délai d'un mois est destiné à permettre au salarié de se prononcer sur l'ensemble des modifications proposées.

Ces décisions impliquent que le salarié, même s'il a refusé une proposition de modification avant l'expiration de la période d'un mois, puisse se rétracter et qu'il est dès lors interdit à l'employeur d'engager le processus de licenciement avant le terme de cette période.

e) Résiliation amiable du contrat de travail en cours de procédure - Conditions
Chambre sociale, 21 janvier 2003 (Bull. n˚11)

La chambre sociale a toujours fermement affirmé que le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou par une démission, mais aussi à la suite d'un accord entre les parties (Soc., 8 février 1989, Bull. n˚ 104), dès lors que la rupture amiable ne concernait pas un salarié investi d'un mandat représentatif ou qu'elle n'était pas soumise à un régime dérogatoire impératif (Soc., 16 mars 1999, Bull. n˚ 125 ; 12 février 2002, Bull. n˚ 66) et qu'il n'existait pas de différend au jour de la rupture (Soc., 6 mai 1998, Bull. n˚ 236).

L'arrêt du 21 janvier 2003, ainsi que les deux qui sont analysés ci-après, confirme nettement cette doctrine. Il s'agissait d'un salarié qui avait saisi le conseil de prud'hommes aux fins de résiliation de son contrat de travail. Mais en cours de procédure un protocole d'accord négocié par l'avocat de chacune des parties était intervenu en prévoyant les conditions de la rupture du contrat de travail et en en réglant les conséquences pécuniaires. Le salarié avait néanmoins demandé ensuite la nullité de ce protocole que la cour d'appel avait refusé.

La cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par le salarié dès lors que la juridiction du second degré avait "*constaté que l'objet de la convention litigieuse conclu entre les parties par l'intermédiaire de leur avocat respectif, dûment mandaté à cet effet, à la suite de pourparlers minutieux et précis, était de mettre fin d'un commun accord à leurs relations contractuelles dans le cadre d'un départ négocié à l'initiative du salarié, ce dont il résultait que les parties étaient pleinement informées de leurs droits et que ceux du salarié avaient été préservés"*.

f) Résiliation amiable du contrat de travail - Départ volontaire dans le cadre d'un accord d'entreprise afin d'éviter des licenciements pour motif économique
Chambre sociale, 2 décembre 2003 (à paraître)

La chambre sociale avait à se prononcer, en formation plénière, sur la validité d'une rupture négociée du contrat de travail s'inscrivant dans le cadre d'un accord collectif d'entreprise comportant des mesures destinées à favoriser des départs volontaires, afin de réduire les effectifs de l'entreprise. Des salariés qui avaient quitté l'entreprise pour s'établir à leur compte, à la faveur de mesures d'aide au reclassement professionnel prévues dans un accord collectif, et qui avaient, à cette fin, conclu avec leur employeur un accord de rupture amiable de leurs contrats de travail, soutenaient que, dès lors que les suppressions d'emploi reposaient sur des raisons économiques, l'employeur était tenu de mettre en oeuvre une procédure de licenciement économique, jusqu'à la notification des licenciements. La cour d'appel, constatant que la rupture était intervenue à l'initiative de l'employeur, avait condamné celui-ci au paiement de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, faute pour lui d'avoir régulièrement notifié aux salariés un licenciement pour motif économique.

En matière de rupture d'un commun accord reposant sur des raisons économiques, la chambre sociale avait imposé à l'employeur de mettre en oeuvre la procédure de consultation du comité d'entreprise (Soc., 10 avril 1991, Bull. n° 179), obligation ensuite introduite dans l'article L. 321-1 du Code du travail par une loi du 29 juillet 1992, visant toute rupture du contrat de travail

résultant de l'une des causes économiques prévues par cet article.

Dans le présent arrêt, la chambre sociale, pour casser l'arrêt de la cour d'appel, rappelle d'abord au double visa de l'article 1134 du Code civil et de l'article L. 121-1 du Code du travail, que le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou une démission mais encore du commun accord des parties. Elle confirme ensuite, par une référence à l'article L. 321-1, alinéa 2, du Code du travail, qu'une rupture du contrat de travail pour motif économique peut résulter d'un départ volontaire s'inscrivant dans le cadre d'un accord collectif mis en oeuvre après consultation du comité d'entreprise et qu'une telle rupture constitue alors une résiliation amiable du contrat de travail, sans que l'employeur ait à procéder à un licenciement pour motif économique. Il convient d'ailleurs de relever que ce mode de rupture amiable du contrat de travail est expressément envisagé, dans le domaine économique, par la directive 92/56 du Conseil du 24 juin 1992, modifiant la directive 75/129, qui désigne toutes les cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié et qui a été transposée en droit interne par la loi précitée du 29 juillet 1992. La seule circonstance que l'employeur ait pris l'initiative de la rupture, en proposant des mesures incitant le personnel au départ afin de réduire la charge du personnel, ne permet pas pour autant de voir dans une telle résiliation d'un commun accord du contrat de travail une forme déguisée et irrégulière de licenciement économique.

g) Résiliation amiable du contrat de travail - Rupture négociée entre l'employeur et un salarié menacé de licenciement pour motif économique - Conditions
Chambre sociale, 2 décembre 2003 (à paraître)

Cet arrêt, rendu le même jour que le précédent, concerne un salarié qui, à sa demande, avait conclu avec son employeur un accord de résiliation amiable alors qu'il faisait l'objet d'un projet de licenciement économique. Se posait notamment la question de la part laissée à sa volonté dans la conclusion de l'accord, alors que contrairement à l'hypothèse de l'incitation au départ volontaire, objet de la première affaire, qui laisse au salarié la faculté de se porter candidat ou non, le projet de licenciement avait en l'espèce été annoncé au comité d'entreprise avant la signature de l'accord.

Pour rejeter le pourvoi formé contre la décision de la cour d'appel qui avait relevé que l'accord, négocié avant l'annonce faite au comité d'entreprise, avait pour objet de libérer le salarié de ses engagements envers son employeur afin de prendre immédiatement son nouvel emploi tout en conservant le bénéfice des indemnités auxquelles il aurait eu droit en cas de licenciement économique, la chambre sociale, après avoir confirmé sa position sur la validité

de la rupture d'un commun accord, a jugé "*que le salarié concerné par un projet de licenciement pour motif économique n'est pas privé de la faculté de proposer à son employeur une rupture amiable de son contrat de travail, s'il estime y avoir intérêt*".

Ces trois arrêts marquent donc le souci de la chambre sociale de maintenir ce principe fondamental du droit des contrats qu'est la possibilité de rupture amiable du contrat de travail dès lors que le salarié est pleinement informé de ses droits, sous réserve des situations particulières impliquant une dérogation à cette faculté, comme les salariés protégés.

2. Incidence de la procédure collective sur les droits des salariés

a) Employeur - Redressement et liquidation judiciaires - Créances des salariés - Assurance contre le risque de non-paiement - Garantie - Domaine d'application - Créances résultant de la rupture du contrat de travail - Primes de création d'entreprise prévues par le plan social
Chambre sociale, 30 avril 2003 (Bull. n˚150)

La question tranchée par cet arrêt portait sur l'étendue de la garantie de paiement des créances salariales incombant à l'AGS à la suite du redressement ou de la liquidation judiciaire de l'employeur, et au titre d'une indemnité prévue dans un plan social établi au cours de la période d'observation, en vue de licenciements économiques autorisés par le juge-commissaire. En ce cas, la garantie de l'AGS s'applique, selon l'article L 143-11-1, alinéa 2, 2˚ du Code du travail aux *créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant pendant la période d'observation*, le premier alinéa de cet article posant d'une manière générale une condition de rattachement de la créance à l'exécution du contrat de travail. En l'occurrence, l'indemnité allouée dans le plan social aux salariés licenciés avait pour objet de favoriser le reclassement externe de ceux qui envisageaient de créer une entreprise. Dans un arrêt rendu dix ans plus tôt, le 25 mai 1993 (pourvoi n˚ 89-44.419), la chambre sociale avait jugé dans une situation similaire, à propos d'une allocation complémentaire prévue dans un plan social et destinée à compenser une perte de revenus liée à un départ en préretraite, que la garantie de l'AGS ne pouvait s'appliquer dès lors que cet avantage constituait une prestation sociale. Dans le présent arrêt, la chambre sociale rappelle que l'objet du plan social est notamment de faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne peut être évité et que, la prime en cause poursuivant précisément cet objectif et concourant ainsi à l'indemnisation du préjudice causé par la rupture du contrat de travail, l'AGS devait faire l'avance des sommes nécessaires à son règlement.

b) Employeur - Redressement et liquidation judiciaires - Effets - Instances en cours devant la juridiction prud'homale - Interruption (non)

Chambre sociale, 17 septembre 2003 (Bull. n ˚ 234 et 235)

Par deux arrêts rendus le même jour, la chambre sociale s'est prononcée sur la portée qu'il convenait de donner à l'article L. 621-126 du Code de commerce, relatif à l'incidence de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire de l'employeur sur une procédure prud'homale en cours. Dans la première affaire, le pourvoi reprochait à une cour d'appel de n'avoir pas tenu compte d'un jugement de redressement judiciaire prononcé avant la décision des premiers juges et qui, était-il prétendu, rendait celle-ci non avenue ; dans la seconde, était en cause le jugement d'un conseil de prud'hommes désigné comme juridiction de renvoi après la cassation d'une précédente décision, qui avait dit que l'arrêt de cassation était inopposable aux organes de la procédure collective ouverte pendant le cours de la procédure de cassation et que la prescription encourue par le salarié n'avait été interrompue que par la seule saisine de la juridiction de renvoi.

La chambre sociale relève d'abord qu'à la différence de l'article L. 621-41 de ce code qui, pour les autres procédures, prévoit une suspension de l'instance (à laquelle la chambre commerciale reconnaît la nature d'une interruption, au regard des articles 369 et suivants du NCPC), tout en réservant le cas particulier de l'instance prud'homale, l'article L. 621-126 dispose que les instances en cours devant la juridiction prud'homale au jour du jugement d'ouverture *sont poursuivies en présence du représentant des créanciers et de l'administrateur judiciaire,* en obligeant le premier à informer la juridiction saisie et les salariés qui sont dans l'instance de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. Tirant ensuite les conséquences de ce régime spécial, qui déroge expressément à l'article L. 621-41 et qui se justifie par le fait qu'à la différence des autres créanciers les salariés n'ont pas à déclarer leurs créances, la chambre sociale en a déduit, d'une part, que l'instance prud'homale n'est pas interrompue par l'effet du jugement de redressement ou de liquidation judiciaire, de sorte que la sanction édictée par l'article 372 du NCPC n'est pas applicable aux décisions rendues en matière prud'homale ; d'autre part, que le représentant des créanciers et l'administrateur judiciaire ne peuvent se prévaloir d'une inopposabilité à la procédure collective de la décision rendue en leur absence après le jugement d'ouverture que dans la mesure où le premier a informé la juridiction et le salarié du jugement d'ouverture, ainsi qu'il y est légalement tenu. Cette particularité de l'instance prud'homale repose donc pour l'essentiel sur les modalités spécifiques de la vérification du passif social et sur la mission que la loi du 25 janvier 1985 assigne, en ce domaine, au représentant des créanciers. Et dans ces deux affaires, le représentant des créanciers ne justifiant pas avoir accompli les diligences qui lui incombaient, il ne pouvait en être conclu, dans la première, que le jugement prud'homal était non avenu et, dans la seconde, que l'arrêt de cassation était inopposable aux organes de la procédure, devant la juridiction de renvoi.

c) Employeur - Redressement et liquidation judiciaires - Licenciements prononcés en application du plan de cession - Effets - Caducité de l'accord de réduction du temps de travail
Chambre sociale, 17 juin 2003 (Bull. n° 198)
V. rubrique Statut collectif

d) Employeur - Redressement et liquidation judiciaires - Licenciement prononcé pendant la période d'observation - Formalités légales - Lettre de licenciement - Visa de l'ordonnance du juge commissaire autorisant le licenciement - Nécessité
Assemblée plénière, 24 janvier 2003 (Bull n° 1)

Selon l'article L. 122-14-2, alinéa 1er, du Code du travail l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs du licenciement dans la lettre de licenciement et, selon l'alinéa 2 de ce texte, lorsqu'un licenciement est prononcé pour un motif économique, la lettre de licenciement doit énoncer les motifs économiques, le motif économique, aux termes de l'article L. 321, alinéa 1er, du même code, étant celui qui, non inhérent à la personne du salarié, résulte d'une suppression ou d'une transformation d'emploi consécutive notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.

La motivation de la lettre de licenciement s'impose pour tout licenciement. A défaut d'énonciation des motifs, ou en cas de motifs imprécis, le licenciement est considéré comme sans cause réelle ni sérieuse. La question s'est posée de l'application de cette exigence légale de motivation de la lettre de licenciement dans le cas où le salarié d'une entreprise en difficulté se voit notifier son licenciement pour motif économique par l'administrateur judiciaire après l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire.

La chambre sociale, censurant un arrêt de cour d'appel qui avait retenu que la seule mention, dans la lettre de licenciement, du jugement prononçant le redressement judiciaire était suffisante au motif, selon les juges du fond, que "*tout jugement de redressement judiciaire implique non seulement des difficultés économiques, mais également une cessation des paiements*", a rappelé que "*l'énonciation précise du motif économique s'impose, même lorsque les licenciements sont prononcés à la suite d'un jugement de redressement judiciaire.*" (Soc., 12 janvier 1999, pourvoi n° 96-43.354).

La rébellion de la cour de renvoi a conduit l'Assemblée plénière à consacrer la jurisprudence de la chambre sociale, qui, s'agissant des licenciements prononcés au cours de la procédure de redressement judiciaire, décidait que la lettre de licenciement devait, pour satisfaire à l'exigence de motivation, viser l'ordonnance du juge-commissaire autorisant les

licenciements (Soc., 5 mai 1998, Bull. n° 217).

On soulignera que l'arrêt de la cour de renvoi a été censuré par l'Assemblée plénière au visa des articles L. 621-37 du Code de commerce, 63 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 et L. 122-14-2 du Code du travail, le chapeau de cassation énonçant : "*Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes que, lorsque l'administrateur procède au licenciement d'un salarié d'une entreprise en redressement judiciaire, en application de l'ordonnance du juge-commissaire autorisant des licenciements économiques présentant un caractère urgent, inévitable et indispensable et fixant le nombre des licenciements ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées, la lettre de licenciement que l'administrateur est tenu d'adresser au salarié doit comporter le visa de cette ordonnance ; qu'à défaut, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse.*"

La solution résulte de la conjonction, en la matière, du droit des procédures collectives et du droit commun des licenciements. Dès lors que les licenciements économiques, au cours de la procédure collective, ne peuvent être prononcés qu'après une autorisation judiciaire, la seule référence, dans la lettre de licenciement, à l'ordonnance du juge-commissaire intervenue en application de l'article L. 621-37 du Code de commerce, et dont le contenu doit répondre aux prescriptions de l'article 63 du décret du 27 décembre 1985, suffit à satisfaire l'exigence de motivation.

D'une part, la mention du jugement de redressement judiciaire ne saurait suffire car la procédure de redressement judiciaire, aux termes de l'article L. 620-1 du Code de commerce, est destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'activité et de l'emploi. Ainsi l'ouverture du redressement judiciaire ne rompt pas les contrats de travail en cours dont l'exécution se poursuit aux conditions antérieures. Et l'on ne peut qu'en déduire que la mise en redressement judiciaire de l'entreprise n'implique pas *de facto* le prononcé de licenciements.

D'autre part, les licenciements collectifs prononcés au cours de la procédure collective sont régis par le Code de commerce qui, lorsqu'ils interviennent pendant la période d'observation, sont soumis à l'autorisation du juge-commissaire, lequel vérifie que ces licenciements présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable, et fixe le nombre des licenciements et les activités et catégories professionnelles concernées. Le visa de l'ordonnance du juge-commissaire doit donc nécessairement figurer dans la lettre de licenciement de chacun des salariés licenciés. De la même façon, la lettre de licenciement devra faire référence au plan de cession qui prévoit des licenciements, lorsque les licenciements sont prononcés au cours de la procédure de liquidation judiciaire.

Et la mention de l'autorisation judiciaire requise pour procéder à des licenciements collectifs pour motif économique après ouverture d'une procédure collective est conforme à l'exigence de motivation de la lettre de licenciement sans qu'il soit nécessaire d'énoncer les incidences des difficultés économiques sur l'emploi qui était occupé par le salarié licencié. Etant soumis à une procédure spécifique diligentée par l'administrateur judiciaire, le contrôle du motif économique de ces licenciements échappe à la compétence de la juridiction prud'homale pour entrer dans le champ de compétence de la juridiction consulaire (Soc., 3 mars 1998, Bull. n° 112 ; 12 janvier 1999, Bull. n° 11 ; 8 juin 1999, Bull. n° 268).

Dans sa décision du 24 janvier 2003, l'Assemblée plénière affirme à nouveau, dans la continuité de sa précédente décision (27 novembre 1998, Bull. n° 6 et 7), l'exigence de motivation de la lettre de licenciement et la sanction de l'inobservation de cette formalité légale. Elle rappelle la nécessité, en la matière, de combiner le droit du travail et le droit des procédures collectives.

E. RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

a) Rupture du contrat de travail par l'effet de la force majeure - Conditions - Irrésistibilité et impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat de travail
Chambre sociale, 12 février 2003, 3 arrêts (Bull. n°50)

Par ces trois arrêts la chambre sociale a voulu donner une définition précise de la force majeure comme cause de rupture du contrat de travail. La force majeure permettant à l'employeur de s'exonérer de tout ou partie des obligations nées du contrat de travail s'entend de la survenance d'un événement irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite du contrat de travail.

Il résulte de cette définition que la force majeure, pour fonder la rupture du contrat de travail, suppose la réunion de deux conditions complémentaires :

- Elle suppose d'abord, un événement extérieur irrésistible, ce qui constitue la reprise d'un élément constitutif classique de la force majeure. Mais, rejoignant en cela les positions de la première chambre civile (9 mars 1994, Bull. n° 91) et de la chambre commerciale (1er octobre 1997, Bull. n° 240), la chambre sociale ne fait plus de l'imprévisibilité un critère de la force majeure . Ce critère se fond en réalité avec celui de l'irrésistibilité en ce sens que l'irrésistibilité de l'événement est, à elle seule, constitutive de la force majeure lorsque sa prévision ne saurait permettre d'en combattre les effets alors même que le débiteur a pris toutes les mesures pour éviter la réalisation de l'événement.

- La force majeure, cause de rupture du contrat de travail, suppose ensuite que l'événement ait eu pour effet de rendre impossible la poursuite du contrat de travail.

Cette définition a vocation à s'appliquer à toutes les hypothèses envisageables, comme, dans les cas des trois arrêts, une catastrophe naturelle qui détruit partiellement l'entreprise, le décès de l'acteur principal d'une série télévisée compte tenu de son incidence sur la poursuite de la série et les contrats de travail des autres salariés, ou encore l'inaptitude à l'emploi pour une cause non professionnelle, médicalement constatée, d'un salarié lié à son employeur par un contrat de travail à durée déterminée. Dans tous ces cas la chambre sociale a estimé que les événements survenus ne rendaient pas impossible la poursuite des contrats de travail.

b) Prise d'acte de la rupture par le salarié - Effets
Chambre sociale, 25 juin 2003 (Bull. n° 209)

Par trois arrêts du même jour, la chambre sociale a entendu revenir, compte tenu de ses effets excessifs, sur sa jurisprudence en matière d'imputabilité de la rupture en cas de prise d'acte de celle-ci par le salarié aux torts de l'employeur. Après avoir jugé que cette prise d'acte ne pouvait jamais s'analyser en une démission claire et non équivoque (Soc., 4 juin 1998, Bull. n° 300), et donc qu'elle constituait un licenciement nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse en l'absence de lettre motivée de l'employeur, quel que soit le bien-fondé des griefs reprochés à celui-ci (Soc., 26 septembre 2002, Bull. n° 284), ce qui revenait à abandonner dans ce cas au salarié la qualification de la rupture et à favoriser dans certains cas des pratiques à la finalité douteuse, elle a décidé 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 soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit dans le cas contraire d'une démission.

L'arrêt de cassation, rendu au visa des articles L. 122-4, L. 122-13 et L. 122-14-3 du Code du travail, restitue donc aux juges du fond le pouvoir d'apprécier la cause réelle et sérieuse de la rupture. Ils devront ainsi décider si, eu égard à leur gravité, les faits dénoncés par le salarié justifient la qualification de licenciement.

c) Prise d'acte de la rupture par l'employeur - Absence de procédure de licenciement - Effet - Licenciement sans cause réelle et sérieuse
Chambre sociale, 25 juin 2003 (Bull. n° 208)

Deux autres arrêts rendus le même jour statuent sur la situation inverse

de la prise d'acte de la rupture par l'employeur en raison de faits qu'il reproche à son salarié. Décidant 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, à défaut de quoi la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse sans que le juge ait à rechercher si les faits reprochés au salarié étaient ou non fondés, ils entendent mettre définitivement un terme à la jurisprudence qui autorisait les juges du fond à retenir comme cause réelle et sérieuse de licenciement le motif invoqué par l'employeur dans sa lettre de rupture, alors même qu'il imputait celle-ci au salarié (Soc., 10 avril 1996, Bull. n° 148) en le considérant à tort comme démissionnaire.

Cette décision n'est que l'aboutissement d'une jurisprudence hostile à la prise d'acte de la rupture par l'employeur, dès lors que celui-ci a à sa disposition la procédure de licenciement. La chambre sociale avait déjà jugé dans un arrêt du 10 juillet 2002 (Bull. n° 240) qu'en l'absence de volonté claire et non équivoque du salarié de démissionner, il appartenait à l'employeur qui lui reprochait un abandon de poste de le licencier ; en restant inactif au lieu de tirer les conséquences du comportement du salarié, il se voyait imputer la rupture. Dans un arrêt non publié du 13 novembre 2002 (pourvoi n° 00-46.370), la chambre avait également manifesté son hostilité à la prise d'acte de la rupture par l'employeur en censurant une cour d'appel qui avait, dans cette hypothèse, retenu l'abandon de poste du salarié comme faute grave. Désormais, en cas de démission équivoque du salarié (c'est-à-dire le plus souvent d'abandon de poste), l'employeur n'a donc d'autre choix que d'engager la procédure de licenciement à son encontre. Cette solution, qui a le mérite de la clarté, ferme définitivement la porte à la prise d'acte de la rupture par l'employeur.

d) Prise d'acte de la rupture par le salarié - Salarié ayant initialement engagé une action en exécution du contrat de travail - Prise d'acte de la rupture en raison des mêmes faits pendant le cours de l'instance - Possibilité (non)
Chambre sociale, 8 juillet 2003 (Bull. n° 225)

Cet arrêt concerne le cas d'un salarié qui, dans un premier temps, assigne son employeur en exécution d'une obligation née du contrat de travail, puis entend prendre acte de la rupture en raison des faits dont il a saisi le conseil de prud'hommes. L'arrêt du 8 juillet a exclu un tel procédé incompatible avec le choix processuel initial et de nature à générer des abus. Dès lors qu'un salarié a demandé en justice que son employeur exécute le contrat de travail, il peut seulement former une demande additionnelle en résiliation du contrat.

Le même arrêt précise que l'indemnité de requalification est une indemnité spécifique exclusivement liée à l'action en requalification du contrat

de travail. Etant ainsi de nature exclusivement indemnitaire, sans avoir vocation à réparer la perte de salaire éventuellement subie par le salarié lors de l'exécution du contrat de travail, cette indemnité peut être allouée au salarié en même temps que des sommes dues au titre de salaires impayés, sans qu'il en résulte un cumul d'indemnités illicite.

e) Prise d'acte de la rupture par le salarié - Salarié protégé - Autorisation administrative - Défaut - Portée
Chambre sociale, 21 janvier 2003 (Bull. n ˚13)

V. ci-dessous rubrique Règles communes au salarié protégé

F. RÈGLES SPÉCIFIQUES AU CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE

a) Cas de recours autorisés - Absence d'un salarié - Affectation du salarié recruté en remplacement - Affectation à d'autres tâches qu'à celles confiées au salarié absent - Possibilité (oui) - Conséquences du défaut d'indication dans le contrat du nom et de la qualification du salarié remplacé
Chambre sociale, 30 avril 2003 (Bull. n ˚149)

Par cet arrêt la Cour de cassation confirme d'abord la possibilité pour un employeur, qui recrute un salarié à titre temporaire en vue du remplacement d'un salarié absent, d'affecter le salarié ainsi recruté à d'autres tâches que celles de l'absent. L'employeur ne fait là qu'exercer son pouvoir de direction.

Cet arrêt a aussi entendu dissiper des équivoques nées de précédents arrêts en ce qui concerne les conséquences de l'absence dans le contrat de travail à durée déterminée de certaines mentions. En l'espèce il était soutenu par le salarié que son contrat de travail ne comportait pas la mention du nom et de la qualification du salarié remplacé, de sorte qu'il devait y avoir lieu à requalification du CDD en CDI.

Par le visa du seul alinéa premier des articles L. 122-3-1 et L. 122-3-13 du Code du travail, l'arrêt a entendu affirmer que, conformément à la loi, la sanction de la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée ne concerne que la violation du premier alinéa de l'article L. 122-3-1, c'est-à-dire l'absence d'écrit ou de définition précise du motif du recours au contrat à durée déterminée, mais cette exigence légale de précision du motif du recours au contrat à durée déterminée implique nécessairement, lorsqu'il s'agit de remplacer un salarié dans l'un des cas prévus au 1˚ de l'article L. 122-1-1 du Code du travail, que la mention du nom et de la

qualification du salarié remplacé figure au contrat.

Le défaut de l'une des diverses mentions obligatoires dont la liste, au demeurant hétéroclite et non limitative, figure au second alinéa de l'article L. 122-3-1, n'a donc pas, en tant que tel, vocation à être sanctionné par la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. C'est seulement si l'une de ces mentions participe de l'exigence de précision du motif du recours au contrat à durée déterminée que la présomption irréfragable doit jouer.

b) Cas de recours autorisés - Emploi pour lequel il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminé - Secteurs d'activités concernés - Emploi de guichetier dans une société assurant la collecte et la gestion des paris hippiques (non) - Requalification et conséquences en découlant sur l'indemnité de précarité
Chambre sociale, 24 juin 2003 (Bull. n° 203)

Cet arrêt précise d'abord que la collecte et la gestion de paris dans les hippodromes ne se rattachent pas à l'un des secteurs d'activité limitativement énumérés à l'article D 121-2 du Code du travail dans lesquels il est d'usage constant, selon l'article L. 122-1-1.2° du même code, de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de l'emploi. Par ailleurs, l'emploi de guichetier occupé par ces salariés est lié durablement à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Aussi doivent être requalifiés en contrats à durée indéterminée les contrats de travail à durée déterminée de ces salariés ayant fait l'objet d'un renouvellement systématique pendant plusieurs années pour des tâches strictement identiques à chaque réunion hippique.

Il indique ensuite que si l'article L. 212-4-5 du Code du travail permet de prévoir par voie de convention ou d'accord collectif, en ce qui concerne les droits conventionnels des salariés à temps partiel, des modalités spécifiques d'application du principe selon lequel ces salariés bénéficient des droits reconnus aux salariés à temps complet, il ne peut avoir pour effet de les exclure du champ d'application d'une convention collective. Il s'agit là de l'application d'une jurisprudence bien établie (Soc., 15 janvier et 7 mai 2002, *Bull. n° 17* et *157*).

Enfin l'arrêt réaffirme le principe selon lequel l'indemnité de précarité reste acquise au salarié nonobstant la requalification ultérieure de son contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée (cf. Soc., 9 mai 2001, *Bull. n° 153*). Cette indemnité a, en effet, un fondement spécifique, dès lors qu'elle est destinée, en vertu de l'article L. 122-3-4, alinéa 1er, du Code du travail, à compenser la précarité de la situation du salarié

lorsque les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat de travail à durée indéterminée. La requalification intervenue ultérieurement ne peut avoir pour effet d'effacer cette précarité alors que les contrats de travail à durée déterminée ont été exécutés.

c) Cas de recours autorisés - Emploi pour lequel il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée - Affectation du salarié à un emploi durable lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise - Circonstance inopérante
Chambre sociale, 26 novembre 2003 (à paraître)

Par quatre arrêts rendus le même jour en formation plénière, la chambre sociale s'est prononcée sur les conditions dans lesquelles il peut être recouru aux contrats à durée déterminée dits d'usage, prévus par l'article L. 122-1-1, 3° du Code du travail, et sur l'office du juge en ce domaine, lorsqu'il est saisi d'une demande de requalification du contrat en contrat à durée indéterminée, office dont dépend l'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation.

L'article précité permet à l'employeur d'engager un salarié par un contrat à durée déterminée, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par voie d'accord ou de convention collective étendue, dès lors qu'il est *d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire des emplois*. Cette catégorie de contrats de travail donnait lieu à une abondant contentieux, alimenté par les incertitudes qui, malgré de nombreux arrêts, persistaient à propos de l'objet des vérifications que les juges du fond étaient tenus d'effectuer. Les difficultés rencontrées en ce domaine avaient une double origine : d'une part, une apparente opposition entre les dispositions de l'article L. 122-1 du Code du travail, qui interdisent d'une manière générale de recourir au contrat à durée déterminée pour *pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise*, et l'article L. 122-3-10 de ce code, autorisant une reconduction illimitée des contrats d'usage ; d'autre part, la rédaction même de l'article L. 122-1-1, 3° du Code du travail qui se réfère à la fois au secteur d'activité, à l'existence d'un usage constant et au caractère temporaire des emplois. Convenait-il donc que le juge vérifie dans chaque cas non seulement que l'on se situe dans l'un des secteurs prévus et qu'il existe un usage constant excluant le recours au contrat à durée indéterminée, mais encore que l'emploi effectivement occupé par le salarié présente un caractère par nature temporaire et qu'il ne relève pas durablement de l'activité normale et permanente de l'entreprise ?

De la combinaison des dispositions légales propres à ce type de contrats, la chambre sociale a déduit qu'il suffisait à la validité du contrat à durée déterminée, d'une part, qu'il intervienne dans l'un des secteurs d'activité

définis par décret ou par voie d'accord ou de convention collective étendue, d'autre part, que soit constatée l'existence dans ce secteur d'un usage constant permettant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée, en précisant à cet égard que l'appréciation portée sur ce second point par les juges du fond était souveraine, le contrôle de la cour de cassation ne s'étendant pas à la vérification de l'usage sectoriel. Il convient d'observer, à ce propos, que de nombreux accords collectifs ont, dans certains des secteurs concernés, constaté l'existence d'usages constants permettant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée, de sorte que les parties et les juges du fond pourront y faire utilement référence.

d) Cas de recours autorisés - Embauche dans le cadre d'un contrat initiative emploi - Affectation du salarié à un emploi durable lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise - Possibilité (oui)
Chambre sociale, 18 novembre 2003 (à paraître)

Il s'agissait dans cette affaire de trancher la question de savoir si, à l'instar de ce qui avait été jugé pour les contrats emplois-solidarité (Soc., 16 mars 1999, Bull. n° 113 ; Soc., 16 mars 1999, pourvoi n° 97-40.768), les contrats initiative-emploi à durée déterminée pouvaient être contractés pour pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise, et déroger ainsi à la règle posée par l'article L. 122-1 du Code du travail.

La qualité des employeurs pouvant recourir aux CES (collectivités territoriales, autres personnes morales chargées d'un service public) et l'objet même de ces contrats, tel que défini par l'article L. 322-4-7 du Code du travail ("le développement d'activités répondant à des besoins collectifs non satisfaits", nécessairement permanents dans l'entreprise), permettaient de justifier en partie cette solution pour ce type de contrats. Cette règle pouvait-elle être transposée aux CIE, où les employeurs, qui relèvent du secteur marchand, ont la faculté légale d'opter pour la forme du contrat à durée indéterminée ?

La chambre sociale a répondu positivement à cette question, en se fondant sur la finalité des CIE. A l'instar des CES, ceux-ci ont en effet des objectifs particuliers qui leur sont assignés dans le cadre de la politique de lutte contre le chômage : il s'agit dans les deux cas de favoriser l'embauche et l'insertion par l'emploi et dans l'emploi de personnes en difficultés. L'occupation d'un véritable poste répond au souhait du législateur de permettre au salarié d'acquérir une expérience professionnelle qu'il pourra ensuite faire valoir sur le marché du travail, dans sa recherche d'emploi.

Ces contrats peuvent donc déroger à la règle suivant laquelle un CDD

ne peut être conclu pour pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

e) Exécution - Inaptitude physique du salarié d'origine non professionnelle - Portée - Droit au paiement du salaire jusqu'au terme du contrat (non)
Chambre sociale, 18 novembre 2003 (à paraître)

Par cet arrêt la chambre sociale de la Cour de cassation abandonne la solution qui appliquait la sanction prévue à l'alinéa 2 de l'article L. 122-3-8 du Code du travail dans l'hypothèse d'une rupture anticipée par l'employeur d'un contrat de travail à durée déterminée prononcée en raison de l'inaptitude physique du salarié à son emploi et de l'impossibilité de son reclassement *(la méconnaissance par l'employeur des cas de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat).*

En effet l'inaptitude physique du salarié et l'impossibilité démontrée de son reclassement ne permettent pas à l'employeur de rompre de manière anticipée le contrat de travail à durée déterminée ; pour mettre un terme à ce contrat qui ne peut plus être exécuté, seule la voie de la résolution judiciaire est ouverte à condition toutefois que l'inaptitude du salarié ait une origine professionnelle (voir en ce sens l'avis rendu par la Cour de cassation le 29 avril 2002, selon lequel il n'y a pas lieu d'étendre la possibilité de l'article L. 122-32-9 du Code du travail à l'hypothèse de l'inaptitude d'origine non professionnelle). Quoi qu'il en soit la rupture anticipée, pour des tels motifs, du contrat à l'initiative de l'employeur reste nécessairement prononcée en violation de l'alinéa 1er de l'article L. 122-3-8 précité qui prévoit sa sanction.

Une telle sanction -liée aux salaires qu'aurait perçus le salarié jusqu'au terme de son contrat- est apparue inadaptée à la Cour de cassation : le salarié inapte n'est plus en mesure de fournir sa prestation de travail et l'employeur qui a démontré l'impossibilité du reclassement du salarié ne commet aucun manquement à ses obligations.

Aussi la Cour de cassation décide-t-elle que si c'est à tort que l'employeur a rompu le contrat de travail à durée déterminée, la sanction spécifique prévue par l'article L. 122-3-8 du Code du travail sera néanmoins écartée car le salarié n'aurait pu prétendre au paiement de salaires en l'absence d'accomplissement de sa prestation de travail ; mais comme la rupture anticipée du contrat reste injustifiée, le salarié pourra cependant obtenir des dommages et intérêts résultant du préjudice subi qu'il appartiendra aux juges d'apprécier.

f) Salarié protégé - Mesures spéciales - Saisine de l'autorité administrative - Application - Candidature aux élections annoncée moins d'un mois avant l'expiration du contrat (non)
Chambre sociale, 28 mai 2003 (Bull. n˚176)
V. ci-dessous rubrique Règles communes aux salariés protégés

g) Formalités légales - Mentions obligatoires - Motif du recours - Remplacement d'un salarié absent - Nom et qualification du salarié remplacé - Nécessité
Chambre sociale, 30 avril 2003 (Bull. n ˚149)
V. ci dessus cas de recours autorisé

h) Rupture - Rupture par le salarié - Effet - Dommages-intérêts pour rupture anticipée (non)
Chambre sociale, 23 septembre 2003 (Bull. n˚241)

Sauf accord des parties et l'hypothèse prévue à l'article L. 122-3-8, alinéa 2, du Code du travail du salarié qui justifie d'une embauche pour une durée indéterminée, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure. Et la méconnaissance par l'une des parties de ces dispositions ouvre droit pour l'autre à des dommages et intérêts. Il s'ensuit qu'un contrat à durée déterminée ne peut être rompu de manière anticipée par une démission (Soc., 5 janvier 1999, *Bull. n˚1*), sauf pour conclure un CDI.

Pour autant, la question demeurait posée des conséquences pour l'employeur de la démission du salarié intervenue dans le cadre d'un contrat à durée déterminée. Une telle démission étant exclue, n'était-on pas en présence d'une rupture qui, étant intervenue du fait de l'employeur, devait entraîner sa condamnation, à titre de dommages et intérêts, au paiement d'une somme d'un montant égal aux salaires qui auraient été perçus jusqu'au terme du contrat ? Cela eût été quelque peu paradoxal, alors qu'en réalité, l'initiative de la rupture revenait au salarié.

L'arrêt du 23 septembre 2003 permet de clarifier la situation à cet égard en énonçant que le salarié qui a rompu un contrat de travail à durée déterminée en méconnaissance des dispositions de l'article L. 122-3-8 du Code du travail, n'a pas droit à l'attribution de dommages et intérêts. On peut d'ailleurs relever que, selon le dernier alinéa de l'article L. 122-3-8, l'employeur pourrait même dans ce cas demander réparation au salarié du préjudice que lui cause la rupture anticipée du CDD.

II. ASPECTS COLLECTIFS DU TRAVAIL ET QUESTIONS DE PROCÉDURE

II-1. LES RELATIONS COLLECTIVES

Seront traitées successivement des points concernant la durée du travail, les élections professionnelles, la représentation des travailleurs, le statut collectif du travail et les conflits collectifs.

A. DURÉE DU TRAVAIL

1. Heures d'équivalence

Convention collective instituant un horaire d'équivalence - Absence de validité - Loi de validation des versements effectués en fonction de cette convention - Application aux litiges en cours - Conditions - Motifs impérieux d'intérêt général légitimant l'intervention du législateur
Assemblée plénière, 24 janvier 2003 (Bull. n° 2 et 3)

L'Assemblée plénière avait à statuer sur la conformité à l'article 6, § 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 validant, sur la base d'un régime d'heures d'équivalence, les versements effectués au titre de la rémunération des périodes de permanence nocturne effectuées en chambre de veille par les salariés du secteur social et médico-social.

Or, selon la Cour européenne des droits de l'homme, (CEDH 28 octobre 1999 *Zielinski, § 57*), le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la convention européenne s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige.

Dans un arrêt du 24 avril 2001 (Bull. n° 130, rapport annuel 2001, p. 352), la chambre sociale avait jugé qu'en l'absence d'un motif impérieux d'intérêt général le justifiant, l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 ne pouvait, sans méconnaître le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable, remettre en cause une jurisprudence favorable aux salariés en matière d'heures d'équivalence et devait en conséquence être écarté.

L'Assemblée plénière, revenant sur cette solution, a retenu pour sa part l'existence d'un motif impérieux d'intérêt général dès lors 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.

En effet, la chambre sociale juge désormais, contrairement à une précédente décision (Soc., 9 mars 1999, *Bull. n° 104*), qu'un horaire d'équivalence ne peut être institué que par une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel étendu soumis aux dispositions de l'article L. 133-26 du Code du travail et non par une convention collective agréée, de sorte que la convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées n'ayant fait l'objet que d'un agrément, les heures de permanence doivent être rémunérées comme temps de travail effectif (Soc., 29 juin 1999, Bull.. n° 307, rapport annuel 1999, p. 312).

Le législateur ne pouvait pas, dans ces conditions, se montrer indifférent aux conséquences de cette jurisprudence sur l'équilibre financier des établissements, compte tenu de leur rôle essentiel dans le fonctionnement du service public de la santé et de la protection sociale. Aussi son intervention répondait-elle à un motif impérieux d'intérêt général.

2. Travail effectif

Temps assimilé à du travail effectif - Temps de transport et de voyage pour l'exécution de missions - Conditions.
Chambre sociale, 5 novembre 2003 (à paraître)

Cet arrêt définit les conditions suivant lesquelles le temps de trajet passé par un salarié pour se rendre sur son lieu de travail peut être considéré comme un temps de travail.

En l'espèce, la chambre sociale avait à se prononcer sur la nature juridique du temps consacré par les salariés itinérants aux trajets effectués pour accomplir leur travail. Elle a d'abord réaffirmé que le temps habituel du trajet ne constitue pas en soi un temps de travail effectif et ne peut donc être rémunéré comme tel.

On sait en effet que, selon l'article L. 212-4 du Code du travail reprenant une notion jurisprudentielle, le temps de travail effectif est celui "*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*". Le temps consacré au trajet ne répondant manifestement pas à cette définition, il est acquis qu'il ne constitue pas en soi un temps de travail effectif (Soc., 16 mai 2001, pourvoi n° 99-40.789).

Une fois cette solution rappelée, avec la précision nouvelle qu'il doit s'agir du temps de trajet habituel, la chambre sociale a cependant tenu compte de la particularité du travail confié aux salariés dits "itinérants", en adoptant deux tempéraments.

D'une part, le temps de trajet entre deux lieux de travail doit être considéré comme du temps de travail effectif. Cette solution avait déjà été adoptée pour le temps de trajet entre le siège de l'entreprise et le lieu des chantiers (Soc., 12 juillet 1999, pourvoi n° 97-42.789 ; Soc., 13 mars 2002, pourvoi n° 99-42.998) ou entre deux chantiers (Soc., 16 janvier 1996, n° 39 D). Il s'agit donc d'une confirmation.

D'autre part, s'agissant du trajet entre le domicile et le lieu de travail, il est nécessaire de distinguer entre le temps passé pour se rendre du domicile au lieu d'activité habituel des salariés qui ne constitue pas un travail effectif, et le temps de trajet dépassant ce temps normal qui doit, lui, être considéré comme du temps de travail effectif. Il s'agit là d'une innovation.

Il était donc nécessaire que les juges du fond recherchent si les trajets litigieux dépassaient ou non le temps normal du trajet entre le domicile et le lieu habituel du travail et mettent à part le temps de trajet accompli entre deux lieux de mission ; et l'arrêt de la cour d'appel qui avait décidé que la totalité des temps de trajet du salarié devait être rémunérée comme temps de travail effectif sans procéder à cette recherche est cassé pour manque de base légale.

Le critère du temps habituel du trajet est appliqué également pour le trajet effectué pour l'exécution des fonctions de représentant du personnel. Si le temps de trajet pour l'exercice de ces fonctions est pris en dehors de l'horaire de travail et dépasse, en durée, le temps normal de déplacement entre le lieu du domicile et le lieu du travail, il doit être rémunéré comme temps de travail (v. déjà Soc., 30 septembre 1997, DS 1997 p. 1109 note Cohen).

3. Travail à temps partiel

Absence de mentions relatives à la répartition de la durée du travail - Conséquences
Chambre sociale, 8 juillet 2003 (Bull. n° 225)

Cet arrêt fait l'objet d'un commentaire dans la rubrique relative à la prise d'acte de la rupture par le salarié, mais il mérité également d'être signalé en ce qui concerne les conséquences devant s'attacher à l'absence de précision dans un contrat de travail à temps partiel des mentions, prévues par l'article L. 214-4-3 du Code du travail, relatives à la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine, ou les semaines et les mois. Tenant compte de la

réalité des conditions de travail du salarié à temps partiel, la chambre sociale a décidé par cet arrêt qu'il n'y a lieu à requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet que s'il est établi que ce salarié était placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il se trouvait dès lors dans l'obligation de se tenir en permanence à la disposition de l'employeur. Un arrêt du 12 novembre 1997 (Bull. n° 362), allait déjà dans ce sens, mais mettait surtout l'accent sur la question de la preuve de la répartition de la durée du travail. L'arrêt du 8 juillet 2003 met davantage en lumière le critère fondamental de la requalification qui, quelle que puisse être la répartition, est l'impossibilité pour le salarié de prévoir ses temps de travail et, partant, d'exercer s'il le souhaite un autre emploi à temps partiel. Bien entendu dès lors que l'employeur n'a pas porté les mentions nécessaires sur le contrat de travail à temps partiel c'est à lui de prouver que le salarié était en mesure de savoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'était pas forcé d'être en permanence à sa disposition.

B. ELECTIONS PROFESSIONNELLES

1. Comité d'entreprise et délégués du personnel

Protocole d'accord préélectoral - Conclusion - Personnes habilitées - Délégué syndical - Conditions - Mandat spécial de son organisation (non)
Chambre sociale, 12 février 2003 (Bull. n°52)

Cet arrêt, en affirmant que "*le délégué syndical désigné dans l'entreprise, qui représente le syndicat auprès du chef d'entreprise, n'a pas à justifier d'un mandat spécial de son organisation syndicale pour conclure le protocole préélectoral*", marque une rupture avec la jurisprudence antérieure de la chambre sociale qui excluait la négociation du protocole préélectoral du champ des règles de forme régissant celle des accords collectifs, et imposait (Soc., 17 avril 1999Bull. n° 203) au délégué syndical de justifier d'un mandat spécial de son organisation syndicale à l'effet de signer le protocole préélectoral.

Lorsqu'un salarié de l'entreprise a été désigné délégué syndical, il représente le syndicat qui l'a nommé à cette fonction, auprès du chef d'entreprise et, dans tous les cas où ce dernier est légalement obligé de négocier avec les organisations syndicales représentatives dont fait partie celle qui a désigné un délégué, il peut désormais s'adresser à ce salarié qui, à tout le moins, est titulaire d'un mandat apparent aux yeux du chef d'entreprise lui permettant d'agir valablement au nom du syndicat pour négocier et signer le protocole préélectoral.

Si cet arrêt peut être rapproché de celui du 12 janvier 1999 (Bull. n° 13) énonçant que les délégués syndicaux sont “parties à la négociation du protocole d'accord”, c'est dans celui du 19 février 1992 (Bull. n° 106), rappelant que le délégué syndical est investi de plein droit du pouvoir de négocier et de conclure un accord d'entreprise et qu'il appartient à l'organisation syndicale d'informer en temps utile l'employeur qu'elle entend suspendre le mandat donné à son délégué, que peut être trouvée l'articulation nécessaire entre l'abandon de l'exigence d'un mandat spécial et la possibilité offerte aux organisations syndicales, même ayant désigné un délégué syndical, de confier à n'importe quel autre salarié de l'entreprise ou à l'un de ses permanents, la mission de négocier et de signer le protocole préélectoral. Un souci de simplification a en tout cas guidé cette modification jurisprudentielle dont les organisations syndicales doivent tirer les conséquences si elle n’entendent pas que leur délégué syndical conclut en leur nom le protocole préélectoral.

2. Contestations du processus électoral

Par un arrêt du 7 mai 2002 (Bull. n° 148), mentionné au rapport annuel de la Cour de cassation de 2002, p. 377, la chambre sociale a décidé que le jugement du juge d’instance statuant avant les élections sur la régularité des candidatures aux élections des délégués du personnel et membres du comité d’entreprise n’est pas susceptible de pourvoi dès lors que la contestation peut être portée devant le juge de l’élection dont la décision peut être frappée de pourvoi. En effet, l’irrégularité qui entache le processus préélectoral n’a d’importance que par rapport à son incidence éventuelle sur le scrutin, elle sera en dernière analyse de la compétence du juge de la régularité des élections dont la décision peut être frappée de pourvoi. Cette évolution a été poursuivie et amplifiée en 2003, mais elle ne signifie évidemment pas que le pourvoi en cassation est fermé contre toutes les décisions prises par le juge d’instance statuant avant les élections ; c’est seulement lorsque le point objet de la contestation peut de nouveau être porté devant le juge de l’élection que le pourvoi est irrecevable ; il y a va d’ailleurs de la nécessité de rationaliser les pourvois et d’éviter qu’un même grief puisse faire l’objet de deux pourvois en cassation.

a) Décision du tribunal d’instance - Contentieux préélectoral - Contestation relative à la régularité de la liste des candidats - Décision insusceptible de pourvoi
Chambre sociale, 29 janvier 2003 (Bull. n° 31)

Le tribunal d'instance, saisi par un employeur, a déclaré un salarié qui était entré dans l'entreprise le 1er février 2000, inéligible aux élections fixées au 26 février 2001 puisqu'ayant été en arrêt maladie pendant environ quatre mois, il avait interrompu son travail effectif et ne remplissait pas la condition

d'ancienneté prévue par l'article L. 423-8 du code du travail.

La chambre sociale, suivant la jurisprudence précitée du 7 mai 2002, a déclaré irrecevable le pourvoi formé contre cette décision dès lors que le litige sur lequel le juge d'instance saisi avant l'élection avait statué, pouvait être porté et tranché par le juge d'instance statuant sur la validité de l'élection dont la régularité pouvait être affectée par l'impossibilité de se porter candidat dans laquelle se trouvait un salarié éligible.

b) Décision du tribunal d'instance - Contentieux préélectoral - Contestation relative à la régularité de la liste des éligibles - Décision insusceptible de pourvoi
Chambre sociale, 25 novembre 2003 (à paraître)

Cet arrêt étend l'irrecevabilité du pourvoi immédiat à celui contre la décision statuant sur les contestations relatives à la régularité de la liste des éligibles à des élections professionnelles, qui est également susceptible d'affecter la régularité de l'élection.

3. Représentation des salariés

a) Cadre de la représentation

Comité d'entreprise et délégués du personnel ou délégué syndical - Etablissement distinct - Notion.
Chambre sociale, 29 janvier 2003 (Bull. n˚30)
Chambre sociale, 24 avril 2003 (Bull. n˚141)

Ces deux arrêts rendus, l'un en matière d'établissement distinct obligeant à l'organisation d'élections pour la mise en place de délégués du personnel, et l'autre en matière d'établissement distinct permettant la désignation d'un délégué syndical, marquent l'aboutissement d'une nouvelle définition jurisprudentielle des critères permettant la reconnaissance de l'établissement distinct.

Retenant dans le premier que peu importe que le représentant de l'employeur ait le pouvoir de se prononcer sur les réclamations qui seront portées par le délégué du personnel, et, dans le second, que l'étendue de la délégation donnée par le chef d'entreprise à son représentant est indifférente à la reconnaissance de l'établissement distinct, 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 compose, 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.

b) Institutions représentatives du personnel et syndicat

1°) Syndicat professionnel - Représentativité au niveau du groupe - Syndicat ayant valablement désigné des représentants du personnel au comité de groupe
Chambre sociale, 13 mai 2003 (Bull. n° 165)

Aucun texte du Code du travail ne prévoyant l'institution de représentants syndicaux dans le comité de groupe prévu à l'article L. 439-1 du Code du travail, rien ne s'oppose à ce qu'un accord collectif la mette en oeuvre en la réservant aux organisations syndicales représentatives dans le groupe. De tels représentants s'ajoutent alors, pour siéger avec le chef de l'entreprise dominante, aux représentants du personnel que prévoit l'article L. 439-3 du même code et qui doivent être désignés par les organisations syndicales de salariés parmi leurs élus aux comités d'entreprise ou d'établissement de l'ensemble des entreprises du groupe ou sur la base des résultats des dernières élections.

Pour déterminer l'aptitude d'une organisation syndicale à désigner, comme représentative au niveau du groupe, de tels représentants, l'arrêt pose comme règle qu'une telle condition est remplie par les organisations ayant valablement désigné des représentants du personnel. La représentativité au niveau d'une ou de plusieurs entreprises ou établissements du groupe, qui a permis de désigner les premiers représentants en application de la loi, entraîne une représentativité au niveau du groupe et permet la désignation des seconds en application de l'accord.

Cette décision simplificatrice et unificatrice étend au groupe lui-même

la représentativité d'une organisation syndicale acquise dans une entreprise ou établissement de ce groupe et tend à faciliter la mise en place par voie d'accords d'institutions représentatives du personnel à ce niveau. Elle est à rapprocher d'une décision de la chambre sociale du 4 avril 1990 (Bull. n° 167) énonçant qu'une organisation syndicale appelée à désigner des représentants du personnel au comité de groupe en application de l'article L. 439-3 du Code du travail n'était pas tenue de justifier d'une représentativité au niveau du groupe.

2°) Syndicat professionnel - Représentation syndicale de groupe - Institution par un accord collectif - Conditions
Chambre sociale, 30 avril 2003 (Bull. n° 155)
V. rubrique Statut collectif

c) Règles communes aux salariés protégés

1°) Salarié dont l'autorisation administrative de licenciement a été annulée - Indemnisation - Non cumul des indemnités de chômage - Prescription de l'action de l'Assedic - Prescription trentenaire (non)
Chambre sociale, 28 octobre 2003 (Bull. n° 263)

Cet arrêt concerne un salarié, délégué du personnel, qui avait été licencié avec l'autorisation de l'inspecteur du travail, mais cette autorisation ayant été annulée par la suite, le salarié avait demandé, et obtenu, sa réintégration outre la réparation du préjudice subi. La cour d'appel l'ayant condamné à restituer à l'Assedic les allocations de chômage qu'il avait perçues, il contestait le principe même de ce remboursement. Son pourvoi a été rejeté au motif que le salarié protégé qui, lorsque l'annulation de la décision de licenciement est devenu définitive, a droit au paiement d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, n'est pas fondé à cumuler cette indemnité compensatrice avec les indemnités de chômage servies par l'Assedic.

Mais cet arrêt précise qu'eu égard aux dispositions particulières relatives à l'action en répétition exercée par l'Assedic, cette action ne relève pas du régime de la prescription trentenaire, mais, sauf cas de fraude ou de fausse déclaration, d'une prescription de cinq ans.

2°) Contrat de travail - Durée déterminée - Expiration - Saisine de l'autorité administrative - Conditions - Protection acquise moins d'un mois avant le terme du contrat
Chambre sociale, 28 mai 2003 (Bull. n° 176)

Relatif au statut protecteur des salariés représentant du personnel, l'arrêt intéresse l'hypothèse où le salarié, titulaire d'un contrat à durée déterminée, voit ses fonctions représentatives mises en cause par le non-renouvellement de son contrat de travail. Depuis 1969, le Code du travail (articles L. 425-2 et L. 436-2 s'agissant des élus) soumet ce non-renouvellement à l'autorisation de l'inspecteur du travail, afin d'éviter toute discrimination, alors même que par le jeu des mécanismes contractuels une telle rupture n'est pas assimilable à un licenciement. Aussi bien, un mois avant l'arrivée du terme du contrat, l'employeur doit saisir l'inspecteur du travail, lequel doit statuer sur la demande avant l'échéance du terme.

Mais en l'espèce, la salariée qui invoquait ces règles protectrices avait fait acte de candidature à l'élection des représentants du personnel moins d'un mois avant l'échéance de son contrat, ce qui avait conduit l'employeur à contester le bien fondé de sa candidature devant le tribunal d'instance.

Pour rejeter le pourvoi formé contre le jugement déclarant l'intéressée inéligible, la chambre sociale s'est directement placée sur le terrain des règles constituant le statut protecteur, affirmant leur non application de principe lorsque le salarié fait acte de candidature moins d'un mois avant l'expiration de son contrat. Cette solution, qui a également vocation à s'appliquer en cas de désignation d'un salarié comme délégué syndical moins d'un mois avant l'expiration de son contrat de travail, résulte de la lettre même de la loi, d'où il découle implicitement mais nécessairement que l'employeur n'a pas à respecter une procédure qu'il ne peut par définition accomplir dans les termes prévus puisque le moment où la protection est revendiquée se situe à l'intérieur du délai légal.

Refusant de dissocier les règles, ce qui avait parfois été admis, en particulier lorsque le contrat à durée déterminée est un contrat de remplacement affecté d'un terme incertain, le contrat de travail se trouvant alors prorogé jusqu'à l'intervention de la décision administrative (Soc., 20 juin 2000, Bull. n° 235), la Cour de cassation considère les dispositions relatives au statut protecteur comme un bloc indivisible dont l'exclusion ne saurait être analysée comme une solution organisant la prévention d'une éventuelle fraude de la part du salarié, sauf à poser une présomption irréfragable, ce qui est absurde. Il s'agit bien plutôt des conséquences du constat de l'inapplicabilité, faute de temps, du statut protecteur.

Il reste qu'un refus discriminatoire de renouvellement du contrat ne pouvant, même dans cette hypothèse, être exclu, l'arrêt du 28 mai 2003 rappelle qu'il appartient au salarié qui s'estimerait victime d'une telle discrimination d'établir la disparité de situation qu'il allègue et à l'employeur de s'expliquer sur les raisons de celle-ci. Le droit commun de la discrimination contient

désormais, il faut le souligner, des règles protectrices beaucoup plus favorables aux salariés qu'à l'époque où le législateur avait décidé d'inclure le non-renouvellement du contrat à durée déterminée dans le champ de la procédure d'autorisation administrative.

3˚) Heures de délégation - Heures prises en dehors de l'horaire normal de travail - Rémunération - Paiement en heures supplémentaires - Conditions
Chambre sociale, 5 novembre 2003 (à paraître)
V. rubrique ci-dessus Temps du travail

4˚) Licenciement - Mesures spéciales - Domaine d'application - Salariés désignés dans le cadre d'institutions représentatives d'origine conventionnelle - Conditions.
Chambre sociale, 29 janvier 2003 (Bull. n˚34)

Dans cette affaire un accord d'entreprise avait permis aux syndicats de désigner un représentant auprès du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et le salarié désigné à cette fin soutenait que son licenciement était nul, faute par l'employeur d'avoir respecté la procédure spéciale instaurée par l'article L. 436-1 du Code du travail régissant le licenciement des salariés titulaires d'un mandat.

Confirmant la position déjà adoptée par les arrêts du 20 février 1991 (Bull. n˚ 85), 19 juin 1991 (Bull. n˚ 306) et 1er décembre 1993 (Bull. n˚ 298), la chambre sociale réaffirme que la protection accordée aux membres des institutions représentatives instaurées par accord d'entreprise est acquise à la condition que le mandat électif ou représentatif soit de même nature que celui dont l'existence est prévue par le code du travail.

Cet arrêt ne permet néanmoins pas de déterminer quelle pourrait être la solution retenue en présence d'un accord d'entreprise prévoyant expressément la soumission du licenciement du titulaire d'un mandat représentatif créé par convention dont les dispositions peuvent être plus favorables, à la procédure prévue par les articles L. 436-1, L. 436-2 et L. 436-3 du Code du travail.

5˚) Modification dans la situation juridique de l'employeur - Transfert partiel d'entreprise - Salarié protégé compris dans le transfert - Autorisation administrative - Nécessité
Chambre sociale, 28 mai 2003 (Bull. n˚181)

Pour que soit garanti l'exercice de son mandat, le salarié exerçant des fonctions représentatives du personnel ou d'une organisation syndicale bénéficie d'un statut protecteur soumettant à l'autorisation de l'inspecteur du

travail les actes pouvant affecter son contrat de travail et notamment, en application des articles L. 412-18, L. 425-1 et L. 436-1 du Code du travail, le transfert de ce contrat d'un employeur à l'autre lorsque le salarié est compris dans un transfert partiel d'entreprise en application de l'article L .122-12 du Code du travail. Cette règle protectrice est étendue par la jurisprudence de la chambre sociale au cas où le salarié protégé est transféré en exécution d'un accord collectif après la perte d'un marché. Le transfert effectué sans autorisation administrative est nul et le salarié peut demander sa réintégration par l'employeur d'origine, avec versement des salaires perdus depuis son transfert jusqu'à sa réintégration.

L'arrêt, rendu à propos d'un transfert résultant d'un accord collectif, pose comme règle que l'autorisation administrative est nécessaire quand bien même le transfert ne s'appliquerait qu'à une partie du contrat de travail du salarié protégé, et que dans son entreprise d'origine ce salarié pourrait continuer à exercer son mandat. Il s'explique par la nécessité de prévenir en la soumettant au contrôle administratif adéquat toute atteinte qui pourrait être portée à l'exercice concret du mandat par un amenuisement des fonctions du salarié.

La décision, pour parvenir à une réparation équitable du préjudice subi par le salarié irrégulièrement transféré, dispose que si sa réintégration doit être accompagnée du paiement des salaires perdus depuis le transfert, ces derniers ne peuvent se cumuler avec la rémunération perçue du repreneur. Ainsi est évitée toute rémunération double.

6°) Rupture du contrat de travail - Prise d'acte de la rupture par le salarié - Autorisation administrative - Absence - Effet
Chambre sociale, 21 janvier 2003 (Bull. n° 13)

La rupture d'un contrat de travail intervenue à la suite d'un manquement de l'employeur à ses obligations s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (cf., notamment, Soc., 26 novembre 2002, *Bull. n° 354*, pour un manquement de l'employeur à son obligation de reclassement). Et il en va notamment ainsi lorsque, comme en l'espèce, le salarié prend l'initiative de la rupture en raison de faits qu'il reproche à son employeur, pourvu cependant que les faits qu'il invoque la justifient (cf. les commentaires concernant la prise d'acte de la rupture).

Par ailleurs, le salarié étant en l'espèce délégué du personnel, son licenciement ne pouvait, en application de l'article L. 425-1 du Code du travail, intervenir à peine de nullité que sur autorisation de l'inspecteur du travail. Aussi la question se posait-elle de savoir si la rupture du contrat de travail, qui était intervenue sans que ces dispositions aient été respectées dès lors qu'elle

avait été qualifiée *a posteriori* de licenciement par le juge, ne devait pas être considérée comme nulle.

L'arrêt du 21 janvier 2003 répond affirmativement à cette question en décidant que la rupture du contrat de travail s'analysant en un licenciement, celui-ci est nul comme étant intervenu en violation du statut protecteur du salarié. Une réponse négative aurait conduit à ce paradoxe qu'en cas de rupture par suite d'un manquement de l'employeur, le salarié aurait été privé de la garantie accordée par le législateur aux salariés protégés, alors que celle-ci aurait pleinement exercé son effet en cas de licenciement disciplinaire.

C'est donc une importante précision que la chambre sociale apporte à sa jurisprudence sur l'application aux salariés protégés de sa jurisprudence relative à la prise d'acte par le salarié de la rupture du contrat de travail imputée à l'employeur (cf. Soc, 26 septembre 2002, *Bull. n° 284* et 25 juin 2003 précité).

C. STATUT COLLECTIF DU TRAVAIL

Accords collectifs

a) Accord d'entreprise - Consultation préalable du comité d'entreprise - Défaut - Effet - Nullité de l'accord collectif (non)
Chambre sociale, 19 mars 2003 (Bull. n° 105)

La Cour de cassation avait à se prononcer sur la question du défaut de consultation préalable des institutions représentatives sur un accord de réduction du temps de travail.

Selon cet arrêt, l'inobservation de cette procédure de consultation préalable ne peut être sanctionnée que par les règles régissant le fonctionnement des comités d'entreprise et n'a pas pour effet d'entraîner la nullité de l'accord collectif conclu.

La chambre sociale en déduit que la suspension d'un tel accord ne peut être ordonnée et a donc censuré la décision de la cour d'appel qui avait

suspendu l'application d'un accord au motif que le comité d'entreprise n'avait pas été préalablement consulté.

Cette solution est conforme à celle dégagée par un arrêt du 5 mai 1998 (Bull. n° 219) qui avait déjà décidé que le défaut de consultation n'avait pour effet ni d'entraîner la nullité ou l'inopposabilité de l'accord collectif ni de permettre sa suspension.

Toutefois elle n'est valable que pour les accords collectifs. Le défaut de consultation des institutions représentatives du personnel au sujet d'une décision unilatérale de l'employeur peut, au contraire, entraîner la suspension de son application (Soc., 21 novembre 2000, Bull. n° 398 ; Soc.,18 février 1998, Bull. n° 501 pour une procédure de licenciement collectif).

b) Accord d'entreprise - Accord de réduction du temps de travail en application de la "loi de Robien" - Redressement ou liquidation judiciaires de l'employeur - Licenciements prononcés en application du plan de cession - Effet - Caducité de l'accord
Chambre sociale, 17 juin 2003 (Bull. n° 198)

Par cet arrêt, la Cour de cassation se prononce sur la question toujours délicate de l'incidence des difficultés économiques de l'entreprise sur la pérennité des accords conclus dans une période où de telles difficultés n'existaient pas, et ce dans le cas d'accords à durée déterminée.
En l'espèce, une entreprise avait conclu, dans le cadre de la loi de Robien, un accord de réduction du temps du travail avant sa mise en redressement judiciaire et sa cession à un repreneur qui n'entendait pas poursuivre ledit accord.

Le nouvel employeur pouvait-il être déchargé des engagements pris dans l'accord collectif ?

La Cour de cassation a approuvé la décision de la cour d'appel qui, après avoir relevé que l'accord collectif conclu pour favoriser l'emploi en contrepartie d'une réduction de la durée du travail n'avait plus d'objet depuis l'adoption du plan de cession prévoyant des licenciements et la disparition des aides publiques, en avait déduit que cet accord était devenu caduc.

Ainsi la disparition d'un accord collectif peut intervenir dans ces circonstances il est vrai très spécifiques, avant son terme normal, sans qu'il soit nécessaire de le mettre en cause au sens de l'article L. 132-8 du Code du travail dont se prévalait le syndicat afin d'obtenir le maintien provisoire de l'accord.

c) Dispositions générales - Accord instituant une représentation syndicale de groupe - Conditions
Chambre sociale, 30 avril 2003 (Bull. n ˚155)

Alors que le Code du travail, qui organise la négociation de branche et interprofessionnelle ou la négociation d'entreprise à laquelle se rattache la négociation interentreprise, ne prévoit pas l'accord de groupe, sauf dans des hypothèses particulières, l'arrêt du 30 avril 2003 reconnaît, pour la première fois, la validité d'un tel accord en dehors de ces domaines spécifiques en jugeant valable un accord instaurant une représentation syndicale de groupe ayant vocation à négocier des accords de groupe.

Il énonce en effet que des employeurs et des syndicats représentatifs peuvent instituer, par voie d'accord collectif, en vue de négocier sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe, une représentation syndicale de groupe composée de délégués choisis par les organisations syndicales selon des modalités préétablies, dès lors que les négociations pour lesquelles il lui donne compétence ne se substituent pas à la négociation d'entreprise. Un tel accord, qui ne requiert pas l'unanimité des organisations syndicales représentatives, est opposable aux organisations non signataires en sorte que si elles entendent participer aux négociations de groupe qu'il prévoit, elles sont tenues de désigner leurs représentants conformément à ses dispositions.

Comme on le voit, en même temps qu'il pose le principe de la validité des accords de groupe, l'arrêt apporte un certain nombre de précisions concernant leur négociation et leur effet.

Il enseigne ainsi que, se distinguant des accords d'entreprise, ils n'ont pas à être négociés par les délégués syndicaux des entreprises concernées du groupe, de sorte que les organisations syndicales sont libres de fixer la composition de leur délégation par voie d'accord, et que, conformément aux dispositions, communes à tous les accords collectifs, de l'article L. 132-2 du Code du travail, seuls les syndicats représentatifs peuvent conclure un accord instituant une représentation syndicale de groupe appelée à négocier des accords de groupe. L'unanimité des organisations syndicales représentatives n'est pas requise pour la conclusion d'un tel accord. Mais la reconnaissance de la négociation de groupe ne signifie pas pour autant liberté totale de négociation, dès lors que celle-ci se trouve cantonnée aux sujets d'intérêt

commun aux personnels des entreprises concernées du groupe et qu'elle ne peut avoir pour objet ou pour effet de se substituer à la négociation d'entreprise.

Il ressort aussi de cet arrêt que l'accord instituant une représentation syndicale de groupe est opposable aux organisations syndicales représentatives non signataires qui, si elles entendent participer aux négociations de groupe, doivent se conformer à ses prévisions. Et l'accord peut ne concerner que certaines entreprises du groupe.

Pour autant, cet arrêt ne règle pas toutes les questions que posent la négociation et les accords de groupe. Pour n'en citer que quelques unes, on peut évoquer, d'abord, l'indétermination du niveau auquel il convient de se placer pour apprécier la représentativité, au regard de la négociation de groupe, des syndicats non affiliés à des fédérations bénéficiant de la présomption de représentativité ; ensuite, l'incertitude sur les signataires représentant la partie patronale dès lors que l'on ignore si, pour ce qui la concerne, l'unanimité est requise ; enfin, l'incidence sur les accords de groupe des changements survenant dans la composition du groupe. Une intervention législative permettant d'encadrer la négociation de groupe serait sans doute nécessaire.

d) Dispositions générales - Accord se substituant à l'accord initial - Négociation - Organisations syndicales représentatives - Convocation - Défaut - Effet
Chambre sociale, 17 septembre 2003 (Bull. n° 240)

En matière de modification d'un accord collectif, la chambre sociale s'est prononcée sur un cas original de réécriture d'un accord de branche prévoyant expressément qu'il ne serait pas applicable si l'arrêté d'extension excluait l'une de ses dispositions.

En l'espèce, l'arrêté d'extension ayant précisément exclu l'une des dispositions de l'accord, les organisations signataires avaient alors adopté ce qui constitue de fait un avenant ou un nouvel accord autonome par lequel elles entendaient rendre applicable l'accord originaire en dépit de la défaillance de la condition initialement prévue concernant l'arrêté d'extension.

Les organisations non signataires de l'accord ont alors saisi les juges afin d'entendre dire que l'accord initial n'avait pu entrer en vigueur et que la nouvelle position des signataires était dépourvue d'effet.

La Cour de cassation censure la décision des juges du fond qui avait fait produire effet au nouvel accord alors que toutes les organisations représentatives n'avaient pas été invitées à la négociation du nouveau texte élaboré par les seules parties signataires de l'accord initial.

Il s'agit encore une fois de veiller, en cas de révision ou de modification d'un accord collectif, à ce que toutes les organisations représentatives soient appelées à la négociation. On sait en effet qu'un accord de révision conclu sans que les syndicats représentatifs non signataires de l'accord initial aient été convoqués à sa négociation est entaché de nullité (Soc., 26 mars 2002, Bull. n° 107 et rapport annuel 2002, p. 388).

Il se dégage donc une règle d'application générale suivant laquelle la conclusion ou la révision de tout accord collectif suppose la convocation de l'ensemble des organisations syndicales représentatives à la négociation.

D. CONFLITS COLLECTIFS DU TRAVAIL

Grève - Droit de grève - Exercice - Effets - Dommages imminents - Prévention - Pouvoirs du juge des référés - Réquisition de salariés grévistes (non)
Chambre sociale, 25 février 2003 (Bull. n° 62)

Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation et qui a donné lieu à l'arrêt commenté, une partie du personnel d'une association gérant un établissement accueillant des personnes âgées dépendantes s'était mise en grève après l'échec des négociations portant sur diverses revendications salariales. L'employeur ayant de son côté fait appel à un personnel de remplacement, le juge des référés saisi avait ordonné à la fois la cessation d'une telle pratique ainsi que la réquisition de plusieurs salariés de l'établissement nommément désignés afin d'assurer un service dans les trois nuits à venir selon les horaires fixés par l'employeur.

L'arrêt confirmatif de cette ordonnance est cassé au motif que les pouvoirs attribués au juge des référés en matière de dommages imminents consécutifs à l'exercice du droit de grève ne comportent pas celui de décider la réquisition des salariés grévistes.

En effet, s'il relève de la compétence du juge des référés de faire cesser le trouble manifestement illicite résultant d'une occupation de locaux par des grévistes (Soc., 26 février 1992, Bull. n° 125) et si l'employeur lui-même peut demander directement à ses salariés d'assurer un service minimum, notamment pour des raisons de sécurité, ce qui est susceptible d'entrer dans les prévisions d'un accord signé avec les organisations syndicales (Soc., 20 février 1991, Bull. n° 81), en revanche la réquisition ne peut être ordonnée, fut-ce pour prévenir un dommage imminent dont l'existence n'est pas contestée. On notera qu'une loi du 18 mars 2003 permet à l'autorité administrative, dans certains cas, de recourir à la réquisition de salariés grévistes.

II-2. PROCÉDURE

a) Prud'hommes - Procédure - Pluralité de demande - Instance unique - Irrecevabilité d'une nouvelle instance - Application- Décision ayant annulé la procédure initialement introduite
Chambre sociale, 12 novembre 2003 (à paraître)

La règle de l'unicité de l'instance s'oppose à ce que des demandes dérivant du même contrat de travail fassent 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.

En l'espèce, la chambre sociale approuve une cour d'appel d'avoir, sur le fondement de l'article R. 516-1 du Code du travail, déclaré irrecevable la demande d'un salarié qui avait antérieurement introduit la même prétention devant un conseil de prud'hommes ayant prononcé la nullité de la procédure pour défaut de mise en cause de la direction régionale des affaires de sécurité sociale.

Cette décision est conforme à la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation qui, pour l'application de la règle de l'unicité de l'instance, ne distingue pas selon la façon dont s'est terminée la première instance (Soc., 21 novembre 1974, Bull. n° 563).

Ainsi, cette règle ne joue pas seulement lorsque la première instance s'est achevée par un jugement sur le fond mais aussi lorsqu'il a été mis fin à l'instance par une décision d'incompétence (Soc., 9 mai 1973, Bull. n° 289), constatant la péremption d'instance (Soc., 4 janvier 1974, Bull. n° 16), le désistement (Soc., 24 janvier 1996, Defrénois 1997 p 599) ou la caducité d'instance (Soc., 24 mai 2000, pourvoi n° 97-45.649).

Le fait que les juges du fond aient initialement prononcé une décision d'annulation de la procédure ne permet pas d'échapper à la prohibition des instances successives au motif que la première instance serait réputée n'avoir jamais existé.

Ainsi, récemment, la chambre sociale a eu l'occasion de rappeler que la règle de l'unicité de l'instance s'opposait à la recevabilité d'une demande qui avait déjà été formée à l'occasion d'une précédente instance ayant fait l'objet d'un jugement d'annulation de la procédure pour défaut de préliminaire de conciliation (Soc., 9 juillet 2002, pourvoi n° 00-42.797).

Il faut cependant rappeler que la rigueur de cette règle de l'unicité de l'instance est compensée par la possibilité, exorbitante du droit commun de la procédure civile, pour les parties de former des demandes nouvelles en appel.

b) Cassation - Pourvoi - Recevabilité - Pourvoi formé par le conseiller prud'homme contre la décision le récusant (non)
Chambre sociale, 19 décembre 2003 (à paraître)

Cet arrêt dénie clairement au juge le droit de former un pourvoi contre la décision se prononçant sur la demande d'une partie tendant à obtenir sa récusation.

En effet, les dispositions de l' article 609 du nouveau Code de procédure civile réservent aux parties à l'instance au fond le droit d'exercer le recours extraordinaire que constitue le pourvoi en cassation; et celles de l'article 611 du même code n'étendent la possibilité d'un tel recours qu'à la personne ayant été condamnée.

En matière de récusation, il n'y a bien sûr pas lieu d'envisager cette dernière hypothèse. Par ailleurs, le simple fait qu'un juge fasse l'objet d'une demande en récusation ne lui donne pas la qualité de partie à l'instance appelée à statuer sur cette requête.

Telle est la position de la chambre sociale qui rejoint celle adoptée par la deuxième chambre civile dans deux affaires rendue d'ailleurs à propos de conseiller prud'hommes (Civ. 2ème, 23 novembre 1983, Bull. n° 184 ; Civ. 2ème, 21 janvier 1989, JCP 1990 II 21469.obs Cadiet).

Bien sûr, on peut se demander alors si la voie de recours ne se trouve pas paralysée puisque la partie qui a demandé et obtenu la récusation n'aura aucun intérêt à agir et que celui de son adversaire serait incertain.

Cependant, il reste toujours la possibilité pour le ministère public de se pourvoir en cassation dans l'intérêt de la loi.

c) Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales - Article 6-1 - Procès équitable - Ingérence du législateur dans l'administration de la justice - Validation législative pour limiter les conséquences d'une jurisprudence - Motifs impérieux d'intérêt général - Effet -
Assemblée Plénière, 24 janvier 2003 (Bull. n° 2 et 3)
V. rubrique ci-dessus Durée du travail

d) Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales - Article 6-1 - Impartialité - Conseillers prud'hommes - Appartenance à la même organisation syndicale que l'une des parties au procès - Atteinte à leur impartialité (non)
Chambre sociale, 19 décembre 2003 (à paraître)

En matière d'impartialité des juges, la décision de la Cour de cassation sur le point de savoir si la commune appartenance syndicale d'une partie et

d'un conseiller prud'hommes pouvait à elle seule justifier la récusation de ce dernier, ou le renvoi de l'affaire pour cause de suspicion légitime, était particulièrement attendue.

En effet, les cours d'appel avaient rendu sur cette question des décisions divergentes, les unes refusant de prendre en considération l'appartenance syndicale des conseillers prud'hommes (Dijon, 25 octobre 2001 et 15 janvier 2002) les autres prenant une position contraire (Grenoble, 23 octobre 2002) et il incombait donc à la juridiction suprême d'unifier la jurisprudence.

La question de l'impartialité des juges doit être examinée au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, au delà des hypothèses d'impartialité subjective fondées sur le comportement personnel des juges, apprécie si l'exigence d'impartialité est objectivement respectée.

Suivant cette conception, il faut vérifier si les parties peuvent avoir des doutes légitimes sur l'impartialité des juges.

Cette approche a déjà été mise en oeuvre à plusieurs reprises par la Cour de cassation et notamment par la chambre sociale qui a décidé par exemple que les tribunaux du contentieux de l'incapacité (Soc., 17 décembre 1998, Bull. n° 578) puis la cour nationale (AP 22 décembre 2000 DS 2001 p. 282) n'étaient pas des juridictions impartiales pour des raisons objectives liées à l'organisation et au fonctionnement de ces juridictions.

C'est également l'impartialité objective qui était en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 19 décembre 2003 puisque le comportement personnel des conseillers prud'hommes ne faisait l'objet d'aucune remarque, le seul point en litige étant leur appartenance syndicale.

En droit interne, l'article L. 518-1 du Code du travail dissipe toute interrogation sur l'impartialité en cas d'appartenance syndicale puisqu'il prévoit que "le seul fait d'être affilié à une organisation syndicale ne constitue pas un intérêt personnel justifiant la récusation".

Mais, les causes de récusation prévues par la loi française n'épuisant pas toutes les hypothèses où l'impartialité peut être contestée (ex Soc., 3 juillet 2001 RJS 10/01 n° 1181), la Cour de cassation avait à examiner la question de l'impartialité des conseillers prud'hommes au regard de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Or, pour vérifier le respect de l'exigence d'impartialité prévue par ce

texte, il est tenu compte de l'ensemble de la procédure suivie dans l'ordre juridique interne (CEDH arrêt Bulut du 22 février 1996). Et précisément, l'organisation de la juridiction prud'homale fondée sur le paritarisme et son fonctionnement, avec un éventuel recours au juge départiteur en cas de partage de voix, la prohibition du mandat impératif par l'article L. 514-6 du Code du travail et la possibilité, selon les cas, de relever appel ou de former un pourvoi en cassation, assurent la garantie de l'impartialité.

La Cour de cassation en a déduit logiquement que la seule appartenance d'un ou plusieurs conseillers à la même organisation syndicale que l'une des parties n'était pas de nature à affecter leur impartialité ni à compromettre l'équilibre d'intérêts inhérent à cette juridiction.

Cette notion d'équilibre d'intérêts inhérent à une juridiction avait déjà été prise en considération dans un arrêt de la CEDH (arrêt Langborger / Suède du 23 mai 1989) dans une affaire où l'impartialité des juges était contestée.

De même, cette juridiction avait été amenée à dire que la commune appartenance d'une partie et d'un juge à une obédience maçonnique ne permettait pas de douter de l'impartialité du juge (arrêt Salaman / Royaume Unie du 15 juin 2000).

III. SÉCURITÉ SOCIALE

1. Accidents du travail et maladies professionnelles

a) Action en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur - Interruption du délai de prescription biennale - Portée
Chambre sociale, 23 janvier 2003 (Bull. n° 20)

Les ayants droit de la victime d'un accident mortel du travail ont introduit leur action en reconnaissance de la faute inexcusable, contre le directeur de la société qui employait le salarié au moment du fait dommageable, interrompant par cette diligence le délai de prescription biennale fixé par l'article L. 431-2 du Code de la sécurité sociale.

Le tribunal des affaires de sécurité sociale ayant fait droit à leur demande, une autre société, issue de la transformation de la première, s'est vue réclamer par la caisse primaire d'assurance maladie le remboursement des indemnités versées aux intéressés et a formé tierce opposition, faisant valoir qu'elle n'avait pu être représentée par le directeur de la société employeur de la victime et que l'action introduite contre cette dernière devant le tribunal des affaires de sécurité sociale n'avait pas interrompu la prescription à son égard.

Saisie d'un pourvoi contre l'arrêt ayant débouté la société intéressée de sa tierce opposition, la chambre sociale de la Cour de cassation avait donc à se prononcer sur la portée de l'action introduite par les ayants droit de la victime, au regard de l'interruption du délai de prescription.

Rejetant le pourvoi, elle a décidé qu'une action en reconnaissance de faute inexcusable a pour effet d'interrompre la prescription à l'égard de toute autre action procédant du même fait dommageable. En énonçant ce principe, la chambre sociale suit donc sa jurisprudence traditionnellement libérale, s'agissant de l'interruption de la prescription des droits du salarié victime d'une faute inexcusable et rejoint celle adoptée par la première chambre civile (Civ. 1ère, 7 mars 2000, Bull. n° 85 - Civ. 1ère, 29 février 2000, Bull. n° 61).

b) Faute inexcusable de l'employeur - Procédure - Action de la victime - Défendeur - Employeur - Qualité exclusive - Portée
2ème Chambre civile, 31 mars 2003 (Bull. n°120)

Faute inexcusable de l'employeur - indemnisations complémentaires - Charge - Personne ayant la qualité juridique d'employeur - Portée
2ème Chambre civile, 31 mars 2003 (Bull. n°120)

Faute inexcusable de l'employeur - Indemnisations complémentaires - Charge - Auteur de la faute inexcusable distinct de l'employeur (non)
2ème Chambre civile, 31 mars 2003 (Bull. n°120)

Aux termes de l'article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale, aucune action en réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles ne peut être exercée conformément au droit commun, par la victime ou ses ayants droit. La victime atteinte d'une incapacité permanente perçoit un capital ou une rente fixés selon les dispositions des articles L. 431-1 et suivants et R. 431-1 et suivants du Code de la sécurité sociale.

Toutefois, lorsque l'accident (ou la maladie) est dû à la faute inexcusable de l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitué dans la direction, la victime ou ses ayants droit ont droit à une indemnisation complémentaire (article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale).

Il s'agit tout d'abord d'une majoration de l'indemnité en capital ou de la rente attribuée à la victime ou ses ayants droit, l'article L. 452-2 précisant que "la majoration est payée par la caisse, qui en récupère le montant par l'imposition d'une cotisation complémentaire dont le taux et la durée sont fixés par la caisse régionale d'assurance maladie sur la proposition de la caisse primaire, en accord avec l'employeur, sauf recours devant la juridiction de la

sécurité sociale compétente..."

En outre la victime a droit à la réparation "du préjudice causé par les souffrances physiques et morales par elle endurées, de ses préjudices esthétique et d'agrément et du préjudice résultant de la perte ou de la diminution de ses possibilités de promotion professionnelle". La victime atteinte d'une incapacité permanente de 100% bénéficie également d'une indemnité forfaitaire égale au montant du salaire minimum légal en vigueur à la date de consolidation, et, en cas de décès, les ascendants, descendants et ayants droit de la victime peuvent solliciter réparation de leur préjudice moral.

Si l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale indique que la victime ou ses ayants droit doivent "demander à l'employeur" ces différentes indemnités, il prévoit que "la réparation de ces préjudices est versée directement aux bénéficiaires par la caisse qui en récupère le montant auprès de l'employeur".

L'article L. 452-4 du Code de la sécurité sociale, dans son second alinéa, précise que "l'auteur de la faute inexcusable est responsable sur son patrimoine personnel des conséquences de celle-ci."

Cette dernière disposition permet-elle à la victime de s'exonérer des règles fixées par les articles L. 451-1 et suivants du Code de la sécurité sociale, en demandant réparation directement à la personne physique auteur de la faute inexcusable, ou à la CPAM d'exercer son action récursoire contre la personne physique auteur de la faute inexcusable lorsque celle-ci est différente de l'employeur, et en particulier contre le dirigeant de la personne morale employeur, lorsque le recours contre celle ci n'est plus possible du fait d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ?

Dans un arrêt du 5 juin 1998 (Bull. n° 306) la chambre sociale de la Cour de cassation avait décidé "qu'aux termes de l'article L. 452-3, alinéa 3, du Code de la sécurité sociale, la Caisse primaire d'assurance maladie, qui verse directement aux bénéficiaires les indemnités auxquelles leur ouvre droit la faute inexcusable de l'employeur, ne dispose d'une action récursoire qu'à l'égard de ce dernier".

Toutefois, dans un second arrêt du 17 juillet 1998 (Bull. n° 397) la chambre sociale a cassé une décision de cour d'appel ayant débouté une caisse de sa demande tendant à la mise en cause personnelle du gérant d'une société définitivement condamné pour blessures involontaires et infractions aux règles de sécurité, en indiquant que l'auteur de la faute inexcusable est responsable sur son patrimoine personnel des conséquences de celle-ci. La même solution avait été adoptée dans un arrêt du 14 décembre 2000 (pourvoi n° 99-16.857, non

publié).

Par trois arrêts du 31 mars 2003, la Cour de cassation (chambre sociale), a décidé “qu’il résulte de la combinaison des articles L. 451-1 à L. 452-4 du Code de la sécurité sociale que la victime ou ses ayants droit ne peuvent agir en reconnaissance d’une faute inexcusable que contre l’employeur, quel que soit l’auteur de la faute, et que le versement des indemnités est à la charge de la caisse primaire d’assurance maladie, laquelle n’a de recours que contre la personne qui a la qualité juridique d’employeur”.

Dans une première affaire, la Cour a ainsi estimé qu’était légalement justifié l’arrêt qui avait débouté la victime d’un accident du travail de sa demande tendant à ce que les deux co-gérants de la société qui était son employeur soient personnellement condamnés à lui verser une indemnisation complémentaire pour faute inexcusable (Soc. 31 mars 2003, Bull. n° 120).

Dans une seconde affaire, la Cour a censuré une décision de cour d’appel qui, ayant retenu que l’accident du travail survenu à un salarié était dû à la faute inexcusable de la société qui l’employait, avait décidé qu’au cas où la caisse primaire d’assurance maladie ne pourrait obtenir de cet employeur le remboursement des sommes versées à la victime, elle pourrait en récupérer le montant sur le mandataire social de la société (Soc. 31 mars 2003, Bull. n° 120).

Enfin, par une troisième décision, a été cassé l’arrêt qui, ayant également retenu que l’accident du travail survenu à un salarié était dû à la faute inexcusable de la société qui l’employait, et qui était en liquidation, avait décidé que le gérant de cette société devait rembourser à la caisse primaire d’assurance maladie les sommes dont elle avait fait l’avance à la victime au titre de la majoration de rente et du préjudice complémentaire (Soc. 31 mars 2003, Bull. n° 120).

Cette solution a été maintenue par un arrêt postérieur du 10 juin 2003 (Civ 2°, 10 juin 2003, Bull. n° 178).

c) Indemnisation des victimes d’infractions - Dispositions légales d’ordre public sur la réparation des accidents du travail - Exclusion
2ème Chambre civile, 7 mai 2003 (Bull. n° 138)

Par arrêt du 18 juin 1997 (Bull. n° 191), la deuxième chambre avait pour la première fois énoncé que l’article 706-3 du Code de procédure pénale n’interdit pas aux victimes d’un accident du travail de présenter une demande d’indemnisation du préjudice résultant de faits présentant le caractère matériel d’une infraction. Cette position avait reçu confirmation dans un nouvel arrêt non publié du 24 juin 1999 (pourvoi n° 97-21.115).

Cette jurisprudence autorisait la victime d'un accident du travail à saisir directement la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions de faits pénalement qualifiables imputables à l'employeur. Dans la mesure où un accident du travail trouve fréquemment sa source dans une infraction du chef d'entreprise à la législation sur l'hygiène et la sécurité du travail, de nombreux accidents du travail se trouvaient susceptibles d'être intégralement réparés par l'application du régime d'indemnisation par les commissions d'indemnisation des victimes d'infraction. Quant au Fonds de garantie, appelé à indemniser la victime pour la différence entre son préjudice intégralement réparé selon le droit commun et les prestations servies en vertu de la législation sur les accidents du travail, il ne pouvait sauf faute inexcusable de l'employeur exercer contre ce dernier le recours subrogatoire prévu par l'article 706-11 du Code de procédure pénale.

S'inscrivant dans cette jurisprudence, une victime d'un accident du travail constituant par ailleurs un délit d'atteinte involontaire à la personne avait, parallèlement à son recours devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur, saisi la commission d'indemnisation des victimes d'infractions sur le fondement de l'article 706-3 du Code de procédure pénale.

Par l'arrêt du 7 mai 2003 délibéré, après le rattachement de la section chargée du contentieux de la sécurité sociale, en sa formation plénière, la deuxième chambre opère un revirement total de jurisprudence. Au visa des articles L.451-1 du Code de la sécurité sociale et de l'article 706-3 du Code de procédure pénale, elle considère que les dispositions légales d'ordre public sur la réparation des accidents du travail excluent les dispositions propres à l'indemnisation des victimes d'infraction.

L'article L.451-1 du Code de la sécurité sociale pose en effet le principe selon lequel "sous réserve des dispositions prévues aux articles L.452-1 à L.452-5, L.454-1, L.455-1, L.455-1-1 et L.455-2, aucune action en réparation des accidents et maladies mentionnés par le présent Livre, ne peut être exercée conformément au droit commun, par la victime ou ses ayants droit". Seul le tribunal des affaires de sécurité sociale est compétent pour assurer la mise en oeuvre des mécanismes de prise en charge par les organismes sociaux dont le financement est assuré par des cotisations spécifiques. On relèvera que cette décision a pour effet de rétablir l'égalité entre les victimes selon qu'une infraction était ou n'était pas à l'origine de leur préjudice.

Enfin il doit être indiqué que ce revirement est intervenu dans l'hypothèse où l'infraction est imputable à l'employeur; la chambre aura

prochainement à se prononcer dans l'hypothèse où le dommage corporel résulte de l'infraction d'un tiers à l'entreprise.

2. Divers

Sécurité sociale - Assurances sociales - Tiers responsable - Recours des caisses - Assiette - Exclusion - Préjudice d'agrément - Définition
(Assemblée plénière, 19 décembre 2003, Bull. n° 7 ; BICC n° 592, p. 11, rapport de M. de Givry et avis de M. de Gouttes)

L'indemnisation de la gêne dans les actes de la vie courante avant consolidation et celle des troubles dans les conditions d'existence postérieurs à la consolidation doivent-elles être comprises dans l'assiette du recours des tiers payeurs ? Telle était la question posée à la Cour de cassation réunie en assemblée plénière.

Les faits étaient les suivants : M. X, victime d'un accident de la circulation dans lequel était impliqué le véhicule appartenant à M. Y, a assigné ce dernier et son assureur ainsi que la CPAM pour obtenir l'indemnisation de son préjudice corporel en distinguant les préjudices économiques patrimoniaux soumis au recours de la CPAM des préjudices moraux extra - patrimoniaux non soumis au recours.

Par l'arrêt attaqué, la cour d'appel de Paris, dans la ligne de sa jurisprudence initiée en 1994 et récemment suivie par plusieurs cours d'appel, a, au titre des préjudices moraux extra - patrimoniaux, exclu du recours de la CPAM des indemnités 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 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 de loisirs.

Mettant fin à des différences d'appréciation apparues au sein des juridictions du fond, l'assemblée plénière a jugé que les recours des tiers payeurs 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 celle, de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément. Elle définit le préjudice d'agrément comme le préjudice subjectif de caractère personnel résultant des troubles ressentis dans les conditions d'existence.

En conséquence, au visa des articles 31 de la loi du 5 juillet 1985, L. 376-1, alinéa 3, et L. 454-1, alinéa 3, du Code de la sécurité sociale, la Cour

de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Paris dans la mesure où il avait à tort exclu du recours du tiers payeur des indemnités réparant l'atteinte objective à l'intégrité physique de la victime.

Cette décision n'avalise donc pas la notion de "préjudice fonctionnel d'agrément"; elle s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour qui, dans l'interprétation des textes, a progressivement retenu une conception extensive de la notion de préjudice d'agrément sans remettre en cause la distinction forgée par la chambre criminelle (arrêt du 5 mars 1985, 1ère espèce) entre, d'une part, les troubles physiologiques qui constituent un préjudice corporel de caractère objectif, d'autre part, le préjudice d'agrément.

Par ailleurs, elle reste compatible avec la jurisprudence administrative qui, à travers le concept de "troubles dans les conditions d'existence" impose aux juges de distinguer ceux qui "couvrent les troubles physiologiques subis par la victime" soumis à recours des tiers payeurs de ceux qui ne le sont pas.

III - LE DROIT IMMOBILIER ET L'URBANISME

A. COPROPRIÉTÉ

Prescription acquisitive abrégée sur les parties communes
3ème Chambre civile, 30 avril 2003 (Bull. n˚91)

Par cet arrêt, la troisième chambre de la Cour de cassation a été amenée, pour la première fois, à statuer sur la question de l'application de la prescription acquisitive abrégée sur les parties communes d'un syndicat de copropriétaires.

La cour d'appel avait retenu "que les copropriétaires n'ont pas chacun la propriété du sol de leur lot à titre privatif, de sorte que leur titre de propriété n'est pas un acte qui leur transfère la propriété exclusive du sol, et qu'ils ne peuvent l'avoir prescrite sur le fondement de l'article 2265 du Code civil".

Or, la prescription abrégée permet d'acquérir tous les droits réels immobiliers : droit de propriété divise, indivise ou de copropriété (Civ. 22 octobre 1924, DH 1924,66 , Civ. 3ème, 22 mai 1970, Bull. n˚ 356), usufruit, droit d'usage et d'habitation, emphytéose.

L'article 4 de la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis dispose que : "les parties communes sont l'objet d'une propriété indivise entre l'ensemble des copropriétaires ou certains d'entre eux seulement".

Un arrêt de la Cour de cassation rendu avant la loi du 10 juillet 1965 avait retenu que l'appartement d'un copropriétaire, objet d'une propriété principale privative ayant pour accessoire une quote-part de copropriété des parties communes, constituait, dès l'origine, un immeuble distinct (Civ. 1ère, 21 novembre 1955, JCP 1955), ce qui avait pour effet de reconnaître au droit du copropriétaire sur son lot, des effets analogues à ceux d'un droit de propriété immobilière quelconque.

L'arrêt rapporté rappelle que le lot de copropriété est nécessairement composé de parties privatives et d'une quote-part des parties communes. En l'espèce, la propriété immobilière que les copropriétaires soutenaient avoir prescrite, était composée de terrains inclus dans l'assiette foncière de leur syndicat, sur lesquels des tiers, co-indivisaires de leur auteur, soutenaient avoir conservé des droits, en sorte que la prescription acquisitive invoquée portait sur le surplus des droits réels immobiliers dont ils n'étaient pas titulaires.

La troisième chambre a décidé que ces droits pouvaient faire l'objet d'une prescription abrégée, sous réserve que les conditions posées par l'article

2265 du Code civil soient remplies, à savoir :
- acquisition d'une personne qui n'était pas le propriétaire exclusif des parcelles vendues, assimilables à une acquisition "a non domino" (Civ. 3ème, 7 avril 1994, Bull. n° 80 ; Civ. 3ème, 27 mai 1998, Bull. n° 113 ; Civ. 3ème, 13 décembre 2000, Bull. n° 192 ; Civ. 3ème, 19 décembre 2001, Bull. n° 159 ; Civ. 3ème, 18 décembre 2002, pourvoi n° 01-10.983) ;
- juste titre, c'est à dire "un titre qui considéré en soi serait de nature à transférer la propriété à la partie qui invoque la prescription" (Civ. 3ème, 13 janvier 1998, pourvoi n° 06-19-735 ; Civ. 3ème, 30 avril 2002, Bull. n° 89) et qui concerne "exactement dans sa totalité le bien dont le possesseur entend prescrire la propriété" (Civ. 3ème, 21 janvier 1998, pourvoi n° 95-18.146) ;
- bonne foi.

En effet, chaque copropriétaire acquiert accessoirement au droit exclusif qu'il détient sur les parties privatives de son lot des droits indivis de propriété sur les parties communes de la copropriété. L'arrêt précise donc que les actes de vente de chacun des copropriétaires permettent à l'ensemble de ces copropriétaires de bénéficier de la prescription acquisitive abrégée de l'article 2265 du Code civil, sur les parties communes de la copropriété, accessoires aux droits exclusifs qu'ils détiennent sur les parties privatives de leur lot.

B. EXPROPRIATION

Compatibilité du rôle actuel du commissaire du gouvernement auprès de la juridiction de l'expropriation dans la procédure d'indemnisation des expropriés avec l'article 6 alinéa 1er de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)

3ème Chambre civile, 2 juillet 2003 (Bull. n° 140)

La Cour de cassation décidait depuis 1992 que le commissaire du gouvernement ne participant pas à la décision de la juridiction de l'expropriation, l'article 6 de la C.E.D.H n'était pas applicable, tout en veillant par ailleurs au respect du droit des expropriés ainsi qu'à l'observation effective du principe de la contradiction tel que défini par le nouveau Code de procédure civile.

Elle avait cependant, dans son rapport annuel 2000 (4ème suggestion de modification législative ou réglementaire p. 14), attiré l'attention des autorités compétentes sur la compatibilité de certains aspects du rôle tenu par le commissaire du gouvernement avec les principes issus de la C.E.D.H., soulignant en particulier les difficultés que pouvaient rencontrer les expropriés pour accéder aux informations contenues dans le fichier immobilier dont le

commissaire du gouvernement a, de par ses fonctions, la libre disposition.

Par arrêt du 24 avril 2003 (affaire YVON c/ FRANCE, requête n° 44962198), la Cour européenne des droits de l'homme, retenant que : “dans la procédure en fixation des indemnités, l'exproprié se trouve confronté non seulement à l'autorité expropriante mais aussi au commissaire du gouvernement, que le commissaire du gouvernement et l'expropriant -lequel est dans certains cas représenté par un fonctionnaire issu des mêmes services que le premier- bénéficient d'avantages notables dans l’accès aux informations pertinentes, qu'en outre le commissaire du gouvernement, à la fois expert et partie, occupe une position dominante et exerce une influence importante sur l'appréciation du juge, que, selon la Cour, tout cela crée au détriment de l'exproprié, un déséquilibre incompatible avec le principe de l'égalité des armes”, a conclu en conséquence à une méconnaissance en l'espèce de ce principe et à une violation de l'article 6§1 de la Convention.

Prenant acte de cette décision, la troisième chambre civile, statuant sur le pourvoi d'un exproprié qui, sans avoir contesté devant les juges du fond le rôle du commissaire du gouvernement, faisait valoir devant la Cour de cassation que celui-ci créait un déséquilibre en faveur de l'autorité expropriante, en violation de l'article 6§1 de la C.D.E.H, a, par arrêt du 2 juillet 2003, cassé au visa de ce texte la décision d'une cour d'appel qui avait fait application des dispositions du Code de l'expropriation relatives au commissaire du gouvernement.

C. BAUX

1. Bail - Règles générales - Résiliation - Effets - Différence avec la résolution - Portée

3ème Chambre civile, 30 avril 2003 (Bull. n° 87)

Cette décision est relative à la date à laquelle prend effet l'anéantissement des contrats synallagmatiques à exécution successive.

Le moyen, qui se fondait sur la jurisprudence de la troisième chambre civile relative à la “résiliation” des baux, reprochait à une cour d'appel d'avoir retenu que la “résolution” judiciaire d'un bail, prononcée par un précédent arrêt, devenu irrévocable, pour inexécution partielle par le bailleur de son obligation de délivrance, entraînait l'anéantissement rétroactif du contrat, de sorte que le locataire n'était tenu depuis l'origine qu'à une indemnité d'occupation.

L'arrêt rejette ce moyen en énonçant que si, dans un contrat synallagmatique à exécution successive, la résiliation judiciaire n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté, la résolution judiciaire

pour absence d'exécution ou exécution dès l'origine imparfaite, entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat.

Abandonnant sa jurisprudence selon laquelle la résiliation judiciaire des contrats à exécution successive ne peut prendre effet que du jour du jugement qui la prononce, la troisième chambre civile décide qu'elle prend normalement effet à la date où les parties ont cessé d'exécuter leurs obligations. Si la formulation retenue interdit un anéantissement rétroactif du contrat dès sa conclusion, elle réserve une marge de manoeuvre aux juges du fond qui peuvent retenir une date postérieure à la date d'inexécution de l'obligation, par exemple la date de la sommation d'exécuter ou de l'assignation en résiliation.

Il s'ensuit logiquement qu'en cas d'inexécution totale ou partielle du contrat dès son origine, ce qui est le cas lorsque le bailleur ne remplit pas son obligation de délivrance, le contrat est anéanti rétroactivement dès sa formation.

L'arrêt apporte enfin une précision terminologique en réservant le terme de résolution à l'anéantissement rétroactif ab initio du contrat et en qualifiant de résiliation l'anéantissement du contrat qui a reçu un début d'exécution.

2. Réparations locatives et préjudice du bailleur

3ème Chambre civile, 3 décembre 2003 (à paraître)

Dans un arrêt du 30 janvier 2002 (Bull. n° l7), la troisième chambre civile de la Cour de cassation avait énoncé *que* "*l'indemnisation du bailleur en raison de l'inexécution par le preneur des réparations locatives prévues au bail n'est subordonnée ni à l'exécution de ces réparations, ni à la justification d'un préjudice*".

Certains auteurs se sont interrogés sur le point de savoir si la Cour de cassation n'avait pas voulu remettre en cause les trois conditions de l'engagement de la responsabilité civile contractuelle que sont la faute, le préjudice et le lien de causalité entre les deux (Civ. l ère, 18 novembre 1997 Bull. n° 317).

Dans un cas d'espèce très voisin de celui qui a donné lieu à l'arrêt du 30 janvier 2002, la troisième chambre, réunie en formation plénière, affirme que "*des dommages et intérêts ne peuvent être alloués que si le juge, au moment où il statue, constate qu'il est résulté un préjudice de la faute contractuelle*".

Ce faisant, elle approuve une cour d'appel qui, pour refuser d'accorder des dommages et intérêts à un bailleur qui se plaignait du manquement de son preneur à son obligation de restituer les lieux dans un état d'entretien permettant

une relocation immédiate et aisée, avait relevé que si la faute contractuelle du locataire n'était pas contestée, elle ne constituait pas ou ne réalisait pas en soi un préjudice pour le bailleur car celui-ci avait redonné à bail les locaux à une société qui les avait entièrement réaménagés à ses frais exclusifs et le nouveau contrat de location n'avait pas été conclu à des conditions plus défavorables que si l'état des lieux avait été différent.

L'apport de cet arrêt est non seulement de réaffirmer que le constat de l'absence de préjudice exclut l'allocation de dommages et intérêts dans le domaine de la responsabilité contractuelle, mais aussi de rappeler que les juges doivent se placer au jour où ils statuent pour apprécier l'existence et la consistance du préjudice. Cela ne signifie pas que dans l'hypothèse où le préjudice a disparu au jour du jugement ou de l'arrêt, aucune somme ne pourrait être octroyée à titre de dommages et intérêts, mais que ceux-ci seraient limités à la réparation de ce dommage temporaire.

3. Dans quel délai peut être exercée l'action en contestation du montant d'un loyer initial fondée sur l'article 18 de la loi du 6 juillet 1989 ?

3ème Chambre civile, 19 février 2003 (Bull. n°40)

L'article 17 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, prévoyait, jusqu'au 31 juillet 1997, une dualité de régimes de fixation du loyer initial des locaux relevant du champ d'application de la loi.

L'article 17 a) désignait les logements pour lesquels le loyer pouvait être fixé librement.

Pour tous les autres logements, l'article 17 b) imposait un principe général d'encadrement du loyer, qui n'était écarté que lorsque le bailleur ne réclamait pas un loyer supérieur au dernier loyer exigé du précédent locataire. Afin de tenir compte du marché locatif, le loyer devait être fixé par référence aux loyers habituellement constatés dans le voisinage pour des logements comparables, dans les conditions définies à l'article 19 de la loi.

Par ailleurs, l'article 18 ouvrait la possibilité d'une réglementation spéciale en autorisant un plafonnement de l'évolution des loyers dans certaines zones géographiques déterminées, où apparaissait une situation anormale du marché locatif. Le gouvernement a immédiatement usé de cette faculté en adoptant le décret n° 89-590 du 28 août 1989, qui a plafonné les loyers dans l'agglomération de Paris.

La présente affaire a été l'occasion de trancher la question de savoir dans quel délai le locataire d'un logement vacant dont le loyer initial avait été

fixé librement au visa de l'article 17 a) pouvait en contester la licéité au regard des dispositions de ce décret.

Ce cas de figure n'est pas expressément envisagé par l'article 17 b), alinéa 3, qui, s'il permet au locataire de contester le montant du loyer en saisissant la commission départementale de conciliation dans les deux mois de la conclusion du contrat, limite ce droit de contestation au cas de “non- respect par le bailleur des dispositions de l'article 19”, relatives aux références de loyers.

Aussi la tentation est-elle grande de reconnaître au locataire, lorsque le bailleur s'était placé hors du cadre d'application de l'article 17 b) pour se prévaloir de régime de liberté défini à l'article 17 a), la possibilité d'agir en nullité pendant cinq ans, voire pendant trente ans, du moins lorsqu'est invoquée la violation des dispositions réglementaires prises en application de l'article 18, qui peuvent être considérées comme relevant d'un ordre public de direction.

Telle n'a pas été la solution retenue par la Cour de cassation. Se fondant sur le fait que l'article 18 de la loi du 6 juillet 1989 ne concerne pas les logements dont les loyers initiaux sont fixés librement en vertu de l'article 17 a), mais seulement ceux dont les loyers initiaux sont réglementés par l'article 17 b), elle a considéré que l'action en contestation fondée sur l'article 18 ne pouvait être exercée que dans le délai de deux mois prévu par l'article 17 b).

Elle a donc cassé sans renvoi l'arrêt d'une cour d'appel qui avait accueilli une contestation fondée sur l'article 18 présentée plus de 8 ans après la conclusion du bail, en relevant d'office le moyen tiré de ce que le locataire n'avait pas exercé son action dans le délai de deux mois prévu à l'article 17 b).

Cette décision, qui s'inscrit dans le prolongement d'un arrêt du 10 mai 2001 (n° 671, pourvoi n° 98-15.968, non publié), unifie le régime des actions en contestation des loyers, conformément à l'objectif de sécurité juridique poursuivi par le législateur de 1989.

4. Commerces dépendants et statut des baux commerciaux

3ème Chambre civile, 19 mars 2003 (Bull. n°66)

Lorsqu’un locataire est autorisé à exercer une activité commerciale à l'intérieur ou dans l'enceinte d’un autre établissement plus vaste, et qu'il revendique le bénéfice du statut des baux commerciaux, la Cour de cassation exige qu'il rapporte la preuve qu'il dispose d'une clientèle personnelle distincte de celle de son bailleur, autrement dit d’une clientèle propre.

Cette position traditionnelle se justifie par le fait que la clientèle est

l'élément essentiel sans lequel il n'est pas de fonds de commerce et qu'en servant la clientèle d'un autre, le locataire exploite un fonds de commerce qui ne lui appartient pas.

Ainsi, en 1970, l'assemblée plénière a jugé que l'exploitant d'une buvette sur un hippodrome ne pouvait prétendre au bénéfice du statut des baux commerciaux à défaut de clientèle propre, la clientèle qui fréquentait cette buvette s'étant rendue avant tout sur les lieux pour assister aux courses de chevaux (Ass. Plén. 24 avril 1970, Bull. n° 3).

Cependant, ces dernières années, l'existence d'une clientèle indépendante ne suffisait plus à justifier l'application du statut. Cette clientèle devait en outre être prépondérante par rapport à celle de l'établissement d'accueil. En revanche, si elle était constituée de manière prédominante par la clientèle de cet établissement, le bail ne relevait pas du statut (Civ. 3ème, 27 novembre 1991, Bull. n° 289 ; Civ. 3ème, 4 novembre 1992 RJDA 12/92 n° 1108).

Cette exigence supplémentaire a pu paraître trop rigoureuse pour les nombreux commerçants placés dans cette situation (à titre d'exemple ceux qui exercent leur activité dans la galerie commerciale d'un hypermarché), notamment en raison des difficultés qu'ils éprouvent à administrer la preuve qui leur est demandée.

Par ailleurs, cette jurisprudence apparaissait en décalage avec l'arrêt du 27 mars 2002 (Bull. n° 77 ; rapport annuel de la Cour de cassation 2002 page 439) par lequel la troisième chambre civile de la Cour de cassation a admis que les franchisés ont une clientèle propre leur permettant de bénéficier du statut des baux commerciaux en écartant la démarche consistant à déterminer, au cas par cas, qui, du franchiseur ou du franchisé, a un rôle prépondérant dans la création et le développement de la clientèle.

Telles sont les raisons pour lesquelles, par cette nouvelle décision, la troisième chambre approuve une cour d'appel d'avoir reconnu le bénéfice de la propriété commerciale à l'exploitant d'un restaurant d'altitude dépendant largement du fonctionnement de remontées mécaniques en se fondant sur la seule existence, souverainement constatée, d'une clientèle propre constituée de personnes n'empruntant pas ces remontées, dispensant explicitement les juges du fond de toute recherche supplémentaire sur la prépondérance de cette clientèle personnelle.

5. Bail commercial - Autorité de la chose jugée d'une ordonnance de référé ayant octroyé des délais de paiement

3ème Chambre civile, 2 avril 2003 (Bull. n° 77)

Un propriétaire de locaux à usage commercial avait fait délivrer à son locataire un commandement de payer un arriéré de loyers et le juge des référés suspendant les effets de la clause résolutoire, avait accordé au preneur la faculté de s'acquitter de sa dette selon un certain calendrier, faute de quoi la clause résolutoire serait acquise. Bien que n'ayant pas respecté les termes de l'ordonnance passée en force de chose jugée, le locataire a assigné au fond son bailleur, notamment pour que lui soit accordé un nouveau délai afin de s'acquitter de l'arriéré de loyers et du loyer courant.

L'arrêt de la cour d'appel qui avait retenu qu'en application de l'article 488 du nouveau Code de procédure civile, l'ordonnance de référé, bien que passée en force de chose jugée, n'avait pas autorité de la chose jugée au principal, et ne faisait pas obstacle à ce qu'il soit statué sur l'acquisition de la clause résolutoire par la juridiction saisie au fond du même litige, est cassé par l'arrêt de la troisième chambre du 2 avril 2003 rendu au visa de l'article L. 145-41 du Code de commerce (ancien article 25 du décret du 30 septembre 1953) qui dispose que "*les juges saisis dans les conditions des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil peuvent, en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée. La clause résolutoire ne joue pas, si le locataire se libère dans les conditions fixées par le juge*".

Cet arrêt d'une particulière netteté, s'inscrit dans la ligne d'arrêts antérieurs (Com. 18 octobre 1960, Bull. n° 325 ; Civ. 3ème, 9 janvier 1991, Bull. n° 16 et Civ. 3ème, 14 octobre 1992, Bull. n° 271) qui n'avaient sans doute pas suffisamment retenu l'attention. Il en résulte que, lorsqu'une ordonnance de référé passée en force de chose jugée a accordé au titulaire d'un bail à usage commercial des délais pour régler un arriéré de loyers et le loyer courant en suspendant la réalisation de la clause résolutoire, le juge du fond qui constate que ces délais n'ont pas été respectés, ne peut en accorder de nouveaux sans violer l'article L. 145-41 du Code de commerce. Il s'agit donc d'une exception aux dispositions générales de l'article 488 du nouveau Code de procédure civile qui, bien que strictement limitée aux dispositions prévues par l'article L 145-41 du Code de commerce, est de nature à renforcer l'efficacité des ordonnances du juge des référés.

6. Liberté d'association et baux de locaux situés dans les centres commerciaux

3ème Chambre civile, 12 juin 2003 (Bull. n°125)

L'assemblée plénière de la Cour de cassation a récemment jugé qu'hormis le cas où la loi en décide autrement, nul n'est tenu d'adhérer à une association régie par la loi du 1er juillet 1901 ou, y ayant adhéré, d'en demeurer

membre (Ass. Plén. 9 février 2001, Bull. n° 3 ; voir également, dans le rapport annuel de la Cour de cassation pour 2001, le commentaire de cet arrêt en page 385 et l'étude d'Yves Chartier sur la liberté d'association dans la jurisprudence de la Cour de cassation pages 65 et suivantes).

Aux termes du présent arrêt, la troisième chambre civile applique cette jurisprudence pour des locaux intégrés dans un centre commercial dont les baux contiennent souvent une clause faisant obligation au preneur d'adhérer à l'association des commerçants du centre et à maintenir cette adhésion pendant toute la durée du bail.

En l'espèce, la cour d'appel avait débouté un locataire commerçant qui arguait de la nullité de cette clause insérée dans son bail pour obtenir la restitution des cotisations qu'il avait versées au titre de son adhésion à l'association. Les juges du fond avaient en effet estimé que le locataire ne pouvait se soustraire à une obligation conventionnellement acceptée par la signature du bail.

Leur décision est cassée au motif que la clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association de commerçants et à maintenir son adhésion pendant la durée du bail est entachée d'une nullité absolue.

Il convient en effet de rappeler que la liberté d'association a été élevée au rang des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution, et ce tant par le Conseil d'Etat (arrêt d'assemblée du 11 juillet 1956 "Amicale des annamites de Paris", rec. 317) que par le Conseil constitutionnel (décision 71-44 DC du 16 juillet 1971) et que cette liberté étant également un principe reconnu par la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en son article 11, la Cour européenne des droits de l'homme a élaboré une jurisprudence qui a reconnu *un droit d'association négatif*, la liberté de ne pas adhérer ou, si l'on a adhéré, de se retirer.

Or, selon cette jurisprudence, ce droit ne peut connaître de limitations qu'à la triple condition que ces restrictions soient prévues par la loi, visent un but légitime et soient nécessaires dans une société démocratique, proportionnées au but légitime poursuivi et assurant un juste équilibre entre des intérêts contradictoires (voir notamment les arrêts *Young, James* et *Webster* du 13 août 1981 série A, n° 44, *Sigurjonsson* du 30 juin 1993 Dalloz 1994 p. 181, *Gustafssion* du 25 avril 1996 Dalloz 1997 p. 363 et *Chassagnou* du 29 avril 1999 JCP 99 II n° 10172).

De la première condition il résulte qu'une atteinte à la liberté de ne pas

s'associer ne saurait résulter d'une convention tel un bail qui, comme en l'espèce, contient une clause qui fait obligation au preneur d'adhérer à une association de commerçants et à maintenir son adhésion pendant toute la durée du contrat de location et de ses renouvellements successifs.

Cette clause, contrevenant directement à une liberté politique à valeur constitutionnelle et conventionnelle, est entachée d'une nullité absolue.

Entre autres conséquences, cette qualification implique qu'on ne puisse opposer au signataire du bail une quelconque renonciation à invoquer cette nullité. Il s'ensuit que le fait que le preneur ait régulièrement payé ses cotisations pendant plusieurs années avant de songer à intenter une action en nullité est indifférent.

7. Baux commerciaux : loyer binaire et droit d'option du bailleur

3ème Chambre civile, 12 juin 2003 (Bull. n˚126)

Depuis dix ans, la Cour de cassation juge que la fixation du loyer d'un bail commercial renouvelé assorti d'une clause-recettes, c'est-à-dire un loyer variable, en général défini en fonction du chiffre d'affaires du locataire, avec un minimum garanti, la plupart du temps indexé, échappe aux dispositions du statut des baux commerciaux et n'est régie que par la convention des parties (Civ. 3ème, 10 mars 1993 Bull. n˚ 30).

C'est dire que, sauf meilleur accord des parties, la clause de loyer est reconduite en ses deux éléments dans le bail renouvelé sans que le juge ait le pouvoir de la modifier (Civ. 3ème, 15 mars 2000, pourvoi n˚ 98-16.771), ce qui doit conduire ce dernier à débouter le bailleur comme le preneur si ceux-ci souhaitent qu'il tranche leur désaccord en fixant lui-même le prix du bail (Civ. 3ème, 7 mai 2002 Bull. n˚ 94).

Dans ces conditions, le bailleur est-il recevable à exercer le droit d'option qu'il tient de l'article L. 145-57 du Code de commerce aux termes duquel le bailleur peut, dans le délai d'un mois qui suit la signification de la décision judiciaire définitive fixant le prix du loyer, refuser le renouvellement du bail, étant précisé que le preneur, dans les mêmes conditions, a la faculté de renoncer au renouvellement ?

Certaines décisions des juridictions du fond ont refusé l'exercice de ce droit d'option en cas de loyer comportant une clause-recettes au motif essentiel que toute fixation judiciaire du prix du bail renouvelé étant exclue dans ce cas de figure, l'article L. 145-57 ne peut recevoir application.

Par le présent arrêt, la troisième chambre civile de la Cour de cassation

décide au contraire qu'un bailleur de locaux à usage commercial a toujours la faculté, en cas de désaccord sur le prix du bail, de refuser le renouvellement du bail dans les conditions de l'article L. 145-57 du Code de commerce.

Il faut donc comprendre que le droit d'option trouve son fondement, non dans une décision judiciaire de fixation du prix du bail renouvelé qui ne satisferait pas l'une ou l'autre des parties, mais tout simplement dans leur désaccord persistant sur le montant du prix du contrat.

Cette jurisprudence est en cohérence avec les décisions de la Cour de cassation qui admettent que le droit d'option puisse s'exercer avant la fixation judiciaire du prix du bail, et même avant toute instance en fixation de ce prix (Civ. 3ème, 2 décembre 1992 Bull. n° 312), décisions qui ne peuvent s'expliquer que s'il est admis que le droit d'option est indépendant de l'intervention du juge.

Cette faculté pour chacune des parties de mettre fin au contrat en cas de désaccord sur un élément aussi fondamental que le prix méritait en effet d'être préservée en toutes circonstances.

8. Bail rural - Statut du fermage et du métayage - Domaine d'application - Convention pluriannuelle de pâturage - Durée - Arrêté préfectoral - Carence - Effet
(Assemblée plénière, 28 mars 2003, Bull. n° 5 ; BICC n° 579, p. 5, rapport de M. Dupuis et avis de M. Benmakhlouf)

L'article L 481-1 du Code rural prévoit que les terres à vocation pastorale peuvent donner lieu pour leur exploitation soit à des contrats de bail conclus dans le cadre du statut des baux ruraux soit à des conventions pluriannuelles d'exploitation agricole ou de pâturage, lesdites conventions étant conclues pour une durée et un loyer inclus dans les limites fixées par un arrêté préfectoral.

Siégeant en assemblée plénière, la Cour de cassation s'est prononcée par arrêt du 28 mars 2003 sur la question discutée des conséquences attachées à l'absence dans l'arrêté préfectoral prévu par l'article L 481-1 du Code rural de précision sur la durée des conventions pluriannuelles de pâturage.

Une commune propriétaire de terres à vocation pastorale les avait données en location après adjudication à un éleveur sur la base de règlements de pâturage pour une durée déterminée. Elle a donné congé à ce locataire pour le terme convenu, en l'informant de son intention de procéder à une nouvelle adjudication à la suite de laquelle elle a désigné de nouveaux locataires ; le premier locataire a demandé l'annulation du congé en revendiquant le bénéfice

d'un bail rural soumis au statut du fermage, prévu par l'article L 441-1 du Code rural, au motif que l'arrêté préfectoral ne contenait aucune indication sur la durée des conventions qu'il visait.

Les deux cours d'appel saisies successivement de l'affaire, celle de Chambéry (arrêt du 14 octobre 1998) puis après cassation (3ème chambre civile, 21 juin 2000, Bull. n° 122) celle de Grenoble (arrêt du 20 janvier 2001), avaient estimé que cette absence d'indication ne faisait pas obstacle à la conclusion d'une convention de pâturage dérogatoire au régime d'ordre public des baux ruraux.

Nuançant la jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation qui considérait qu'en pareil cas la convention devait être requalifiée en bail à ferme avec toutes les conséquences attachées à son régime d'ordre public, l'assemblée plénière a estimé que dès lors que l'arrêté préfectoral pris en application de l'article L 481-1 du Code rural, dont la validité n'était pas contestée, ne fixait aucune limite de durée aux conventions pluriannuelles de pâturage, la convention conclue conformément à cet arrêté devait produire tous ses effets, le congé par la commune étant en conséquence régulier.

Le pourvoi du premier locataire contre l'arrêt de la cour d'appel de renvoi, qui invoquait une violation des articles L 411-1 et L 481-1 du Code rural, a donc été rejeté.

IV - LES ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES, COMMERCIALES ET FINANCIÈRES

A. PROCÉDURES COLLECTIVES

1. Entreprise en difficulté - Organes de la procédure - Représentant des créanciers - Rémunération - Droit fixe - Conditions - Désignation comme liquidateur

(Assemblée plénière, 21 février 2003, Bull. n° 4 ; BICC n° 577, p. 9, rapport de M. Croze, et avis de M. Feuillard)

L'Assemblée plénière a été appelée, à la suite de la rébellion d'une juridiction de renvoi après une précédente cassation (Com., 6 mars 2001, Bull. n° 599 et 600), à trancher, en l'état des textes applicables, la délicate question de l'interprétation des dispositions du "3ème" décret n° 85-1390 du 27 décembre 1985 fixant le tarif des administrateurs judiciaires en matière commerciale et des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises.

L'article 2 du décret pose le principe du droit fixe pour les administrateurs judiciaires et en détermine le montant. Il dispose qu'il est alloué à l'administrateur, pour toute procédure de redressement judiciaire pour laquelle il aura été désigné, un droit fixe de 15.000 F (2.287 euros). Ce droit est réduit d'un tiers s'il a été désigné conformément aux dispositions de l'article 141 de la loi du 25 janvier 1985 dans une procédure simplifiée. Lorsqu'en application de l'article 8 de la même loi, le tribunal prononce la liquidation judiciaire et met fin à la mission de l'administrateur judiciaire, avant l'expiration de la période d'observation qu'il a fixée, le président du tribunal saisi peut, sur proposition du juge-commissaire, fixer ce droit à un montant inférieur. En cas de remplacement de l'administrateur judiciaire, le président du tribunal saisi partage ce droit entre les administrateurs judiciaires.

S'agissant des représentants des créanciers, la partie variable de leur rémunération est régie par les articles 13 à 16. Lorsqu'un représentant des créanciers est ultérieurement désigné en qualité de commissaire à l'exécution du plan, il bénéficie d'une rémunération proportionnelle à raison de ces fonctions supplémentaires (articles 7 et 8 à 10 du décret).

L'article 12 du décret dispose que *"le représentant des créanciers, s'il est ensuite désigné comme liquidateur, reçoit pour l'ensemble de la procédure de redressement et de liquidation judiciaires le droit fixe prévu à l'article 2. Si, dans une même procédure, un représentant des créanciers et un liquidateur distincts sont désignés par le tribunal, le représentant des créanciers rétrocède au liquidateur la moitié de ce droit fixe"*.

Selon l'article 21 du décret "*le montant intégral des droits fixes prévus aux articles 12 et 21 est versé, sans délai, par le débiteur à l'administrateur judiciaire s'il en a été désigné un et au représentant des créanciers ou au liquidateur*".

La question posée était donc celle de savoir si les dispositions de l'article 12 (combinées avec celles des articles 2 et 21) pouvaient permettre au représentant des créanciers qui n'a pas été désigné liquidateur de prétendre au droit fixe.

Soucieuse de ne pas faire oeuvre de réglementation en donnant à l'article 12 une portée qui avait été manifestement écartée - à tort ou à raison - par l'autorité titulaire du pouvoir réglementaire, c'est la lecture littérale de ce texte que l'Assemblée plénière a fait prévaloir, en reprenant l'analyse restrictive qu'en avait déjà faite la chambre commerciale (3 décembre 1996, Bull. n° 298, 25 février 1997 pourvoi n° 95-16.725, 6 mars 2001 précités, 19 mars 2002 pourvoi n° 00-590...), en cassant, au visa des articles 2, 12 et 26 du décret, l'ordonnance du premier président qui avait alloué un droit fixe à deux représentants des créanciers qui n'avaient pas été, par la suite, nommés liquidateurs.

"Il résulte de ces textes que, hors le cas d'une désignation directe comme liquidateur, le droit fixe prévu à l'article 2 n'est dû au représentants des créanciers, que si, la procédure de redressement judiciaire étant convertie en liquidation, il est désigné comme liquidateur".

2. Déclaration des créances ayant un caractère alimentaire

Chambre commerciale, 8 octobre 2003 (Bull. n°151) arrêt n°1
Chambre commerciale, 8 octobre 2003 (pourvoi n°01-17.970, arrêt n° 2)
Chambre commerciale, 8 octobre 2003 (Bull. n°152) arrêt n°3
Chambre commerciale, 19 novembre 2003 (pourvoi n°01-00.431, à paraître) arrêt n°4

Les créanciers d'aliments (prestation compensatoire et pension alimentaire) ont-ils l'obligation de déclarer leur créance au passif du débiteur soumis à procédure collective ?

L'article 50 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L.621-43 du Code de commerce, impose à tous les créanciers, dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, de déclarer leurs créances au représentant des créanciers.

Pour la première fois la chambre commerciale admet une autre

dérogation à l'obligation générale de déclarer les créances antérieures (Com. 6 décembre 1994, Bull.. n° 361), en faveur des créanciers d'aliments.

Par les arrêts n° 1 et 3, la chambre commerciale énonce, dans des "chapeaux intérieurs de principe", d'une part que "la créance née de la prestation compensatoire, qui présente pour partie un caractère alimentaire, n'a pas à être déclarée au passif du débiteur et échappe ainsi à l'extinction faute de déclaration", d'autre part que "la créance née de la pension alimentaire peut être payée sans avoir à être déclarée au passif du débiteur soumis à procédure collective".

La chambre précise à cette occasion (arrêt n° 3) que "la créance d'aliments, qui est une dette personnelle du débiteur soumis à procédure collective, doit être payée sur les revenus dont il conserve la disposition, ou bien être recouvrée par la voie de la procédure de paiement direct ou de recouvrement public des pensions alimentaires".

Lorsque la pension alimentaire ou la prestation compensatoire est fixée sous forme de rente, la procédure de paiement direct instituée par la loi n° 73-5 du 2 janvier 1973 offre les meilleures garanties au créancier d'aliments puisque selon l'article 2, la demande en paiement direct vaut, sans autre procédure et par préférence à tous autres créanciers, attribution au bénéficiaire des sommes qui en font l'objet au fur et à mesure qu'elles deviennent exigibles, le tiers étant tenu de verser directement ces sommes au bénéficiaire des échéances fixées par le jugement. Quant aux prestations compensatoires fixées en capital, elles sont recouvrées selon les modalités prévues par les articles 275 et 275-1 du Code civil.

Les créances d'aliments dont l'origine est antérieure au jugement d'ouverture (article L.621-43 C. Com.) ne sont donc pas exclues de la procédure collective mais ce n'est que si les modes de recouvrement rappelés ci-dessus s'avèrent infructueux, que ces créances seront payées sur l'actif du débiteur.

Par l'arrêt n° 2, la chambre commerciale confirme sa jurisprudence en ce qui concerne les créanciers d'aliments dont la créance est née postérieurement à l'ouverture de la procédure collective (article 40 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 621-32 du Code de commerce). Ce sont les règles du droit commun qui s'appliquent. Ils doivent être payés à l'échéance comme s'il n'y avait pas de procédure en cours.

3. Déclaration des créances fiscales - Compétence respective du juge de l'impôt et du juge de la procédure collective

Chambre commerciale, 24 septembre 2003 (Bull. n° 141)

La déclaration des créances fiscales et leur vérification obéissent à un régime particulier, défini antérieurement à la loi du 10 juin 1994 et au décret du 21 octobre 1994, notamment par les articles 50 et 106 de la loi du 25 janvier 1985 et par l'article 74 du décret du 27 décembre 1985. Ainsi, ces créances ne pouvant être contestées que dans les conditions prévues au Code général des impôts, la chambre commerciale en avait déjà déduit que le juge de la procédure collective n'était pas compétent pour statuer sur la contestation lorsque le débat portait sur l'existence des créances fiscales en cause. (Com., 11 décembre 1990, Bull. nº 317). De même, elle avait jugé qu'était irrecevable l'appel interjeté contre le jugement ayant admis à titre définitif une créance déclarée par le Trésor public dès lors qu'aucune procédure de contestation suivant les modalités prévues au Code général des impôts n'avait été engagée et qu'aucune violation des articles 50 et 106 de la loi du 25 janvier 1985 n'avait été alléguée (Com., 17 octobre 2000, Bull. nº 156). En revanche, lorsque le débat porte sur la régularité de la déclaration de créance, la contestation est de la compétence du juge de la vérification des créances. Tel est le sens de l'arrêt du 24 septembre 2003.

4. Déclaration de créance d'une commune

Chambre commerciale, 29 avril 2003 (Bull. n ˚66)

La chambre avait précisé que le comptable de la commune tient de la loi le pouvoir de déclarer les créances correspondantes (Com., 12 juin 2001, Bull. n˚ 116) et n'a pas à justifier d'une délégation de pouvoir. Par l'arrêt du 29 avril 2003, elle ajoute que lui seul détient ce pouvoir. La cour d'appel avait décidé que la déclaration de la créance de la commune effectuée par le maire était régulière ; elle avait retenu que la créance n'étant pas, en l'espèce, liquide, seul le maire, en sa qualité d'ordonnateur, pouvait la faire liquider judiciairement et à cette fin la déclarer. La décision en censurée. La compétence exclusive reconnue au comptable municipal pour recouvrer les créances de toute nature de la commune par l'article L. 2343-1 du Code général des collectivités territoriales en fait le seul organe habilité à déclarer ses créances. La solution est conforme au principe de la séparation et de l'indépendance des ordonnateurs et comptables.

5. Déclaration de la créance bénéficiant du privilège spécial immobilier des copropriétaires
Chambre commerciale, 4 mars 2003 (Bull. n˚35)

L'article L. 621-43 du Code de commerce relatif aux déclarations de créances prévoit un régime favorable pour les créanciers titulaires de sûretés ayant fait l'objet d'une publication ou d'un crédit-bail publié. Ces créanciers sont avertis personnellement ou à domicile élu.

La loi du 21 juillet 1994 sur l'habitat a introduit deux particularités nouvelles pour les syndicats de copropriétaires. Tout d'abord, elle leur a accordé un privilège spécial immobilier pour garantir le paiement des charges (article 2103 2˚ du Code civil). Ensuite, elle a dispensé ce privilège de la formalité de l'inscription (article 2107 du Code civil).

La question posée à la Cour de cassation était la suivante : les syndicats de copropriétaires qui bénéficient légalement d'une dispense d'inscription, sont-ils assimilés ou non aux “créanciers titulaires d'une sûreté ayant fait l’objet d'une publication” et bénéficient-ils du régime favorable de déclaration de créance de ces derniers ?

C'est une réponse négative qu'a apportée la chambre commerciale à cette question : comme la sûreté dont bénéficient les syndicats de copropriétaires n'est pas publiée, ceux-ci ne bénéficient pas du régime favorable d'avertissement qui est réservé aux créanciers titulaires de sûretés publiées.

6. Saisie-attribution - Saisie conservatoire convertie en saisie-attribution - Avis à tiers détenteur
Chambre commerciale, 4 mars 2003 (Bull. n˚34)
Chambre commerciale, 1er avril 2003 (Bull. n˚53)
Chambre commerciale, 29 avril 2003 (Bull. n˚63)
Chambre commerciale, 13 mai 2003 (Bull. n˚72)

La saisie-attribution doit être dénoncée, à peine de caducité, dans un délai de 8 jours. Qu’en est-il lorsque, dans ce délai, le débiteur est placé en procédure collective ? Si l’effet attributif immédiat de la saisie-attribution n’est pas remis en cause, encore faut-il, pour que la saisie échappe à la caducité, qu’elle soit dénoncée dans le délai à la personne habilitée.

La chambre commerciale avait énoncé dans un précédent arrêt (19 février 2002, Bull. n˚ 37) qu’en cas de saisie-attribution antérieure à l’ouverture du redressement judiciaire du débiteur et à la désignation d’un administrateur judiciaire, investi d’une mission de représentation ou d’assistance, la dénonciation faite au seul débiteur entraînait la caducité de la

saisie, même lorsque cette dénonciation avait été faite de bonne foi par le créancier qui se trouvait dans l'ignorance légitime de l'identité des organes de la procédure.

Par l'arrêt du 4 mars 2003, la chambre commerciale précise qu'en cas de liquidation judiciaire du débiteur, c'est au liquidateur que la saisie-attribution doit être dénoncée, à peine de caducité, dès le prononcé de la liquidation judiciaire. Cette solution découle du dessaisissement immédiat du débiteur placé en liquidation judiciaire par application de l'article L. 622-9 du Code de commerce. La dénonciation étant un moyen offert au débiteur de contester cette voie d'exécution, il est nécessaire que le destinataire de la dénonciation soit la personne investie du droit de la contester.

L'arrêt pose également, comme principe, que le prononcé de la liquidation judiciaire n'interrompt pas le délai de 8 jours prévu par l'article 58 du décret du 31 juillet 1992 de sorte que le créancier doit s'y conformer même si le jugement n'est pas encore publié au Bodacc.

L'arrêt du 29 avril 2003 règle le sort de la saisie conservatoire, pratiquée pendant la période suspecte, et convertie en saisie-attribution avant le jugement ouvrant le redressement judiciaire du débiteur.

Par un précédent arrêt (12 octobre 1999, Bull. n° 166), la chambre commerciale avait admis la nullité de la saisie conservatoire pratiquée en période suspecte, même convertie en saisie-attribution. Puis par un autre arrêt (10 décembre 2002, Bull. n° 191), la même chambre avait énoncé que le juge de l'exécution n'avait pas à se prononcer sur l'application de l'article L. 621-107.7° du Code de commerce à la saisie conservatoire et à l'acte de conversion en saisie-attribution antérieurs au jugement d'ouverture.

Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt rapporté, un liquidateur avait sollicité la nullité d'une saisie conservatoire convertie en saisie-attribution pendant la période suspecte par application des articles L. 621-107.7° et L. 621-108 du Code de commerce. La chambre commerciale énonce, d'une part, que l'article L. 621-108 du Code de commerce est inapplicable à la saisie-attribution qui constitue une mesure d'exécution forcée et non un paiement volontaire, et d'autre part, que la saisie conservatoire ayant été convertie en saisie-attribution avant le jugement d'ouverture, la nullité encourue par la saisie conservatoire n'entraîne pas, en vertu de l'attribution immédiate au saisissant, la nullité de la saisie-attribution.

C'est donc la conversion de la saisie conservatoire en saisie-attribution avant le jugement d'ouverture qui fait échapper la saisie conservatoire à la nullité. La saisie-attribution produit toujours son effet d'attribution immédiate,

y compris en cours de période suspecte. Elle ne tombe sous le coup ni des nullités de droit, ni des nullités facultatives.

S'agissant du pourvoi jugé par la décision du 1er avril 1993, une saisie-attribution avait été signifiée à l'administrateur judiciaire d'une association mise en redressement judiciaire par un de ses créanciers. L'administrateur n'ayant pas rempli ses obligations de tiers-saisi, le créancier l'avait assigné personnellement en paiement devant le juge de l'exécution sur le fondement de l'article 60 du décret du 31 juillet 1992.

La cour d'appel qui avait accueilli la demande a été approuvée par l'arrêt rapporté qui répond affirmativement à la question de savoir si l'administrateur judiciaire devait être considéré comme un tiers-saisi et s'il devait en conséquence répondre personnellement des causes de la saisie pour n'avoir par fourni les renseignements nécessaires sans motif légitime.

Un avis à tiers détenteur pouvant être valablement délivré par un comptable public au liquidateur judiciaire d'une société pour obtenir le recouvrement d'une créance fiscale afférente à la période postérieure au jugement d'ouverture, ce mandataire de justice, qui est à la fois représentant légal du débiteur totalement dessaisi et dépositaire des fonds dans le cadre de sa mission de réalisation de l'actif et de répartition des sommes entre les créanciers, est un tiers détenteur au sens de l'article L. 262 du Livre des procédures fiscales.

L'avis à tiers détenteur délivré au liquidateur produit son effet d'attribution immédiate même en présence d'un créancier de meilleur rang comme l'UNEDIC.AGS, si celui-ci n'a pratiqué aucune saisie avant la notification de l'avis à tiers détenteur. En effet, l'ordre de paiement des créances de la procédure ne vise qu'à départager les créanciers qui viendraient en concours au même moment (13 mai 2003).

Par ailleurs, la procédure d'exécution pratiquée entre les mains du liquidateur et non entre celles de la caisse des dépôts et consignations n'enfreint pas les dispositions de l'article L. 622-8 du Code de commerce et de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 (application en la cause) dès lors qu'elle est pratiquée entre les mains du liquidateur et non entre celles de la caisse des dépôts et consignations et que les sommes déposée à cette caisse au jour de la notification de l'avis à tiers détenteur ne sont pas incluses dans la créance saisie-attribuée.

7. Résiliation de plein droit des contrats en cours

Chambre commerciale, 18 mars 2003 (Bull. n° 47)

La Cour de cassation précise, pour la première fois, par cet arrêt, la portée du mécanisme de résiliation de plein droit, institué par la loi du 10 juin 1994, contenu dans l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 621-28 du Code de commerce.

La chambre commerciale affirme tout d'abord que le refus exprès de l'administrateur mis en demeure de poursuivre le contrat entraîne la résiliation de plein droit de ce dernier. Cette interprétation complète le texte de la loi qui ne prévoit que le cas du refus tacite de l'administrateur résultant de son silence gardé pendant un mois.

Ensuite, dans l'hypothèse de ce refus exprès de l'administrateur, l'arrêt précise qu'il n'est pas nécessaire de faire constater la résiliation par le juge-commissaire.

Enfin, la date de la résiliation du contrat est celle de la réception par le cocontractant de ce refus. La réception de ce courrier fait en outre courir le délai supplémentaire de déclaration de créance prévu à l'article 66 alinéa 2 du décret du 27 décembre 1985.

8. Action en rapport exercée contre le conjoint du débiteur - Conditions

Chambre commerciale, 24 juin 2003 (Bull. n° 105)

Sont définies dans cet arrêt les conditions de mise en oeuvre de l'action en rapport ou action en réintégration prévue par l'article L. 621-112 du Code de commerce. Pour réunir à l'actif de la procédure collective certains biens acquis par le conjoint du débiteur, il faut démontrer l'existence d'une acquisition et prouver que celle-ci s'est opérée à l'aide des valeurs fournies par le débiteur en procédure collective. Tel n'est pas le cas dans l'hypothèse d'un immeuble bâti sur le terrain propre de l'époux, demeuré à la tête de ses biens, pendant la durée du mariage et à l'aide de fonds provenant de la communauté, cet immeuble constituant lui-même un propre, sauf récompense due à la communauté. Rendu au visa des articles 552 et 1406 du Code civil, cet arrêt rappelle que les règles de l'accession comme celles applicables en matière de régimes matrimoniaux font obstacle en pareil cas au jeu de l'action en rapport. Décider du contraire aurait abouti à une liquidation anticipée de la communauté alors que l'ouverture d'une procédure collective contre l'un des époux n'est pas une cause de dissolution de la communauté. Exemple de continuité de la jurisprudence de la Cour de cassation, une solution identique avait été rendue sous l'empire de la

loi du 13 juillet 1967 par la première chambre civile (Civ. 1ère, 16 avril 1991, Bull. nº 141).

9. Liquidation judiciaire d'une association - Absence de dissolution
Chambre commerciale, 8 juillet 2003 (Bull. nº 126)

L'article 1844-7, 7º 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 de la société. En application de ces dispositions, la chambre commerciale a jugé que les pouvoirs du conseil d'administration et du directoire ou des gérants prennent fin à la date de la dissolution de la société par l'effet d'un tel jugement (Com., 3 juin 1997, Bull. nº 173), mais que si la dissolution de la société par l'effet du jugement de liquidation judiciaire prive de pouvoir ses dirigeants, la société débitrice peut encore exercer son droit propre de se pourvoir en cassation contre l'arrêt qui prononce sa liquidation judiciaire à condition qu'elle le fasse par l'intermédiaire de son liquidateur amiable ou d'un mandataire ad'hoc (Com., 16 mars 1999, Bull. nº 66).

Bien que l'article 1844-7, 7º ne vise que les sociétés, la question a été posée à la Cour de cassation de son application éventuelle aux associations pour lesquelles il n'existe pas de texte identique. Par l'arrêt rapporté, la chambre commerciale, interprétant strictement cet article, a jugé qu'une association ne prend pas fin par l'effet du jugement prononçant sa liquidation judiciaire et que l'appel formé par une association représentée par son président, contre l'ordonnance du juge-commissaire ayant relevé un créancier de la forclusion, était recevable.

10. Liquidation judiciaire et indivision
Chambre commerciale, 18 février 2003 (Bull. n˚21)
Chambre commerciale, 18 février 2003 (Bull. n˚22)
Chambre commerciale,3 décembre 2003 (Pourvoi n˚01-01.390)

Par plusieurs arrêts rendus en 2003, la chambre commerciale a précisé les rapports entre "indivision" et "procédures collectives" et notamment le régime des immeubles indivis du débiteur en liquidation judiciaire ainsi que le rôle et les possibilités d'action du liquidateur. Comment se combinent les règles de l'indivision avec les règles de la réalisation des actifs immobiliers d'une entreprise en liquidation judiciaire ? Les deux arrêts du 18 février distinguent selon que l'indivision est antérieure ou postérieure à l'ouverture de la procédure collective.
Dans le premier arrêt du 18 février (Bull. n˚ 21), l'indivision est antérieure à la procédure collective. Un créancier dont la créance était née antérieurement à l'indivision (il s'agissait d'une indivision post-communautaire) avait fait procéder à la vente de l'immeuble indivis. Le liquidateur a assigné le créancier

pour récupérer le prix de l'adjudication. La Cour de cassation casse l'arrêt qui avait accueilli cette demande et rappelle que les règles spéciales de réalisation des immeubles d'un débiteur en liquidation s'effacent devant les règles de l'indivision telles que régies par le Code civil. En conséquence, en application de l'article 815-17 du Code civil, le créancier qui était créancier de l'indivision, pouvait faire vendre l'immeuble et conserver le prix. En effet, l'article 815-17 précise que "*les créanciers qui peuvent agir sur les biens indivis, avant qu'il y eût indivision, [...] seront payés par prélèvement sur l'actif avant le partage*". La Cour précise même que le partage qu'aurait pu provoquer le liquidateur serait resté sans effet sur les droits du créancier de l'indivision. La situation n'aurait été différente que si tous les créanciers de la procédure collective étaient créanciers de l'indivision.

Le second arrêt du 18 février (Bull. n° 22) est rendu dans une situation dans laquelle l'indivision n'est intervenue que postérieurement à l'ouverture de la procédure collective. En l'espèce, l'indivision est apparue suite au décès du débiteur en liquidation. Le liquidateur souhaitait faire vendre l'immeuble et avait demandé l'autorisation du juge-commissaire. La cour d'appel avait décidé que le juge-commissaire était incompétent car le liquidateur ne pouvait pas imposer la vente aux co-indivisaires et que le liquidateur devait provoquer le partage devant le juge de droit commun. L'arrêt est cassé et la chambre commerciale rappelle que l'indivision étant née postérieurement à l'ouverture de la procédure collective, le liquidateur aurait eu la possibilité d'agir sur l'immeuble avant que l'indivision n'apparaisse. Ainsi, en application de l'article 815-17 du Code civil, le liquidateur pouvait poursuivre la vente forcée. C'est le même principe que dans l'autre arrêt qui est appliqué, mais cette fois-ci au bénéfice de la procédure collective. Cependant, l'existence de la procédure collective oblige le liquidateur à appliquer les règles spéciales de licitation des immeubles telles que définies par l'article 154 de la loi du 25 janvier 1985 (L. 622-16 du Code de commerce).

Enfin, et c'est l'apport de l'arrêt du 3 décembre 2003, si l'indivision est antérieure à l'ouverture de la procédure collective et qu'aucun créancier de l'indivision n'agit, le partage peut toujours être provoqué en application de l'article 815 du Code civil. Dans ce cas, en raison du principe du dessaisissement, c'est le liquidateur qui exerce l'action en partage au nom du débiteur.

11. Responsabilité des organismes sociaux envers la collectivité des créanciers

Chambre commerciale, 10 décembre 2003 (pourvoi n° 01-13.746)

Les conseils d'administration des caisses de mutualité sociale agricole (CMSA) ont la faculté, dans les conditions prévues par l'article 21 du décret

n° 76-1282 du 29 décembre 1976, d'accorder un échéancier de paiement des cotisations patronales aux employeurs qui en font la demande.

Une CMSA ayant accordé des échéanciers de paiement successifs à un de ses ressortissants ultérieurement mis en procédure collective, le liquidateur avait assigné celle-ci aux fins de la faire déclarer responsable de la “déconfiture” du débiteur. La cour d'appel avait accueilli partiellement la demande.

La CMSA faisait valoir que, disposant de par ses statuts de toute autonomie pour assurer le recouvrement des cotisations, un organisme de sécurité sociale ne saurait engager sa responsabilité pour soutien abusif de crédit.

La chambre commerciale décide, pour la première fois, qu'une CMSA engage sa responsabilité à l'égard des créanciers de l'entreprise à laquelle elle a conféré une apparence trompeuse de solvabilité en accordant des délais de paiement à un de ses ressortissants dont elle savait ou aurait dû savoir la situation irrémédiablement compromise.

De même que la responsabilité de l’Etat et des autres personnes morales de droit public peut être recherchée à raison des dommages imputés à leurs services administratifs, la responsabilité des personnes morales de droit privé investies d'une mission de droit public, peut l'être si, en accordant des délais de paiement sans discernement, elles ont commis une faute qui a causé un préjudice. La jurisprudence sur l'octroi abusif de crédit par un organisme dispensateur de crédit, un fournisseur ou un créancier n'ayant pas cette qualité, est applicable aux CMSA. Les juges du fond devront constater que les deux éléments de la faute sont réunis : l’élément objectif, le caractère injustifié du délai de paiement accordé à un débiteur en situation irrémédiablement compromise (situation de fait qu'ils apprécient souverainement), l’élément subjectif, la connaissance qu'a ou devait avoir l'organisme de sécurité sociale de la situation de l'entreprise.

12. Action en paiement des dettes de la société par les dirigeants - Transaction

Chambre commerciale, 5 novembre 2003 (à paraître)

Cet arrêt donne l'occasion à la Cour de trancher, pour la première fois, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, le point de savoir si la transaction peut être admise en matière de condamnation des dirigeants à payer les dettes sociales (comblement de passif).

Saisie d'un pourvoi relatif aux conditions de validité et d'homologation par le tribunal d'une transaction conclue entre des dirigeants condamnés au paiement des dette sociales et le liquidateur de la société, la chambre commerciale, revenant sur une ancienne jurisprudence rendue sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 qui admettait implicitement la possibilité de transiger en ce domaine (Com. 28 mai 1979, Bull. n° 172), rejette le pourvoi par un motif de pur droit substitué à ceux de la cour d'appel et énonce que les condamnations au paiement des dettes sociales prononcées en application de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 624-3 du Code de commerce, ne peuvent faire l'objet d'une transaction.

Elles échappent en conséquence au champ d'application de l'article L. 622-20 du Code de commerce.

13. Procédure - Intervention - Appel du débiteur dessaisi

Chambre commerciale, 24 septembre 2003 (Bull. n° 143)
Chambre commerciale, 10 décembre 2003 (à paraître)

Aux termes de l'article 126, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité pour agir est susceptible d'être régularisée lorsque, avant toute forclusion, la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance.

Les deux arrêts rapportés font application de ce principe.

L'arrêt du 24 septembre 2003 concerne les possibilités d'action en justice, respectives et successives, des mandataires judiciaires et rappelle en particulier qu'après l'adoption du plan de cession d'une société en redressement judiciaire, seul le commissaire à l'exécution du plan a qualité pour saisir le tribunal aux fins de condamnation des dirigeants sociaux à des sanctions personnelles ou au paiement des dettes sociales, à l'exclusion du représentant des créanciers, dont les fonctions ne sont maintenues que pour les besoins de la vérification des créances, et de l'administrateur qui a cessé ses fonctions.

En l'espèce, une action en paiement des dettes sociales avait été engagée par un mandataire déclarant agir en qualité d'administrateur judiciaire, à une époque à laquelle il ne l'était déjà plus, étant devenu commissaire à l'exécution du plan, et ce n'est qu'après l'expiration du délai de prescription de l'action en paiement des dettes sociales (trois ans à compter du jugement arrêtant le plan) que le même mandataire, pour corriger son erreur, avait déclaré poursuivre la procédure en sa qualité de commissaire à l'exécution du plan.

Après avis de la deuxième chambre civile de la Cour, la chambre commerciale décide qu'un changement de qualité équivalant à un changement de partie, l'action, engagée dans le délai de prescription par une personne n'ayant pas qualité pour agir, ne peut être régularisée en application de l'article 126 alinéas 1 et 2 du nouveau Code de procédure civile que par l'intervention de la personne ayant cette qualité avant l'expiration du délai de prescription. L'arrêt précise encore qu'en aucun cas, la régularisation n'est possible après l'expiration du délai de prescription, et ce, même si la personne ayant qualité pour agir acquiert cette qualité après la forclusion.

L'arrêt du 10 décembre 2003 concerne l'appel exercé par le débiteur en liquidation judiciaire dessaisi de ses droits et actions patrimoniaux. Par application de l'article L. 622-9 du Code de commerce, ces droits et actions doivent être exercés par le liquidateur. L'appel exercé en la matière par le débiteur seul est donc irrecevable.

Par l'arrêt rapporté, la chambre revient sur certaines décisions qui avait admis la régularisation de l'appel "conservatoire" interjeté par le débiteur dessaisi par l'intervention du liquidateur, se produisant même après l'expiration du délai d'appel, à la condition que le liquidateur fasse siennes les conclusions du débiteur, ce qui, selon cette jurisprudence, le substituait au débiteur dans l'exercice de l'appel (cf. Com., 22 juin 1993, Bull. n° 259 et Com., 6 février 2001, Bull. n° 30). Conformément à la jurisprudence de la deuxième chambre civile (arrêt du 19 octobre 1983, Bull. n° 167) et à d'autres décisions de la chambre commerciale (Com., 14 décembre 1999, Bull. n° 228), il est décidé que l'intervention du liquidateur, pour régulariser l'appel interjeté par le débiteur, dessaisi de ses droits et actions, doit avoir lieu dans le délai d'appel. Au-delà, comme dans le cas d'espèce, elle est inefficace et l'appel demeure irrecevable.

14. Appel-nullité - Recevabilité - Candidat repreneur évincé - Cession de fonds de commerce

Chambre commerciale, 3 décembre 2003 (à paraître)

En matière de plan de cession, la chambre commerciale avait déjà affirmé que le candidat repreneur dont l'offre n'a pas été retenue n'a pas de

prétention à faire valoir, au sens des articles 4 et 31 du nouveau Code de procédure civile, quelles qu'aient pu être les modalités de son intervention devant le tribunal (Com., 11 mai 1999, Bull. n° 101).

Transposant cette solution à l'hypothèse de la vente de biens de l'entreprise (en l'occurrence des fonds de commerce) ordonnée par le juge-commissaire dans le cadre de la liquidation judiciaire, l'arrêt du 3 décembre 2003 énonce que le candidat repreneur évincé n'a aucune prétention à soutenir au sens des articles 4 et 31 du nouveau Code de procédure civile, quelles que soient les modalités de son intervention ; il en résulte que l'appel-nullité formé par ce candidat évincé contre le jugement qui a déclaré mal fondé son recours dirigé contre l'ordonnance du juge commissaire ayant autorisé la cession de deux fonds de commerce au profit de tierces personnes est irrecevable.

B. DROIT DES SOCIÉTÉS

1. Droit d'agir en justice - Société étrangère - Non-respect des exigences de la loi du 30 mai 1857 - Obstacle (non)

Chambre commerciale, 8 juillet 2003 (Bull. n°121)

Il résulte des articles 1er, 14 et 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et des articles 1 et 5 de son protocole additionnel que toute personne morale, quelle que soit sa nationalité, a droit au respect de ses biens et à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial.

La chambre commerciale, réaffirmant une solution qui résultait déjà d'arrêts antérieurs (Crim., 12 novembre 1990, Bull. n° 377 ; Civ. 1ère, 25 juin 1991, Bull. n° 207 ; Com., 15 novembre 1994, Bull. n° 335) juge qu'une cour d'appel ne peut, sans violer ces textes, qui ont une valeur supérieure à celle de la loi interne, retenir qu'une société guinéenne ne peut ester en justice faute de satisfaire aux exigences de la loi du 30 mai 1857, qui subordonnent le droit d'agir des sociétés de capitaux étrangères à une autorisation délivrée par décret.

2. Apport partiel d'actif soumis au régime des scissions - Action en annulation - Prescription - Application de la prescription abrégée de six mois

Chambre commerciale, 3 juin 2003 (Bull. n°92)

Par cet arrêt, la chambre commerciale vient préciser le régime applicable aux opérations d'apport partiel d'actifs placés sous le régime des scissions en jugeant que l'action en annulation de l'opération est soumise au

délai de prescription abrégée de six mois prévu, en matière de fusion et de scission, par le second alinéa de l'article L. 235-2 du Code de commerce, et non au délai de trois ans, prévu par le premier alinéa du même texte, qui constitue le délai de droit commun en matière de nullités de société.

3. Dirigeants sociaux - Responsabilité civile à l'égard des tiers - Faute séparable des fonctions - Notion

Chambre commerciale, 20 mai 2003 (Bull. n° 84)

La question de la responsabilité civile des dirigeants de société à l'égard des tiers a fait l'objet d'une évolution qui a conduit, dans le dernier état d'une jurisprudence partagée par les différentes chambres civiles de la Cour, à exiger que soit caractérisée, à la charge du dirigeant, une faute séparable de ses fonctions : à défaut d'une telle faute, seule peut être retenue la responsabilité de la personne morale pour le compte et dans l'intérêt de laquelle il a agi.

Cette jurisprudence suscite cependant, chez les juges du fond comme chez les auteurs, des réticences, des interrogations ou des critiques au regard desquelles l'arrêt du 20 mai 2003 présente un triple intérêt.

Le premier est de réaffirmer une nouvelle fois la solution : le principe est et demeure que la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions.

Le deuxième intérêt est de montrer que cette faute existe et peut se rencontrer. En l'espèce, elle résulte du fait que la gérante de la société avait, en cédant deux créances qu'elle avait déjà cédées à un tiers, volontairement trompé le cessionnaire sur la solvabilité de la société qu'elle dirigeait (pour un autre exemple de faute séparable : Civ. 1ère, 6 octobre 1998, n° 95-12.519 : corruption de fonctionnaire).

Le troisième intérêt, enfin, est d'esquisser une définition de la faute séparable des fonctions : cette condition de la responsabilité est notamment satisfaite lorsque, comme en l'espèce, le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales. La définition, qui n'est que très partiellement nouvelle (v J.-P. Métivet, Rapport de la Cour de cassation pour l'année 1998, p. 113), ne constitue certes qu'un "standard" et les contours exacts de la faute séparable restent par conséquent à tracer, au fil des espèces. Mais les éléments essentiels de cette faute sont désormais en place.

4. Assemblées générales - Délibérations - Annulation - Intérêt pour agir

Chambre commerciale, 13 novembre 2003 (pourvoi n° 00-20.646, à paraître)

La chambre commerciale précise à son tour que l'associé ayant émis un vote favorable à une résolution n'est pas, de ce seul fait, dépourvu d'intérêt à en poursuivre l'annulation (Civ. 3ème, 19 juillet 2000, Bull n° 150). En l'espèce, elle en déduit que la cour d'appel a retenu à bon droit que l'associé d'une société civile professionnelle était recevable à se prévaloir de la violation de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil ("En aucun cas, les engagements des associés ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci"), lequel constitue une disposition d'ordre public sanctionnée par une nullité absolue qui peut être demandée par tout associé.

5. Cession de droits sociaux - Pourparlers - Rupture fautive - Préjudice réparable - Perte d'une chance (non) - Cession à un tiers - Responsabilité du tiers - Conditions

Chambre commerciale, 26 novembre 2003 (pourvois n° 00-10.949 et n° 00-10.243, à paraître)

Statuant à propos de la rupture de pourparlers relatifs à la cession d'actions d'une société anonyme, la chambre commerciale énonce dans cet arrêt deux solutions ayant plus largement vocation à s'appliquer quel que soit l'objet des pourparlers précontractuels.

S'agissant du préjudice causé par la rupture fautive des pourparlers, l'arrêt retient que les fautes commises ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat. Est en conséquence approuvée la cour d'appel qui a décidé que la victime de ces fautes ne pouvait obtenir réparation que des frais occasionnés par la négociation et par les études préalables auxquelles elle avait fait procéder et non des gains qu'elle pouvait, en cas de conclusion de la cession, espérer retirer de l'exploitation du fonds de commerce social, ni même de la perte d'une chance de réaliser ces gains.

S'agissant de l'éventuelle responsabilité de celui qui se serait rendu complice de la rupture fautive, la chambre commerciale énonce que le simple fait de contracter, même en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même et sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manoeuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité civile de son auteur.

6. Cession d'actions - Clause d'agrément - Application à une transmission par fusion - Absorption - Possibilité (oui) - Appréciation souveraine du sens et de la portée de la clause

Chambre commerciale, 6 mai 2003 (Bull. n° 70)

La chambre commerciale réaffirme une double solution qui résultait déjà d'un arrêt en date du 3 juin 1986 (Bull. n° 115).

D'une part, la fusion-absorption ne figurant pas expressément au nombre des actes pour lesquels la clause d'agrément est interdite par l'article L. 228-23 du Code de commerce, les statuts peuvent stipuler que l'agrément sera requis en cas de transmission des actions par l'effet d'une fusion-absorption de la société détentrice des titres.

D'autre part, les juges du fond apprécient souverainement si les actionnaires ont entendu soumettre à l'agrément toute forme de transfert des actions et non pas seulement la cession entre vifs. Sur ce second point, il reste donc vrai, après cette décision, que l'exigence de l'agrément n'est pas, dans cette hypothèse, subordonnée à l'existence d'une stipulation expresse et qu'elle peut se déduire d'une interprétation (souveraine) de l'intention des rédacteurs des statuts.

7. Dissolution - Société en nom collectif - Révocation d'un gérant associé

Chambre commerciale, 26 novembre 2003 (pourvoi n° 00-20.478, à paraître)

Il résulte de l'article L. 221-12 du Code de commerce que la révocation d'un gérant associé ou d'un gérant statutaire entraîne en principe la dissolution de la société en nom collectif, à moins que sa continuation ne soit prévue par les statuts ou ne résulte d'une décision prise à l'unanimité par les autres associés.
La question, cependant, est de savoir si cette décision doit nécessairement être prise au cours de l'assemblée qui décide de la révocation ou si elle peut valablement intervenir ultérieurement.

La chambre commerciale opte en l'espèce pour la première solution en jugeant que la cour d'appel, après avoir constaté que les associés avaient pris la décision de continuer la société lors d'une réunion qui s'était tenue après l'assemblée au cours de laquelle le gérant avait été révoqué, a décidé à bon droit que la société avait été dissoute à l'issue de cette assemblée : la décision de continuation prise ultérieurement était donc tardive et inefficace.

C. SÛRETÉS, CAUTIONNEMENT ET GARANTIES AUTONOMES

1. Cautionnement - Recours avant paiement

Chambre commerciale, 21 janvier 2003 (Bull. n° 8)

Un créancier avait poursuivi un débiteur et sa caution. Celle-ci a fait assigner le débiteur principal en garantie des condamnations qui pourraient être prononcées contre elle. Le débiteur lui a opposé le fait qu'elle n'avait pas encore payé et que le recours avant paiement, institué par l'article 2032-1° du Code civil, n'a de raison d'être et ne saurait être exercé que dans la seule hypothèse où la caution est poursuivie en justice sans que le débiteur le soit lui-même. La solution contraire, estimait-il, aboutissait à placer le créancier et la caution dans une situation de concours que la raison et la nature du cautionnement devraient nécessairement conduire à trancher en faveur du créancier. En fait, la double déclaration de la créance de la caution et du créancier à la procédure collective du débiteur, admise par la jurisprudence sur le fondement de l'article 2032-2° du Code civil, offrait déjà une illustration d'un tel concours. L'article 2032-1° n'impose guère une lecture plus restrictive de l'action avant paiement de la caution. La Cour vient donc reconnaître à la caution poursuivie par le créancier le droit d'agir avant paiement contre le débiteur, bien qu'il soit lui-même poursuivi par le créancier.

2. Action Paulienne - Conditions - Antériorité de la créance - Créance existant en son principe - Action contre une caution - Exception - Faute du créancier à l'encontre du débiteur principal - Irrecevabilité *(Chambre mixte, 21 février 2003, Bull. n ° 2 ; BICC n ° 578 , p. 5, rapport de M. Assié et avis de M. de Gouttes)*

Agissant par voie d'exception, la caution peut demander à être déchargée en tout ou partie de son obligation en raison de la faute commise par le créancier à l'égard du débiteur principal. Mais la caution ne peut le faire valablement que dans l'instance par laquelle le créancier lui réclame le paiement de la dette garantie. En revanche, l'exception de compensation n'a pas place dans le cadre de l'action paulienne où, dès lors que le créancier justifie d'un principe certain de créance, seul est en cause le caractère frauduleux ou non de l'acte attaqué, comme le précise pour la première fois l'arrêt de la chambre mixte.

3. Cautionnement - Article 2037 du Code civil - Article L. 621-96 du Code de commerce - Transfert des sûretés au cessionnaire
Chambre commerciale, 13 mai 2003 (Bull. n° 71)

Une banque avait consenti un prêt à une société, garanti par un nantissement sur le fonds de commerce exploité par l'emprunteuse et par un cautionnement. La société a été mise en redressement judiciaire et a bénéficié d'un plan de redressement. Assignée par la banque en exécution de son

engagement, la caution a invoqué le bénéfice des dispositions de l'article 2037 du Code civil, en soutenant que le créancier avait commis une faute en s'abstenant de s'opposer à l'offre de reprise formulée par le cessionnaire qui excluait l'application des dispositions de l'article 93, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 621-96, alinéa 3, du Code de commerce, relatives au transfert des sûretés au cessionnaire.

La question posée était la suivante : le fait pour un créancier de ne pas revendiquer devant le tribunal de commerce le bénéfice de ces dispositions est-il fautif au sens de l'article 2037 du Code civil ?

La cour d'appel avait déchargé la caution, en retenant que la banque n'avait pas protesté auprès de l'administrateur et, présente à l'audience du tribunal de commerce lorsque les propositions du repreneur ont été appréciées, ne s'y est pas opposée, se bornant à s'en remettre à la décision du tribunal, de sorte qu'en l'absence de toute contestation précise face à une proposition qui faisait disparaître la garantie qu'elle détenait, ce n'est pas par l'effet d'une décision de justice que la banque avait perdu le bénéfice du nantissement, mais du fait de son silence.

La chambre commerciale censure cette décision, en rappelant que, selon l'article 93, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 621-96, alinéa 3, du Code de commerce, la transmission au cessionnaire de la charge des sûretés garantissant le remboursement d'un crédit s'opère de plein droit, sauf accord entre le cessionnaire et le créancier titulaire d'une sûreté mentionnée par ce texte. Dès lors que le tribunal n'avait pas constaté un tel accord et avait arrêté un plan dans les termes de l'offre de reprise qui excluait l'application de ces dispositions, la Cour de cassation a considéré que la perte du nantissement résultant du jugement arrêtant le plan de cession n'était pas imputable exclusivement au créancier, de sorte que la caution ne pouvait être déchargée.

4. Cautionnement - Tacite reconduction du contrat garanti

Chambre commerciale, 11 juin 2003 (Bull. n° 94)

La tacite reconduction n’entraîne pas prorogation du contrat primitif, mais donne naissance à un nouveau contrat. La jurisprudence a déduit de la combinaison de cette règle avec celle de l’article 2015 du Code civil que lorsqu’une caution s’est engagée à garantir une ouverture de crédit et que celle-ci a été tacitement reconduite, les juges du fond doivent s’assurer, avant de condamner la caution à garantir les obligations nées du nouveau contrat, que le cautionnement, accessoire au contrat initial, a également été reconduit (Com. 11 février 1997, Bull. 46 ; Civ. 1ère 4 octobre 2000, Bull n° 234).

Une cour d'appel a satisfait à cette exigence, en retenant que le cautionnement dont était assortie, par le même acte, l'ouverture de crédit, garantissait le solde dû à la clôture du compte courant et se référait aux « opérations ci-dessus », lesquelles comprenaient le renouvellement éventuel du contrat.

Par cet arrêt, la chambre commerciale a entendu préciser que si le cautionnement doit être exprès, c'est-à-dire exprimé et non équivoque, pour autant, il n'a pas nécessairement à être renouvelé en cas de renouvellement de l'obligation principale cautionnée. Une caution peut exprimer clairement, au moment de la souscription de son engagement, son intention de voir celui-ci se poursuivre en cas de renouvellement par tacite reconduction du contrat garanti.

5. Cautionnement - Preuve - Eléments extrinsèques
Chambre commerciale, 11 juin 2003 (Bull. n° 97)

Par plusieurs arrêts du 29 octobre 2002 (Bull. n° 247, 248 et 250), la 1ère chambre civile s'est ralliée à la position de la chambre commerciale pour dire que « l'article 1326 du Code civil limite l'exigence de la mention manuscrite à la somme ou à la quantité due, sans l'étendre à la nature de la dette, à ses accessoires ou à ses composantes ». Dans le domaine où les dispositions de l'article 1326 du Code civil restent applicables, en l'occurrence le principal de la dette cautionnée, la chambre commerciale est venue, le 11 juin 2003, parachever cet édifice d'unité de jurisprudence, en s'alignant sur la 1ère chambre civile (Civ. 1ère, 10 mai 2000, Bull. n° 138) pour laisser aux juges du fond le pouvoir d'apprécier souverainement les éléments invoqués par une partie pour compléter un commencement de preuve par écrit.

6. Cautionnement - Responsabilité du créancier envers la caution - Soutien abusif - Point de départ de délai de prescription
Chambre commerciale, 24 juin 2003 (Bull. n°103)

Cet arrêt tranche la question du point de départ du délai de prescription de 10 ans de l'article 189 bis du Code de commerce, s'agissant d'une action en responsabilité engagée par des cautions contre une banque pour soutien abusif de crédit.

L'application du délai de prescription de l'article 189 bis n'était pas contestée. Seul faisait difficulté le choix du point de départ de ce délai.

Au soutien de son pourvoi, la banque faisait valoir que s'agissant d'une action en responsabilité engagée contre elle du fait d'un octroi de crédit abusif, le point de départ du délai de prescription devait être fixé à la date d'octroi des

crédits ou, au plus tard, à la date de redressement judiciaire du débiteur principal.

La Cour de cassation, écartant le moyen de la banque, a approuvé la cour d'appel qui a retenu que, s'agissant d'une action en responsabilité engagée par les cautions, le point de départ du délai de prescription devait être fixé au jour où celles-ci ont su que les obligations résultant de leurs engagements allaient être mises à exécution du fait de la défaillance du débiteur principal, en l'occurrence le jour de leur assignation en paiement.

Cette solution respecte les principes régissant le droit de la responsabilité. L'action en responsabilité suppose un préjudice. Pour une caution, ce préjudice consiste à devoir payer la dette du débiteur principal. Ce préjudice prend naissance au jour de la demande en paiement adressée à la caution par le créancier et cet événement marque le point de départ du délai de prescription de cette action.

7. Cautionnement du solde débiteur d'un compte courant - Notion de remise

Chambre commerciale,1er juillet 2003 (Bull. n˚113)

M. X s'était porté caution des engagements de la société Y envers la banque Z, à concurrence d'une somme de 1.250.000 francs, jusqu'au 15 octobre 1993 ; à cette date, le compte courant de la société présentait un solde débiteur de 4.687.307,57 francs ; courant 1994, la banque avait renouvelé une avance de trésorerie de 2.300.000 francs ayant bénéficié à la société ; cette dernière ayant été mise ensuite en liquidation judiciaire, la banque avait demandé à la caution d'exécuter ses engagements ; pour échapper à cette réclamation, celle-ci soutenait que cette avance avait constitué une remise et qu'elle avait eu pour effet d'éteindre sa dette.

Pour comprendre l'enjeu du litige, il est utile de rappeler que lorsque la caution ne s'est engagée que pour un temps déterminé, la limite de son engagement suppose de distinguer, selon la célèbre formule de Christian Mouly, entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement : en cas de cautionnement d'un ensemble indéterminé de dettes limité dans le temps, la caution garantit tous les engagements contractés par le débiteur principal pendant le délai fixé (obligation de couverture) quelles que soient les échéances de ces engagements et l'époque des poursuites engagées contre elle (c'est l'obligation de règlement) ; mais évidemment, cette distinction, simple dans son principe, n'est pas si facile à mettre en oeuvre lorsque ce cautionnement limité dans le temps s'applique à un compte courant qui aura continué à fonctionner après l'arrivée du terme du cautionnement ; au moment où la garantie prend fin, le banquier n'est alors titulaire que d'une créance provisoire et non exigible dont le montant va fluctuer, qui ne deviendra certaine, liquide et exigible qu'à la clôture du compte alors qu'entre-temps, elle aura pu disparaître du fait des remises réciproques, même si en fin de compte le solde est débiteur.

La jurisprudence de la chambre commerciale a fluctué quant à la solution à apporter à cette difficulté ; jusqu'en 1972, il était admis, de manière très simple, que la caution restait tenue du solde débiteur au jour de la clôture dans la limite du solde provisoire au jour de la résiliation ou du terme du cautionnement ; cette solution était favorable au créancier mais elle avait un double inconvénient : d'une part, la caution restait tenue pour les opérations postérieures à la fin de son engagement, même si entre-temps le solde du compte était devenu créditeur, d'autre part, elle restait indéfiniment tenue dans la limite du solde provisoire sans possibilité de se désengager jusqu'à la clôture du compte en contradiction avec le principe selon lequel le contractant engagé sans limitation de durée doit pouvoir mettre fin à son obligation.

C'est pourquoi sans doute, la chambre a modifié sa position par un arrêt du 22 novembre 1972, admettant alors que la caution devait bénéficier des remises postérieures à la résiliation de son engagement, solution qui n'est plus discutée et qui a été transposée au cas où le cautionnement expire non pas à la suite de sa résiliation mais par l'arrivée de son terme ; aujourd'hui, il est donc admis qu'en dépit du principe d'indivisibilité du compte courant, toute remise en crédit postérieure à la résiliation constitue, au moins à l'égard de la caution, un paiement distinct, qui doit s'imputer sur la dette garantie et vient l'effacer progressivement même si le solde du compte reste toujours débiteur jusqu'à sa clôture, et que toute avance nouvelle s'inscrivant en débit est, toujours à l'égard de la caution, une dette nouvelle non couverte par la garantie résiliée.

Mais cette position était encore susceptible de deux orientations, l'une consistant à analyser au cas par cas les fluctuations du compte postérieures à l'expiration du cautionnement pour rechercher à chaque fois si la volonté des parties a été ou non de considérer une écriture au crédit comme un remboursement et une écriture au débit comme une avance nouvelle, solution séduisante selon M. Cabrillac (Obligation de couverture et obligation de règlement et cautionnement du compte courant aux Mélanges Mouly de 1998) mais certainement impraticable, l'autre revenant plus simplement à imputer systématiquement toutes les remises ultérieures ; c'est cette seconde solution que la chambre a retenue dans un arrêt du 15 mars 1977 : *"Attendu qu'après avoir retenu le montant du solde définitif du compte à sa clôture et établi, en outre, le montant du solde provisoire garanti par les cautions, la cour d'appel, qui a recherché le montant des opérations en cours, a décidé à bon droit, d'une part, que les cautions bénéficient des remises faites par le débiteur principal, et d'autre part, qu'elles ne peuvent être tenues en raison des avances accordées par la banque à ce même débiteur après la révocation de leur engagement de caution"*.

Le pourvoi qui n'ignorait pas ces principes acquis de longue date, voulait cependant introduire des distinctions selon les remises : il ne faisait en effet aucun doute que l'avance de trésorerie de 2.300.000 francs accordée par la banque postérieurement à l'expiration du cautionnement, qui avait été inscrite au crédit du compte, s'analysait bien comme une remise ; toutefois, selon la banque elle n'aurait pas dû être prise en compte dès lors qu'elle émanait d'elle-même, qu'elle constituait une avance et non "un paiement" ; ce raisonnement était difficilement admissible, notamment au regard de la solution, déjà adoptée par la chambre, à propos de la question de savoir quel était le sort du cautionnement d'un prêt après inscription des fonds délivrés par le prêteur au crédit du compte courant de l'emprunteur. Après avoir considéré (Com., 19 mars 1980, Bull. n° 135), par application du principe selon lequel l'entrée en compte des créances emporte leur paiement et l'extinction corrélative des sûretés dont elles sont assorties, que le cautionnement garantissant le banquier

était éteint par l'effet de l'inscription en compte du crédit octroyé, la chambre, revenant à plus d'orthodoxie, a modifié cette solution notamment par ses arrêts des 12 mai 1987 (Bull. n° 112) et 4 mai 1993 (Bull. n° 162) et surtout 21 octobre 1997 (Bull. n° 201) : "*En retenant que la dette de remboursement, seule garantie par le cautionnement et non inscrite au débit du compte courant, conservait toute son autonomie, de sorte qu'elle ne pouvait être affectée par l'effet novatoire de l'inscription, au crédit de ce compte, de la somme prêtée, la cour d'appel devant laquelle il n'était pas soutenu qu'une stipulation contractuelle aurait prévu la fusion du prêt dans le découvert du compte courant, a pu statuer comme elle a fait*" ; mais, l'arrêt de 1997 le rappelait très clairement, si la créance de remboursement de la banque sur son client ne rentre pas en compte dans un cas semblable, en revanche celle du client sur la banque, qui va se matérialiser par l'inscription au crédit du compte courant du montant de l'avance ou du prêt consenti, elle, rentre bien en compte et constitue assurément une remise et un paiement ; on ne voit d'ailleurs pas quelle justification juridique pourrait conduire à des distinctions selon l'origine des "remises" ; d'où la cassation prononcée, avec la réserve, qu'une clause contractuelle pourrait toujours permettre d'échapper au jeu des remises ainsi définies.

8. Cautionnement - Signature par la caution en une double qualité - Acte notarié

Chambre commerciale, 8 octobre 2003 (Bull. n° 153)

Faut-il, au regard des règles relatives au consentement et à celles gouvernant la validité des actes notariés, exiger qu'une partie qui intervient à un tel acte en une double qualité le signe deux fois ? Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la chambre commerciale du 8 octobre 2003, le pourvoi soutenait qu'était nul l'acte notarié portant prêt et engagement de caution de la dirigeante de la société emprunteuse, dès lors que cette dernière, qui l'avait signé à la fois en qualité de représentante de la débitrice et en qualité de caution, n'y avait apposé qu'une seule signature.

La chambre commerciale a rejeté le pourvoi. Elle a considéré que les prescriptions tant de l'article 2015 du Code civil que du décret du 26 novembre 1971 relatif aux actes notariés qui imposent que ces actes soient « signés par les parties » étaient respectées, dès lors que l'acte notarié a précisé les deux qualités au titre desquelles la gérante de la société y est intervenue, représentante de la société débitrice, d'une part, et caution de celle-ci, d'autre part, la double qualité de son intervention ne suffisant pas à imposer la nécessité d'une double signature comme condition de validité à l'acte.

Cette solution vient compléter la jurisprudence récente de la chambre commerciale en matière de preuve des cautionnements souscrits par actes sous

seing privé (Com. 18 mai 1999, Bull. n° 103 ; Com. 23 mai 2000, Bull. n° 107), selon laquelle la signature donnée sur le même acte à la fois en qualité de représentant de la société et en qualité de caution constitue un commencement de preuve par écrit qui, complété par l'élément extrinsèque résultant de la qualité de gérant, rend parfaite la preuve du cautionnement.

9. Cautionnement - Rapports entre cofidéjusseurs - Déclaration de créance

Chambre commerciale, 5 novembre 2003 (à paraître)

Il est de jurisprudence constante qu'en cas de procédure collective ouverte contre le débiteur principal, le créancier doit avoir déclaré sa créance au passif du débiteur pour pouvoir poursuivre la caution. Cette règle est-elle applicable au recours entre cofidéjusseurs prévu par l'article 2033 du Code civil ?

L'arrêt du 5 novembre 2003 répond par la négative. La chambre commerciale énonce que pour conserver ses droits contre ses cofidéjusseurs, la caution qui a régulièrement payé n'est pas tenue de déclarer sa créance au passif de la procédure collective ouverte contre le débiteur principal, les autres cautions ayant elles-mêmes la faculté d'effectuer une telle déclaration, même avant d'avoir payé, en vertu de l'article 2032 du Code civil. En d'autres termes, le droit propre que confère à la caution l'article 2033 du Code civil d'agir, en cette qualité, contre ses cofidéjusseurs interdit à ceux-ci d'invoquer l'extinction de la créance pour défaut de déclaration. La chambre a toutefois pris soin de préciser que la caution qui agit contre une autre caution doit avoir régulièrement payé, ce qui suppose en particulier qu'elle n'ait pas payé une créance éteinte, par suite, notamment, du défaut de déclaration de créance du créancier.

10. Cautionnement - Conditions de validité - Erreur sur la capacité commerciale du débiteur principal

Chambre commerciale, 19 novembre 2003 (pourvoi n° 01-01.859, à paraître)

Une cour d'appel avait annulé un cautionnement après avoir retenu que le consentement de la caution avait été vicié par une erreur sur la personne du débiteur principal, à savoir son ignorance de l'interdiction d'exercer une activité commerciale dont celui-ci avait été frappé, avec effet rétroactif, en conséquence d'une condamnation pénale.

Le pourvoi contestait le fondement juridique de cette annulation en soutenant que la cour d'appel, saisie d'une demande d'annulation fondée sur l'erreur sur la personne de l'article 1110 alinéa 2 du Code civil et sur l'erreur

sur la cause de l'article 1131 du même code, ne pouvait fonder sa décision sur l'erreur sur l'objet de l'article 1110 alinéa 1.

L'intérêt du présent arrêt est d'affirmer que l'erreur commune aux parties portant sur la capacité de l'une d'elles à exercer une activité commerciale par suite de sa radiation du registre du commerce et des sociétés, en application de l'article 2 de la loi n° 47-1635 du 30 août 1947, constitue une erreur sur ses qualités substantielles au sens de l'article 1110 alinéa 2 du Code civil.

11. Garantie à première demande - Contre-garantie et appel abusif
Chambre commerciale, 26 novembre 2003 (à paraître)

Quel que soit l'intitulé adopté par les parties, la garantie à première demande suppose que l'engagement du garant est indépendant du contrat de base et que celui-ci s'est engagé à effectuer, sur la demande du donneur d'ordre, le paiement d'une somme à concurrence d'un montant convenu, sans qu'il puisse différer ce paiement ou soulever une contestation pour quelque cause que ce soit ; c'est cette autonomie, avec l'inopposabilité des exceptions qui en est le corollaire, qui la caractérise et la distingue du cautionnement ; ainsi, dès l'instant que le garant est engagé "à première demande", il est personnellement tenu, à concurrence du montant prédéterminé par les parties, sans qu'il puisse opposer au bénéficiaire la moindre exception tenant au contrat de base ou aux propres obligations du débiteur principal qui sont indifférentes ; seule la fraude ou l'abus manifeste de celui qui appelle la garantie peuvent justifier un refus de paiement.

Ces principes, transposables au cas où le garant de premier rang est lui-même garanti par un garant de second rang, supposent, s'ils sont mis en oeuvre par le donneur d'ordre, ou le garant de second rang, que l'abus ou la fraude manifestes soient réalisés en la personne du garant de premier rang et cette condition implique d'abord d'établir que celui-ci ait su (la jurisprudence a progressivement assoupli sa position à cet égard, en n'exigeant plus la preuve d'une collusion) que l'appel dont il avait été lui-même l'objet était abusif et que ce caractère abusif ait été manifeste ; mais à supposer ce caractère manifeste établi, reste encore une difficulté, sur laquelle la chambre commerciale n'avait encore jamais pris parti de manière directe et expresse et qui est celle de savoir à quel moment il convient de se placer pour apprécier la mauvaise foi de la banque première garante ; pour certains (M. Vasseur au D. 1987, J, p. 17) c'est au moment où elle a mis en oeuvre la contre-garantie, que la banque première garante doit avoir connu la fraude ou l'abus du bénéficiaire ; pour d'autres (M. Simler au jurisclasseur civil, art 2011 à 2043, fasc 80, n° 88, M. Prüm au JDI 1996, p. 682) il conviendrait de se placer au moment où elle-même a exécuté son propre engagement ; c'était là une des difficulté que devait

résoudre la chambre dans l'espèce en cause puisque, justement, plus de 2 ans avaient séparé l'appel de la contre-garantie et l'exécution par le garant de 1er rang de sa propre obligation et qu'il n'était pas interdit de penser que la "conscience" qu'avait pu avoir la banque de l'abus éventuellement commis par le bénéficiaire avait pu être modifiée pendant ce laps de temps.

S'inspirant d'un arrêt où, même si la question ne lui avait pas été posée directement, la chambre avait approuvé les juges du fond de s'être placés au moment de l'appel de la contre-garantie pour apprécier l'existence de la collusion frauduleuse (c'était avant l'assouplissement signalé plus haut, aujourd'hui la chambre se borne à exiger "la connaissance du caractère abusif"), cet arrêt prend nettement parti en faveur de la première solution ; il est sûr que le principe d'autonomie de la contre-garantie par rapport à la garantie ayant pour conséquence que le contre-garant doit exécuter immédiatement son engagement, sans pouvoir exiger que le garant de 1er rang ait lui-même payé le bénéficiaire, la logique, ainsi que le souligne le Professeur Vasseur, militait en ce sens même si c'est alors incontestablement privilégier le garant de 1er rang, qui aura, comme en l'espèce, attendu pour payer....au détriment du contre-garant qui ne pourrait pas se prévaloir d'un éventuel abus du bénéficiaire dont le 1er garant aurait pris conscience après avoir appelé la garantie ; quoi qu'il en soit, il était important de répondre sur ce point en donnant des directives claires aux juges du fond ; il semble que cela soit aujourd'hui chose faite.

12. Cautionnement - Obligation d'information de la caution - Article 48 de la loi du 1er mars 1984 devenu L. 313- 22 du Code monétaire et financier - Concours financier

Chambre commerciale, 3 décembre 2003 (à paraître)

Le sous-cautionnement n'est qu'une forme du cautionnement, la sous-caution s'engageant à garantir la dette du débiteur à l'égard de la caution principale, pour le cas où la garantie de celle-ci serait appelée. Cette caution de second rang peut-elle, lorsqu'elle a contregaranti le cautionnement fourni par une banque, bénéficier de l'obligation d'information due par tout établissement de crédit qui accorde un concours financier sous la condition d'un cautionnement ? Cette question, posée à la chambre commerciale, supposait de définir ce qu'il fallait entendre par « concours financier » au sens de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier. La Cour de cassation a estimé que, même s'il contribue à la mise en place d'un concours financier, le cautionnement accordé par un établissement de crédit constitue une garantie et non une opération de crédit et que, par conséquent, la banque caution n'est pas tenue de fournir à la sous-caution l'information prévue par ce texte. Il est vrai, au-delà de toute considération juridique, que si le créancier se soustrait à son obligation légale d'information, la caution pourrait difficilement fournir à la sous-caution des informations qui ne lui ont pas été communiquées.

D. DROIT DE LA CONCURRENCE

1. Concurrence - Sanctions pécuniaires - Assiette de la sanction

Chambre commerciale, 28 janvier 2003 (Bull n° 12)

Par cet arrêt, la chambre commerciale a précisé les modalités de détermination de l'assiette de la sanction pécuniaire encourue par une entreprise en cas de fusion.

L'article 15 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, devenu l'article L. 464-2 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, disposait que le montant maximum de la sanction pécuniaire encourue par une entreprise s'étant livrée à des pratiques anti-concurrentielles était de 5% du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France, au cours du dernier exercice clos.

La chambre commerciale a précisé que le chiffre d'affaires du dernier exercice clos devant être pris en considération est celui du dernier exercice clos au moment où le Conseil de la concurrence sanctionne les agissements incriminés (Com., 30 mai 1995, Bull. n° 164), et non pas, comme le soutenaient les auteurs des pourvois, celui du dernier exercice clos au moment des faits en cause. Elle a jugé que l'assiette est déterminée par le chiffre d'affaires global de l'entreprise mise en cause, sans avoir égard à la répartition de celui-ci par secteur d'activités (Com., 3 mai 1995, Bull. n° 129 et Com., 30 mai 1995, Bull n° 160). Dans un arrêt du 23 avril 2003 (pourvoi n° 01-16.124), la chambre commerciale a rappelé que c'est le chiffre d'affaires de l'entreprise qui est à l'origine des pratiques interdites, quel que soit son mode de comptabilisation qui peut évoluer, au regard, au cas d'espèce, de l'évolution de dispositions fiscales, qui constitue l'assiette de la sanction.

Dans l'affaire rapportée, l'entreprise sanctionnée faisait valoir qu'ayant absorbé, avant la décision du Conseil de la concurrence, l'entreprise auteur des pratiques, l'assiette de la sanction retenue par le Conseil de la concurrence, puis par la cour d'appel de Paris, qui avait été déterminée par référence au chiffre d'affaires de l'entreprise issue de la fusion était artificiellement élevée. La chambre commerciale a écarté ce moyen et jugé que dès lors qu'il n'était pas contesté qu'à la suite de la fusion l'entreprise sanctionnée avait assuré la continuité juridique et économique de l'entreprise auteur des pratiques, il en résultait que l'assiette de la sanction devait légalement être déterminée par son seul chiffre d'affaires.

En effet, conformément à la règle dégagée par la chambre commerciale dans un arrêt du 20 novembre 2001 (Bull. n° 182), l'entreprise dont les moyens

humains et matériels ont concouru à la mise en oeuvre d'une pratique prohibée par les dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, devenus les articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, encourt les sanctions prévues à l'article 13, devenu l'article L. 464-2 du même Code, tant qu'elle conserve une personnalité juridique, indépendamment de la cession desdits moyens humains et matériels. Dans l'hypothèse où l'entreprise a disparu, par l'effet de la fusion, l'entreprise issue de la fusion ayant repris ces mêmes moyens humains et matériels répond, en ce qui concerne la sanction, des pratiques prohibées. Au regard de ces principes, le moyen tiré du gonflement artificiel de l'assiette de la sanction pécuniaire était voué à l'échec.

2. Concurrence - Recours contre les décisions du Conseil de la concurrence - Recevabilité du pourvoi du ministre de l'économie
Chambre commerciale, 25 mars 2003, (Bull. n° 51)

Aux termes de l'article 15 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (devenu l'article L. 464-8 du Code de commerce), le ministre chargé de l'économie peut former un recours devant la cour d'appel de Paris contre un décision du Conseil de concurrence même s'il n'a pas été partie à cette décision.

La question s'est posée de savoir quelle était la situation procédurale du ministre chargé de l'économie au regard des règles du pourvoi en cassation qui peut être formé, en vertu de l'article 15 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (devenu l'article L. 464-8 du Code de commerce), lorsqu'il n'a ni utilisé cette possibilité de former un recours devant la cour d'appel de Paris, ni formé de recours incident, en application de l'article 6 du décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence, mais a des griefs à formuler contre la décision rendue par cette juridiction. Au sens de l'article 609 du NCPC, il n'a pas été partie à l'instance devant les juges du second degré. En l'absence de dispositions spécifiques réglant cette situation en matière de recours contre les décisions du Conseil de la concurrence et de pourvoi en cassation contre les arrêts de la cour d'appel de Paris saisie de ces recours, la chambre commerciale a fait application de la règle générale de l'article 609 du NCPC, dans un arrêt du 15 juillet 1992 (Bull. n° 274).

L'arrêt rapporté confirme cette solution, étant observé que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, qui a précisé, en son article 48, que lorsque le ministre chargé de l'économie ou le Président du Conseil de la concurrence exerce l'action prévue par l'article L. 442-6 du Code de commerce et les voies de recours y afférentes, ou lorsque le ministre chargé de l'économie intervient sur le fondement de l'article L. 470-5

du même Code, ils sont dispensés de représentation par un avocat ou un avoué, rendant ainsi caduque la solution dégagée par la chambre commerciale dans un arrêt du 17 juillet 2001(Bull. n° 145), selon laquelle le principe de la représentation obligatoire résultant de l'article 899 du NCPC, en l'absence de dispositions spéciales contraires, était applicable aux actions de cette nature engagées par le ministre chargé de l'économie, n'a apporté en revanche, aucune modification sur les conditions d'exercice, par le ministre de l'économie, des voies de recours contre les décisions du Conseil de la concurrence ou la cour d'appel de Paris statuant sur recours contre les décisions du Conseil de la concurrence.

La chambre commerciale a fait application de cette même règle dans un arrêt du 26 novembre 2003 (pourvoi n° 02-14.310).

3. Concurrence - Pratiques restrictives
Chambre commerciale, 23 avril 2003 (Bull. n° 57)

Par cet arrêt, la chambre commerciale précise le champ d'application de l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce.

Sur le fondement de l'article 36 alinéa 5 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence devenu l'article L. 442-6-4° du Code de commerce, puis l'article L. 442-6-I-5°, la responsabilité de tout producteur, commerçant, industriel ou artisan, peut être engagée pour avoir rompu brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie.

L'adoption de la loi du 1er juillet 1996 relative à la loyauté et l'équilibre des relations commerciales ayant conduit à l'introduction de ce délit civil dans l'ordonnance du 1er décembre 1986 s'était effectuée dans un contexte de contestation des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la grande distribution dites de "déréférencement".

Ainsi que le relevait un auteur [1] "*le projet gouvernemental visait "des relations commerciales établies avec un fournisseur ou avec un client" ce qui limitait le champ des relations à celles s'inscrivant dans un contexte de distribution*," celui-ci observait que "*cette référence disparut dans une synthèse obtenue ente deux amendements présentés en première lecture du projet par*

1 P Verbught, la rupture d'une relation commerciale établie, Revue de jurisprudence commerciale, 1997, page 129 et suivantes.

l'assemblée nationale". Il en était déduit par la doctrine[2] que "*l'alinéa 5 de l'article 36 dépasse, bien plus et à l'évidence, l'objectif assigné par le législateur en ce qu'il peut régir non seulement les relations fournisseur-distributeur-terrain d'élection de la réforme mais plus généralement, les relations commerciales, entendues ici au sens large, y compris les relations extra-contractuelles*".

L'arrêt rapporté a tranché cette question.

Un prestataire de services d'une société appartenant à la grande distribution avait assigné celle-ci sur le fondement de l'article 36 alinéa 5 précité en se prévalant de la rupture estimée fautive de relations commerciales qui duraient depuis 11 ans. Son action fut accueillie en son principe par les juges du fond. La société de distribution formait alors un pourvoi en faisant valoir que la relation commerciale en cause qui comportait à la fois la fourniture de services et de produits qui n'étaient pas destinés à être revendus n'entrait pas dans le champ des dispositions légales susvisées, lesquelles n'auraient entendu viser que les rapports tripartites existants entre les producteurs, les distributeurs et leurs clients.

La chambre commerciale a écarté cette interprétation en décidant qu'entrait dans le champ d'application du texte en cause "toute relation commerciale établie".

4. Concurrence déloyale - Clause de non-concurrence - Compétence
Chambre commerciale, 6 mai 2003 (Bull. n°67)

Par cet arrêt, la chambre commerciale précise l'étendue de la compétence de la juridiction commerciale saisie d'une action en concurrence déloyale fondée sur la violation d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail.

L'employeur qui se plaint de la violation d'une clause de non-concurrence par son ancien salarié dispose de deux possibilités: rechercher la responsabilité de son ancien salarié et/ou celle du nouvel employeur qui se serait rendu tiers-complice, par l'embauche de l'ancien, de la méconnaissance par celui-ci de ses obligations contractuelles. La première de ces actions relève exclusivement de la juridiction prud'homale et la seconde, lorsqu'elle oppose des commerçants, de la juridiction commerciale. Néanmoins, le nouvel

2 E Bouretz, l'article 36-5 de l'ordonnance du 1er décembre, revue de trois ans de jurisprudence, JCP édition entreprises n°15-16 du 12 avril 2001

employeur poursuivi peut opposer en défense la nullité de la clause de non-concurrence litigieuse ou l'absence de matérialité de sa violation par le salarié.

La question se pose alors de savoir si la juridiction commerciale est compétente pour examiner ce moyen de défense, alors qu'une instance est pendante devant la juridiction prud'homale relative à la violation de cette même clause.

Dans cette hypothèse, l'arrêt rapporté a jugé que dès lors que le mérite de l'action dirigée contre le nouvel employeur supposait que soit tranchée la question préalable de la violation de la clause de non-concurrence par le salarié, la juridiction commerciale devait surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction prud'homale, seule compétente, se soit prononcée sur cette question préjudicielle.

La chambre commerciale revient ainsi sur la solution qui avait été retenue dans un arrêt du 27 mars 2001 (Bull. n° 68) et qui avait admis une solution contraire, et se conforme ainsi à la règle dégagée le 6 juillet 2001 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (Bull. n° 9) selon laquelle toute juridiction saisie d'une demande de sa compétence doit surseoir à statuer lorsqu'elle a à connaître de moyens de défense relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction.

5. Concurrence - Pratiques anti-concurrentielle - Qualification - Pratique anticoncurrentielle constituée par l'exercice abusif d'un droit exclusif

Chambre commerciale, 26 novembre 2003 (pourvoi n° 00-22.605, à paraître)

Par cet arrêt, la chambre commerciale a retenu que l'exercice d'un droit exclusif par son titulaire pouvait donner lieu à un comportement abusif de nature à entrer dans le champ d'application de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

La pratique litigieuse soumise au Conseil de la concurrence, puis à la cour d'appel de Paris, était relative à l'insertion, systématique, dans des contrats de coproduction d'oeuvres cinématographiques ou audiovisuelles signés avec différents opérateurs, par une entreprise exerçant une activité de production d'oeuvres audiovisuelles, d'une clause réservant à ses filiales l'édition et la distribution de l'oeuvre coproduite sous forme de vidéogrammes pour une durée généralement fixée à 5 ans, voire une durée supérieure, son engagement de financer les oeuvres étant subordonné à l'acceptation de cette clause par ses cocontractants. Cette clause n'avait pas pour contrepartie l'engagement de cet

opérateur d'exploiter effectivement l'oeuvre en cause sous forme de vidéogrammes.

L'activité de production et coproduction d'oeuvres cinématographiques ou audiovisuelles s'opère dans les conditions juridiques suivantes:

- selon l'article L. 132-23 du Code de la propriété intellectuelle, "*le producteur de l'oeuvre audiovisuelle est la personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'oeuvre*", ce texte visant tant le producteur isolé que les coproducteurs (Paris, 31 janvier 1995, confirmé par Civ., 1ère, 16 juillet 1997, Bull. n° 278).

- aux termes de l'article L. 132-24 alinéa 1er du même code "*le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une oeuvre audiovisuelle autres que l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles, emporte, sauf clause contraire et sans préjudice des droits reconnus à l'auteur par les dispositions des articles L. 111-3, L. 121-4 et L. 121-5, L. 122-1 à L. 122-7, L. 123-7, L. 131-2 à L. 131-7, L. 132-4 et L. 132-7, cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'oeuvre audiovisuelle*", étant précisé que l'article L. 122-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que "*le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction*".

Saisi de cette pratique contractuelle par des opérateurs exerçant leur activité dans le domaine de la production et de l'édition de vidéogrammes, le Conseil de la concurrence, approuvé par la cour d'appel de Paris, a vu dans cette pratique la volonté du coproducteur dénoncé de se réserver le marché aval de l'édition vidéographique des oeuvres audiovisuelles coproduites, au détriment d'éditeurs concurrents. La cour d'appel a estimé que cette pratique conduisait à évincer du marché aval de l'édition et de la commercialisation des vidéogrammes les entreprises tierces aux contrats de coproduction. Elle a écarté l'objection de l'entreprise sanctionnée par le Conseil, faisant valoir qu'elle ne faisait qu'user légitimement des droits exclusifs conférés par l'article L. 132-24 précité, en relevant spécialement qu'elle perçoit sur toute exploitation de l'oeuvre coproduite sa quote-part de recettes telles que prévue au contrat de coproduction, que l'oeuvre soit exploitée sous forme vidéographique par elle-même ou par une autre entreprise, et ses droits d'auteurs étaient en tout état de cause préservés.

Ce même moyen était soumis à la chambre commerciale devant laquelle il était soutenu que la cour d'appel avait violé les articles L. 123-1 et L. 123-2 du Code de la propriété intellectuelle selon lesquels "*l'auteur jouit sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son oeuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au*

bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent" (article L. 123-1) , et "*pour les oeuvres de collaboration, l'année civile prise en considération est celle de la mort du dernier vivant des collaborateurs; pour les oeuvres audiovisuelles, l'année civile prise en considération est celle de la mort du dernier vivant des collaborateurs suivants : l'auteur du scénario, l'auteur du texte parlé, l'auteur des compositions musicales avec ou sans paroles spécialement réalisées pour l'oeuvre, le réalisateur principal*".

Le débat portait donc sur la confrontation entre les droits exclusifs et discrétionnaires des droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, tant le Conseil de la concurrence que la cour d'appel s'étant placés sur le terrain de l'abus de droit ayant pour objet ou pour effet de fausser la concurrence, en retenant que "*l'exercice d'un droit exclusif de reproduction d'une oeuvre protégée peut se révéler abusif, notamment lorsqu'il apparaît que ses conditions et ses modalités ont pour objet ou pour effet de neutraliser toute concurrence sur le marché concerné*".

Cette motivation faisait directement référence à l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes du 6 avril 1995 (Magill) selon lequel "*si le droit exclusif de reproduction fait partie des prérogatives de l'auteur en sorte qu'un refus de licence, lors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne saurait constituer en lui-même un abus de celle-ci, l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif*". Cette motivation renvoyait elle-même à l'arrêt de la CJCE du 18 février 1971 (Sirena affaire 40-70) selon lequel il faut distinguer entre l'existence des droits qui, par définition, ne peut être remise en cause par les règles de la concurrence et, d'autre part, leur exercice, qui ne peut entraver la concurrence. La CJCE avait déjà énoncé (arrêt du 24 janvier 1989, Emi/electrola) que "*les deux prérogatives essentielles de l'auteur, le droit exclusif de représentation et le droit exclusif de reproduction, ne sont pas mises en cause par les règles du Traité. Mais les conditions et modalités d'exercice du droit exclusif peuvent relever des dispositions relatives aux ententes et abus de position dominante*".

Il n'y avait pas de précédent en droit interne [3 et 4] . Néanmoins, l'analyse effectuée en droit communautaire, qui met en balance principe de libre circulation des marchandises (article 30 du traité), reconnaissance des droits de propriété intellectuelle, industrielle et artistique, et droit de la concurrence (article 81 et 82 du traité), paraissait transposable en droit interne, dans l'articulation des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-4 du Code de commerce.

Les auteurs qui ont examiné la jurisprudence communautaire, rendue sur le fondement de l'article 85 du Traité de Rome devenu l'article 82 du Traité CE, ont relevé la difficulté posée par la confrontation des droits en cause. Ainsi, dans leur Traité de droit communautaire des affaires, MM Gavalda et Parléani exposent que: "*entre l'usage d'un droit qui n'est que la conséquence de son existence, et celui qui est abusif, et destiné à tourner les règles de concurrence, on perçoit qu'il existe toute une gamme de situations intermédiaires, celles dans lesquelles les entreprises prennent appui sur leurs droits, ou les exercent à des fins diverses*". De même, les observations de MM Lucas de Leyssac et Parléani in "Droit du marché", relèvent la subtilité de la distinction à opérer entre l'existence et la substance du droit d'un côté et son exercice de l'autre en constatant "*qu'on peut donc sanctionner sur le fondement de l'article 82 le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle qui l'utilise arbitrairement, en faisant cesser le comportement arbitraire dès lors que l'on ne dépouille pas le titulaire de la substance de son droit. C'est ainsi que le titulaire d'un droit en position dominante ne peut pas l'exercer de manière discriminatoire, ou de manière arbitraire, au préjudice final des consommateurs*". Ces mêmes auteurs observent "*qu'il est toujours difficile, lorsqu'il s'agit de sanctionner, de distinguer les contours possibles de la substance du droit, qui relève du monopole du titulaire. Mais on peut, sans toucher à cette substance, obliger le titulaire à ne pas abuser de sa position. On peut lui imposer de continuer à fabriquer... de ne pas discriminer sans raison objective entre les marchés sur lesquels il écoule ses produits.... Obliger à continuer à fabriquer, par exemple, laisse à l'entreprise la titularité de son droit. Beaucoup plus délicate est l'obligation de céder une partie du droit à un tiers. Céder son droit, c'est altérer le monopole qui est la substance du droit. Les juridictions*

3 Un arrêt examinant la question de la licéité du refus de distribuer la copie d'un film appréhendée sur le terrain du refus de vente de l'ex article 36 de l'ordonnance aurait pu fournir un cas "comparatif" intéressant dans la mesure où était invoqué le droit de représentation constitutif du droit d'auteur par l'auteur du refus poursuivi, mais le moyen était nouveau (Com, 20 mars 1990, Bull. n° 84).

4 L'arrêt de la chambre commerciale du 4 décembre 2001 (Bull. n°193) relatif aux pratiques de France Télécom en matière de commercialisation de fichiers d'abonnés, qui retient l'existence d'un abus du droit de propriété intellectuelle par l'imposition d'un prix excessif pour l'accès à une base de données constitutive d'une ressource essentielle pour des opérateurs exerçant une activité concurrentielle, a appréhendé la pratique en cause sur le fondement de l'abus de position dominante.

communautaires l'admettent pourtant lorsque la substance du droit n'est invoquée que dans la seule et unique raison de stériliser des offres concurrentes, ou d'empêcher une demande d'être satisfaite. Il faut alors être bien certain qu'il n'y a que ces raisons pour expliquer le comportement de l'entreprise dominante. La discrimination arbitraire, ou la restriction déguisée (article 30 ex article 36 CE), sont alors des critères utilisés car l'action de l'entreprise ne correspond plus à l'objet spécifique du droit mis en oeuvre (v pour l'acquisition d'une licence exclusive pour stériliser une offre concurrente : TPI, Tetra Pack 10 juillet 1990, ou pour le refus opposé dans l'affaire Magill)".

Au soutien de son pourvoi, et au regard du précédent communautaire ayant visiblement inspiré la solution retenue par le Conseil de la concurrence et la cour d'appel de Paris, l'opérateur sanctionné faisait valoir que la CJCE avait statué en matière d'abus de position dominante et que rien ne laissait entendre dans la jurisprudence de la Cour de justice que l'exercice du droit exclusif de production d'une oeuvre protégée pourrait être à lui seul constitutif d'une entente. Il pouvait être objecté à cette analyse que la CJCE a admis l'applicabilité de l'article 85 à un contrat concédant un droit exclusif de représentation d'un film[5]. Or le droit de représentation fait, autant que le droit d'exploitation, partie du droit d'auteur. L'opérateur en cause relevait aussi qu'il ne disposait ni d'un monopole ni d'une position dominante sur les deux marchés en cause (marché des oeuvres et marché des vidéogrammes) et que les oeuvres produites ou coproduites par lui ne pouvaient être assimilées à des matières premières indispensables à l'apparition d'un produit nouveau, au sens de l'arrêt Magill. Cette analyse était également exacte. Le comportement critiqué n'empêchait que l'exploitation de l'oeuvre, sous forme de vidéogrammes, par un autre que l'opérateur ou ses filiales, ce qui distinguait l'affaire rapportée des circonstances factuelles de l'affaire Magill. Néanmoins, à défaut d'empêcher l'émergence d'un produit nouveau, la pratique en cause empêchait, selon les parties saisissantes, l'accès de concurrents à un produit (le vidéogramme du film coproduit par l'opérateur dénoncé) qu'ils ne pouvaient ni éditer ni diffuser, alors même que l'opérateur poursuivi n'exerçait pas

5 D'ailleurs dans un arrêt du 6 octobre 1982, ci-joint, la CJCE a dit pour droit "*qu'un contrat concédant un droit exclusif de représentation d'un film pour une période déterminée, sur le territoire d'un Etat membre, par le titulaire du droit d'auteur sur cette oeuvre, ne relève pas en soi des interdictions prévues par l'article 85 du Traité, mais il appartient le cas échéant, à la juridiction nationale de vérifier si au cas d'espèce, les modalités d'exercice du droit exclusif concédé par ce contrat se placent dans un contexte économique ou juridique dont l'objet ou l'effet serait d'empêcher ou de restreindre la distribution de films ou de fausser la concurrence sur le marché cinématographique eu égard aux particularités de celui-ci*". Dans la motivation, la Cour a invité la juridiction nationale à examiner si l'exercice du droit en cause ne créait pas des barrières artificielles et injustifiées au regard des nécessités de l'industrie cinématographique, si les redevances éventuellement exigées dépassaient une juste rémunération des investissements réalisés ou si l'exclusivité était d'une durée excessive par rapport à ces exigences

forcément ses droits d'édition et de diffusion. Enfin, selon l'opérateur en cause, l'exercice de ses droits dans les conditions critiquées n'excluait pas toute concurrence sur les marchés pertinents. La cour d'appel n'avait pas relevé d'effet sur le marché amont (celui de la coproduction d'oeuvre) mais elle avait en revanche estimé que la pratique critiquée avait pour objet et pour effet de limiter l'accès au marché de l'édition de vidéogrammes d'entreprises tierces aux contrats de coproduction et donc de garantir à l'opérateur sanctionné sa progression sur ce marché. Enfin, la cour d'appel avait relevé qu'il n'était pas démontré que "ces *pratiques soient justifiées par des nécessités particulières au secteur de la télévision ni par les exigences propres à l'activité d'édition de vidéogrammes*".

La chambre commerciale, par l'arrêt rapporté, a tranché par l'affirmative le point de savoir si les principes qui prévalent dans la jurisprudence communautaire et qui ont permis d'appliquer le droit de la concurrence sous la qualification d'abus de position dominante à l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle sont transposables sous la qualification d'entente.

Ensuite, la chambre a approuvé l'analyse du Conseil de la concurrence également retenue par la cour d'appel consistant à rechercher, conformément aux observations doctrinales ci-dessus rappelées, quel était l'objectif poursuivi par l'opérateur pour savoir s'il use ou non légitimement de son droit. La cour d'appel, comme le Conseil de la concurrence, avait relevé à cet égard que la société mise en cause se réservait le droit d'exploiter sans pour autant s'engager à le faire et que d'ailleurs, elle ne le faisait pas toujours. La volonté d'empêcher une société tierce de réaliser cette exploitation et, partant d'être un acteur effectif du marché en cause et donc de lui faire concurrence sur ce marché, pouvait seule expliquer ce comportement. Car s'il ne s'était agi pour l'entreprise en cause que de se réserver l'exercice de son droit d'auteur, et dès lors que seule cette exploitation effective donne lieu à perception de recettes (y compris si elle est le fait des tiers), elle ne se serait pas abstenue d'exploiter ce droit ou de le faire exploiter par un tiers. Il sera observé à cet égard, que selon les textes qui concernent les rapports entre producteur et auteur, lorsqu'il existe un contrat de cession des droits d'auteur, le bénéficiaire de la cession s'engage par principe à rechercher une exploitation du droit cédé, conformément aux usages de la profession (article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle) et en cas de production audio-visuelle "le producteur est tenu d'assurer à l'oeuvre une exploitation conforme aux usages de la profession" (article L. 132-27), dont il se déduit que de tels contrats ont pour fonction même de permettre l'accès du public à l'oeuvre. Selon la doctrine, l'idée de base du contrat de production audiovisuelle est un "*transfert de propriété affecté d'une charge d'exploitation*" (P.-Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique) et cette exploitation doit être "*suivie et diligente*" (M Colombet, Propriété littéraire et

artistique et droits voisins). Autant il est certain que le droit d'auteur exclut l'obligation qui serait faite à celui qui le détient et qui entend l'exploiter, de concéder une licence à un concurrent, puisque par définition le droit d'auteur confère un monopole d'exploitation à l'auteur qui le fonde à se soustraire à toute concurrence dans l'exploitation de l'objet même de ce droit, autant il paraît abusif d'admettre que ce droit d'exploitation soit réservé... sans exploitation lorsque ce défaut d'exploitation permet de stériliser une offre émanant d'un opérateur concurrent. En outre, les coproducteurs (qui certes acceptaient cette situation, comme l'avait relevé la cour d'appel, mais un refus les aurait exposés à l'absence de production d'oeuvre dès lors qu'il était constant que l'opérateur mis en cause subordonnait sa coproduction à cette clause d'exclusivité), étaient eux-mêmes, du fait de l'attitude dénoncée, privés des ressources tirées de l'exploitation de l'oeuvre sous forme de vidéogrammes lorsque l'opérateur ne faisait pas usage de droit d'exploitation dont il s'est réservé l'exclusivité. Au regard de ces considérations, la chambre commerciale a approuvé la cour d'appel d'avoir qualifié la pratique contractuelle en cause d'abus du droit exclusif de reproduction du coproducteur en vue de fausser la concurrence, entrant dans le champ d'application de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

E. RÉGLEMENTATION BANCAIRE

1. Secret bancaire - Opposabilité du secret bancaire

Chambre commerciale, 25 février 2003 (Bull n° 26)

Postérieurement au décès d'un de ses ayants droit, la Caisse nationale d'assurances vieillesse, tenue dans l'ignorance de celui-ci, avait continué à verser les arrérages d'une rente sur un compte ouvert à la banque X qui avait, lui aussi, continué à fonctionner ; choisissant la voie civile, la CNAV a demandé au tribunal des affaires de sécurité sociale d'ordonner à la banque de lui communiquer l'identité de la personne qui avait eu procuration sur le dit compte et avait obtenu satisfaction tant en première instance, qu'en appel ; le pourvoi critiquait notamment cette décision en excipant du secret bancaire.

L'article 10 du Code civil fait obligation à chacun d'apporter son concours à la manifestation de la vérité en justice et autorise le juge à ordonner à un tiers la communication de pièces nécessaires à la solution du litige dont il est saisi, la personne sollicitée pouvant toutefois refuser son concours lorsqu'il existe "un motif légitime" qui tient généralement à l'intimité de la vie privée ou au secret professionnel (Civ. 1ère, 21 juillet 1987, Bull. n° 248) ; précisément, l'article 57 de la loi bancaire du 24 janvier 1984 devenu l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier dispose que 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, et s'il existe des dérogations légales à cette obligation (l'alinéa 2 du même texte dispose : "Outre les cas où la loi le prévoit, le secret professionnel ne peut être opposé ni à la commission bancaire, ni à la Banque de France, ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale"), lesquelles doivent être interprétées restrictivement, la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour considérer que "le secret est certainement à respecter dans les procédures civiles ou commerciales sauf quand le banquier est partie au procès" (sur ce point, Com., 19 juin 1990, Bull. n° 179) ; c'est ainsi que pour les Professeurs Gavalda et Stoufflet, aucune autre autorité ou organisme, même investi d'une mission de service public, ne peut obtenir d'un établissement une information couverte par le secret et notamment pas les organismes de sécurité sociale (à voir sur ce point, Com., 16 janvier 2001, Bull. n° 1 ; 13 juin 1995, Bull. n° 17 ; 11 avril 1995, Bull. n° 121 ; 19 juin 1990 ; Bull. n° 179 ; Soc., 27 janvier 1999, pourvoi n° 96-44.460). Seul le client lui-même dans l'intérêt duquel est institué le secret en cause peut délier sa banque de ses obligations. L'arrêt a eu l'opportunité d'affirmer ou de rappeler que ce secret s'étend aussi aux mandataires du dit client ou à toute personne autorisée à effectuer des opérations au nom de ce dernier et qu'il ne cesse pas avec son décès et la résiliation du contrat le liant au banquier (Civ. 1ère, 2 juin 1993, Bull. n° 197).

2. Secret bancaire - Diffusion des renseignements figurant au dos du chèque

Chambre commerciale, 8 juillet 2003 (Bull. n° 119)

Si le fait que le client, dans l'intérêt duquel est institué le secret bancaire, puisse y renoncer, ne pose aucun problème lorsque les informations ne concernent que lui-même, il en va différemment lorsque celles-ci concernent aussi un tiers ; la question posée par le pourvoi était celle de savoir si le titulaire du compte sur lequel un chèque a été débité est ou non en droit d'obtenir la copie du verso de ce chèque, où, à la différence du recto (que le banquier ne peut refuser de communiquer dès lors qu'il justifie l'écriture au débit du compte), figurent nécessairement des indications relatives, sinon à l'identité du bénéficiaire dès lors que la plupart des titres ne peuvent être endossés qu'au profit d'une banque ou d'un organisme assimilé, du moins à son identité bancaire, considérée par certaines décisions pénales comme relevant de la protection de la vie privée.

La jurisprudence ayant statué sur le sujet est peu abondante et très divisée, certaines décisions admettant qu'il n'existe pas de secret opposable au bénéficiaire (ou plutôt à ses héritiers, continuateurs de sa personne), par exemple, Juge de la mise en état de Marseille, 26 février 1973 ou Juge des référés Paris, 10 juillet 1991, ou encore, tribunal de commerce Paris

16 mai 1994 qui l'exclut dans les mêmes circonstances, d'autres ayant décidé le contraire, et notamment, référés Paris, 21 mars 1991 et cour d'appel de Nancy, 23 avril 1998 statuant sur renvoi après la cassation du 13 juin 1995.

La chambre commerciale ne s'était, pour sa part, jamais prononcée sur la question précise soumise par le pourvoi ; si, dans un arrêt du 19 juin 1990, Bull. n° 179, elle avait bien admis implicitement qu'il n'y avait pas de secret opposable aux bénéficiaires de celui-ci, l'arrêt n'évoque que la communication de "divers documents" sans préciser s'il s'agit de chèques, qui posent un problème spécifique ; quant à l'arrêt du 13 juin 1995 (Quotidien juridique du 18 juillet 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 ici et pour laquelle la solution ne faisait guère de doute ; malgré les arguments solidement charpentés d'une partie de la doctrine (notamment de Messieurs Cabrillac et Teyssié et de Messieurs Gavalda et Stoufflet qui font valoir, que, d'une façon générale, le secret bancaire ne joue pas entre les parties à une même opération et que les porteurs successifs d'un chèque, même s'ils n'ont pas avec le tireur de rapports extérieurs au titre, sont parties à l'opération et ne devraient donc pas être protégés par le secret à l'égard de celui qui en a été le promoteur et qui ajoutent que ceux qui acceptent 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 encore qu'interdire au tireur de connaître l'intégralité des mentions apposées sur le chèque serait 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), la chambre a pris nettement position pour la thèse contraire soutenue par d'autres auteurs (M. Vasseur, M. Rives-Lange) pour lesquels le tireur n'a 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 qui estiment, qu'en cas de falsification, il appartient au tireur de saisir le juge en protégeant le tiers bénéficiaire du chèque et le secret auquel il peut prétendre. La chambre commerciale était, il est vrai, confortée, par l'avis sollicité officiellement, de la chambre criminelle sur la pertinence de la seconde branche du moyen unique du pourvoi qui posait une question spécifique de droit pénal et à laquelle il n'a finalement pas été utile de répondre.

3. Secret bancaire - Portée à l'égard du client lui-même
Chambre commerciale, 10 décembre 2003 (à paraître)

Cette espèce a donné à la chambre commerciale l'opportunité de préciser que si le client peut délier sa banque de ses obligations, cette faculté n'est cependant pas sans limite, l'établissement étant fondé, malgré la demande de ce client, à retenir des informations le concernant lorsque la loi leur a conféré un caractère confidentiel telles celles qui sont couvertes par le secret de l'instruction.

F. RESPONSABILITÉ BANCAIRE

1. Chèque certifié et falsifié - Obligation générale de prudence et de diligence de la banque

Chambre commerciale, 11 février 2003 (Bull n˚18)

La société X avait livré à la société Y de la marchandise pour un prix global de 836.044 francs contre remise d'un chèque de banque de ce montant, tiré sur la banque Z ; celle-ci devait refuser d'honorer le dit chèque au motif qu'il avait été émis pour un montant de 6.044 francs ultérieurement falsifié ; la société X a assigné en responsabilité la banque Z et la société Y.

Les juges du fond, estimant, par extension de l'assimilation réalisée par l'article 32 du décret du 22 mai 1992, comme par l'article 12-1 du décret-loi du 30 octobre 1935, entre le chèque de banque et le chèque certifié, que les prescriptions du premier de ces textes qui impose d'en porter le montant en toutes lettres et d'utiliser des moyens de marquage ou d'impression offrant toutes garanties de sécurité s'appliquaient et qu'elles n'avaient pas été respectées, ont retenu la responsabilité de l'établissement financier et l'ont condamné à indemniser la société X.

Le pourvoi formé par la banque Z critiquait les motifs relatifs à la faute qui lui avait été ainsi imputée.

La question, dans les termes où elle était posée, était nouvelle et se subdivisait en deux sous-questions, l'une étant de savoir si le chèque de banque doit ou non être assimilé au chèque certifié, l'autre, de déterminer les obligations incombant à la banque qui émet un tel titre de paiement. Répondant implicitement par la négative à la première interrogation, la Cour de cassation a néanmoins approuvé les juges du fond d'avoir retenu la responsabilité de l'établissement de crédit, qui s'était borné à inscrire le montant du chèque ultérieurement falsifié en chiffres sans utiliser de procédé de marquage indélébile, retenant que ce dernier avait à cet égard une obligation alternative : soit il choisissait, comme tout un chacun, de porter le montant du chèque en chiffres et en lettres, soit il avait recours, comme pour les chèques certifiés, à un procédé de marquage indélébile propre à éviter les fraudes.

2. Soutien abusif par personne interposée
Chambre commerciale, 25 mars 2003 (Bull. n° 50)

La société X, spécialisée dans les produits isolants et qui souhaitait développer de nouvelles techniques de fabrication, avait sollicité le concours financier de la société Y, dans l'attente notamment de la mise en place de crédits-baux qui devaient permettre le financement des investissements nécessaires ; le compte qu'elle avait ouvert dans cet établissement en 1986 était ainsi devenu débiteur, le découvert passant de 2.146.000 francs au 1er janvier 1987 à 5.018.000 au 31 décembre 1989, date à partir de laquelle plus aucun mouvement n'y était plus enregistré à l'exception seulement des prélèvements d'agios qui augmentaient encore la créance de la société Y à la somme de 8.981.949,56 francs, le 24 juin 1993. En juin 1992, la société Y prenait l'initiative de faire pratiquer un audit de la société X ; cette étude faisait apparaître "une situation de trésorerie très négative en raison essentiellement du portage en stocks de 15 MF à 18 MF de produits Dipsorb", surstockage lui-même provoqué par des manquements contractuels de la société T (qui a fait l'objet d'une condamnation pour cela dans le cadre d'une autre instance). Alors pourtant que la situation restait inchangée, la Société Y décidait, l'année suivante, de consolider ses encours en accordant, par acte du 4 juin 1993, un prêt de 12.000.000 francs, non pas directement à la société X, mais à sa holding, la société civile Z, détentrice à 85 % du capital de la société X et qui avait pour seuls associés M. J., président du directoire de la société X et son épouse, ce prêt bénéficiant de diverses garanties données personnellement par M. J. ; conformément aux stipulations de l'acte, selon lesquelles la société emprunteuse donnait instruction à la banque d'affecter cette somme au remboursement, en principal, du découvert en compte courant de la filiale, les 3/4 du montant du prêt, soit 9.000.000 francs, étaient portés directement au crédit du compte de la société X qui est devenu créditeur d'une somme de 18.050,44 francs, le surplus (3.000.000 francs) étant versé à la société Z puis viré à hauteur de 2.700.000 francs par cette dernière à la société X les 1er et 2 juillet 1993.

La société X faisait l'objet d'une procédure collective le 10 janvier 1994 ; alléguant un soutien abusif de leur administrée, les mandataires de la procédure faisaient assigner l'établissement de crédit et la société Z en responsabilité et les juges du fond accueillaient la demande en retenant, notamment, qu'en octroyant, à une époque où la situation de la société X était irrémédiablement compromise, le prêt litigieux à la société Z pour qu'il bénéficie à sa filiale, la société Y, qui avait organisé "un montage" destiné à lui permettre de se désengager des encours dont elle était titulaire à l'égard de la société X tout en obtenant des garanties, qu'elle n'avait pas jusque là, de M. J., avait permis à celle-ci de poursuivre pendant encore six mois son activité et d'accroître d'autant son passif.

Le pourvoi principal formé par la Société Y posait la question de savoir si un banquier peut se mettre à l'abri d'une action en responsabilité pour crédit immérité en faisant du soutien par personne interposée.

La faute du banquier dans l'octroi d'un crédit à une entreprise peut être recherchée dans deux directions : elle peut tenir, d'une part, au fait pour un établissement de crédit, d'accorder ou de maintenir son concours financier à une entreprise dont il sait la situation irrémédiablement compromise, d'autre part de refuser ou de s'abstenir de s'informer de la gravité des difficultés patentes d'une entreprise dont il s'avère ensuite qu'elle était dans une telle situation ; il crée ainsi sciemment une apparence trompeuse de solvabilité pour les tiers qui contractent avec cette entreprise. La jurisprudence est bien établie sur ce point (Voir par exemple Jurisclass Banque et crédit fasc 151 et QJ du 28 mai 1996, sous Com du 26 mars 1996). Mais cette faute suppose que le crédit ait vocation à être affecté aux besoins de l'entreprise et cela pose le problème des crédits qui profitent indirectement à celle-ci, ce qui était bien le cas en l'espèce où le prêt litigieux avait été consenti par la société Y, non pas à la société X, ce qui à coup sûr, aurait pu lui être reproché, mais à la société Z, personne morale distincte, même s'il était destiné à sa filiale.

Revenant sur la position qu'elle avait adoptée dans un précédent arrêt qui avait statué dans une hypothèse similaire (Com. 12 novembre 1996, non publié) et où elle avait refusé d'assimiler à un soutien abusif le prêt consenti à deux époux à charge par eux d'en faire bénéficier leur société en situation désespérée, au motif qu'il avait été consenti personnellement aux époux et que ceux-ci avaient pris seuls l'initiative d'injecter les capitaux dans la société, la chambre commerciale a admis qu'un tel comportement du banquier n'était pas tolérable.

Dès lors qu'il était acquis que c'était bien à l'initiative du banquier que le prêt avait été sollicité par la société Z, la destination des fonds étant précisée dans l'acte lui-même, faire seulement supporter le poids de l'opération, dont on imagine bien qu'elle profitait essentiellement à la banque qui se désengageait d'une société en situation irrémédiablement compromise tout en obtenant au passage des garanties qu'elle n'avait pas jusque là, et dont il y avait tout lieu de supposer qu'elle n'avait pas été décidée tout à fait librement par la Société Z, même si celle-ci n'avait jamais évoqué un quelconque vice du consentement, aurait été particulièrement injuste et dangereux, le procédé offrant aux banquiers un moyen de se mettre à l'abri d'une action en responsabilité pour octroi d'un crédit immérité. Ces observations déterminantes ont conduit au rejet du pourvoi principal.

3. Prescription quinquennale - Champ d'application

Chambre commerciale, 24 septembre 2003 (Bull. n° 137)

Troisième partie : la jurisprudence de la Cour

Poursuivi en paiement des sommes qu'il restait devoir sur les nombreux prêts que lui avait consenti la banque Y, M. X avait opposé la prescription de l'article 2277 du Code civil en prétendant qu'elle devait s'appliquer, non seulement aux intérêts et accessoires, mais aussi aux fractions du capital qu'il remboursait selon des termes eux aussi périodiques ; ses demandes ayant été rejetées, il avait formé un pourvoi qui posait la question du champ d'application de cet article 2277.

L'article 2277 du Code civil dispose, rappelons-le, que "se prescrivent par cinq ans, les actions en paiement...des intérêts des sommes prêtées et généralement de tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts". La jurisprudence a progressivement défini la notion de créance à caractère périodique en précisant, qu'outre la périodicité des paiements, l'application de la prescription édictée supposait, d'une part, le caractère déterminé des prestations périodiques, d'autre part, et c'est la condition qui importait pour répondre au moyen, le caractère indéterminé de l'ensemble des prestations périodiques. Le texte est en effet inapplicable dès lors que l'ensemble des prestations périodiques prend l'aspect d'une somme déterminée, que ce caractère déterminé existe dès la naissance de la créance ou qu'il apparaisse ultérieurement, en raison de la survenance d'un événement conduisant à procéder au calcul de l'ensemble des prestations périodiques.

La doctrine justifie cette solution par le fondement même du texte dont l'objectif est d'éviter de ruiner le débiteur. C'est ainsi que pour Aubry et Rau : "il convient de faire jouer la prescription quinquennale dans tous les cas où sont prévus des paiements à périodicité annuelle ou plus courte, sous réserve de l'hypothèse où c'est une somme en capital qui doit être payée en une série d'échéances également espacées", car, il n'y a pas, dans ce cas "le risque de surcharge ruineuse du débiteur par l'accumulation de dettes de sommes normalement payées au moyen des revenus", Mme Topor (RTD civ 1986, p. 5) estimant, quant à elle, que "les droits de créance portant sur des prestations périodiques qui apparaissent, dès l'origine, comme des fractions d'une somme globale, ont été analysés comme des droits de créance d'un capital payable périodiquement ou encore, si l'on préfère, comme des droits de créance ayant pour objet des fractions de capital et ont, par suite, été exclus du domaine d'application de l'article 2277 du Code civil". Ajoutons que si certaines décisions peuvent être interprétées comme traduisant une certaine évolution de la conception évoquée ci-avant en ce sens que la nécessité de l'indétermination de l'ensemble des prestations périodiques pourrait avoir été abandonnée (?) dans certains cas (civ. 1ère, 18 juin 1980 et soc. 29 janvier 1981), le principe selon lequel les droits de créance d'un capital payable périodiquement sont exclus de la prescription quinquennale n'a, quant à lui, jamais été remis en cause (ex Civ.1ère, 23 novembre 1965 et Com., 3 juin 1998 a contrario).

Ces observations devaient évidemment conduire au rejet du grief qui avait été articulé de ce chef.

4. Responsabilité du commissaire aux comptes et préjudice subi par la caution

Chambre commerciale, 24 septembre 2003 (Bull. n° 136)

Dans cette espèce originale, la caution qui se plaignait d'avoir dû exécuter les engagements qu'elle avait souscrits à l'égard de la banque X en suite des concours apportés par celle-ci à la société dont elle-même était associée et administrateur, recherchait, non seulement et très classiquement, la responsabilité de la banque en prétendant qu'elle avait pratiqué du soutien abusif, mais aussi, et c'est là l'intérêt de l'arrêt, celle du commissaire aux comptes auquel elle reprochait des négligences ayant pu induire le prêteur en erreur quant à la solvabilité de la société. Les juges du fond ne l'avaient pas admis, estimant qu'il n'existait pas de lien de causalité entre l'activité de ce commissaire aux comptes et le préjudice exclusivement consécutif, selon eux, à la politique des administrateurs en matière de crédit. L'arrêt est cassé pour ne pas avoir recherché si, précisément, ces négligences avérées n'avaient pas joué un rôle dans la décision d'octroi des crédits et donc en définitive, dans le préjudice de la caution.

G. CESSIONS DE CRÉANCES PROFESSIONNELLES

1. Date d'opposabilité de la cession aux tiers

Chambre commerciale, 26 novembre 2003 (à paraître)

Cette espèce a été l'occasion pour la chambre commerciale de rappeler que c'est à la date portée sur le bordereau que la cession de créances professionnelle, régie par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 aujourd'hui codifiée, prend effet entre les parties et est opposable aux tiers et que, par corollaire, les créances étant, à cette même date, sorties du patrimoine du cédant, elles ne sont plus susceptibles d'être appréhendées par un créancier de celui-ci. Ces quelques principes élémentaires de la cession de créances professionnelles avaient été perdus de vue par les juges du fond qui avaient estimé que le débiteur cédé avait pu, postérieurement à la notification de cession qui lui avait été adressée, effectuer un paiement libératoire entre les mains du créancier dès lors que la saisie attribution avait été pratiquée antérieurement à la réception de cette notification ; or, la saisie, pratiquée sur une créance qui était sortie du patrimoine du débiteur 6 jours auparavant, était parfaitement inefficace et l'arrêt ne pouvait évidemment échapper à la censure.

2. Production des bordereaux de cession de créance - Impossibilité matérielle

Chambre commerciale, 25 février 2003 (Bull n° 27)

Dans cette espèce, la chambre commerciale a rappelé toute la portée du formalisme de la cession de créances professionnelles.

Pour s'opposer à la demande en paiement formée contre lui par une société d'affacturage, cessionnaire de diverses créances, le débiteur cédé avait fait valoir que certains des bordereaux de cession, détruits dans un incendie, n'ayant pas pu être produits, les cessions correspondantes n'étaient pas justifiées. Les juges du fond étaient passés outre cette objection en se référant au principe de la liberté de la preuve en matière commerciale et avaient estimé qu'en l'état des pièces produites, la preuve de la cession était suffisamment rapportée. Mais comment concilier cette solution avec le rigorisme et le formalisme de la cession de créance professionnelle ? Alors qu'un bordereau où manque une des mentions exigées par la loi ne vaut pas, la solution est constante, comme bordereau Dailly, il aurait été véritablement paradoxal d'admettre qu'une cession Dailly puisse être opposable aux tiers et notamment au débiteur cédé, malgré l'absence de bordereau, même si le cessionnaire, comme en l'espèce, justifie d'une impossibilité matérielle, le bordereau ayant été détruit dans l'incendie de sa société d'archivage.

Selon M. Stoufflet (Jurisclasseur Banque et crédit, fasc 570, n° 29), en l'absence de bordereau régulier (et a fortiori, de bordereau tout court), la cession ne peut être opposable aux tiers que si les formes du droit commun ont été observées, ce qui n'est évidemment jamais le cas ; l'acte peut alors être considéré, toujours selon cet auteur, comme une convention de cession valable entre les parties mais inopposable aux tiers et notamment au débiteur cédé faute de signification. Ces observations ont emporté la conviction de la chambre et conduit à la cassation prononcée.

H. PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

1. Marques

a) Dépôt d'une demande d'enregistrement de marque - Opposition - Décision - Recours - Participation du directeur de l'INPI aux débats devant la cour d'appel
Chambre commerciale, 17 juin 2003 (Bull. n° 102)
Chambre commerciale, 26 novembre 2003 (pourvoi n° 00-21.537, à paraître)

La participation du directeur de l'Institut de la propriété industrielle aux débats suivis devant une cour d'appel saisie d'un recours contre une décision qu'il a rendue, résultant des dispositions de l'article L. 411-4 du Code de la propriété intellectuelle, une partie n'est pas recevable à invoquer devant la Cour de cassation la violation de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors qu'elle s'est abstenue de le faire devant la cour d'appel.

b) Dépôt d'une demande d'enregistrement de marque - Opposition - Décision - Recours - Cour d'appel - Étendue de ses pouvoirs
Chambre commerciale, 26 novembre 2003 (pourvoi n° 02-12.444, à paraître)

La cour d'appel, saisie d'un recours formé contre une décision du directeur de l'Institut national de la propriété industrielle, statuant en matière de droits de la propriété industrielle, ne peut que rejeter le recours ou annuler la décision déférée, sans pouvoir y substituer sa propre décision ni même statuer sur une demande reconventionnelle en annulation de la marque antérieurement déposée.

c) Contrefaçon de marque par reproduction - Article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle - Directive CE n° 89/104 du 21 décembre 1988.

Chambre commerciale, 26 novembre 2003, 4 arrêts (pourvoi n˚00-18.546, n˚00-18.047, n˚00-20.923, n˚01-11.593, à paraître)

Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (arrêt LTJ diffusion du 21 mars 2003, n˚ C-291 /00), l'article 5 § 1 sous a) de la première directive 89/104/CEE du Conseil doit être interprétée en ce sens "qu'un signe est identique à la marque lorsqu'il reproduit, sans modification ni ajout, tous les éléments constituant la marque ou lorsque, considéré dans son ensemble, il recèle des différences si insignifiantes qu'elles peuvent passer inaperçues aux yeux d'un consommateur moyen".

Dans les trois premiers arrêts, la chambre commerciale a cassé pour manque de base légale, les arrêts des cours d'appel qui, après avoir constaté que le signe litigieux n'était pas identique à la marque faute de reproduire sans modification ni ajout tous les éléments la constituant, n'avait pas recherché si, considéré dans son ensemble, il recélait des différences si insignifiantes qu'elles pouvaient passer inaperçues aux yeux du consommateur moyen.

Dans le dernier arrêt, la chambre commerciale a rejeté le moyen, la cour d'appel ayant, à bon droit, retenu que la reproduction d'une marque au sens de l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle s'entendait d'une reproduction à l'identique sans adjonction.

2. Dessins et modèles

Saisie-contrefaçon - Conditions - Assignation au fond - Délai
Chambre commerciale, 3 juin 2003 (Bull. n˚91)

Aux termes de l'article L. 52l-1 du Code de la propriété intellectuelle, une partie s'estimant lésée peut faire procéder à la description détaillée avec ou sans saisie des objets incriminés, en vertu d'une ordonnance rendue par le président du tribunal de grande instance ; à défaut par le requérant de s'être pourvu au fond dans le délai de quinzaine, la description ou saisie est nulle de plein droit.

En l'espèce, s'agissant de la première saisie-contrefaçon, l'assignation au fond est intervenue après expiration du délai imparti. Pour déclarer valable la première saisie, alors que le requérant s'était pourvu au fond après expiration du délai prévu à l'article L. 521-1, la cour d'appel a retenu que celui-ci avait été autorisé par ordonnance à faire procéder à des opérations de saisie dans quatre endroits différents et que l'huissier avait épuisé sa saisine lors de la dernière constatation, qui fixait le point de départ du délai d'assignation.

La chambre commerciale a cassé cet arrêt au motif que, même dans le cas où plusieurs saisies sont autorisées par une même ordonnance, chacune d'elles constitue une saisie-contrefaçon distincte faisant courir le délai imposé au requérant pour se pourvoir au fond.

3. Nom commercial

Nom patronyme - Apport en société à titre de dénomination sociale - Utilisation à titre de marque - Consentement du fondateur
Chambre commerciale, 6 mai 2003 (Bull. n° 9)

Le chef cuisinier d'un restaurant auquel un guide gastronomique avait accordé une distinction, a constitué avec deux autres associés une société en vue de promouvoir les produits de sa ligne, la société prenant comme dénomination sociale son patronyme ; la société a déposé à titre de marques le nom patronymique sans autorisation de l'associé fondateur concerné ; celui-ci a poursuivi la société en nullité des dépôts effectués en fraude de ses droits. La cour d'appel, appliquant les principes posés par l'arrêt "Bordas" (Com., 12 mars 1985, Bull. n° 95) a rejeté la demande, estimant qu'il avait perdu l'usage de son patronyme qui était devenu, par l'insertion dans les statuts de la société, un signe distinctif s'étant détaché de la personne physique pour s'appliquer à la personne morale qu'il distingue et devenir un objet de propriété incorporelle.

La chambre commerciale a cassé l'arrêt de la cour d'appel au motif que le consentement donné par un associé fondateur, dont le nom est notoirement connu, à l'insertion de son patronyme dans la dénomination d'une société exerçant son activité dans le même domaine, ne saurait, sans accord de sa part et en l'absence de renonciation expresse ou tacite à ses droits patrimoniaux, autoriser la société à déposer ce patronyme à titre de marque pour désigner les mêmes produits ou services.

I. TRANSPORTS

1. Droit maritime - Abordage - Collision entre jet-skis - Application des règles de la responsabilité délictuelle (non)

Chambre commerciale, 5 novembre 2003 (à paraître)

Saisie en référé-provision par la victime conductrice d'un jet ski qui avait été percuté par un autre jet-ski, une cour d'appel a accordé une provision qu'elle a considérée comme non sérieusement contestable au regard des règles de la responsabilité civile. L'arrêt est cassé au motif que seules les règles relatives à l'abordage, lesquelles consacrent une responsabilité pour faute prouvée, doivent trouver application. La nature particulière des jet-skis ne les fait pas échapper aux règles particulières du droit maritime.

2. Transports terrestres - Marchandises - Contrat de transport - Application de l'article L. 132-8 du Code de commerce

Chambre commerciale, 4 février 2003 (Bull n˚16)
Chambre commerciale, 17 décembre 2003 (pourvoi n˚ 02-12.891, à paraître)

La chambre commerciale a été amenée à appliquer à plusieurs reprises l'article L. 132-8 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi Gayssot du 6 juillet 1998. Le transporteur ne peut se voir opposer par le destinataire vis-à-vis duquel il exerce ce que la loi appelle une action directe le fait que ce dernier se soit déjà acquitté du fret entre les mains d'un commissionnaire de transport. De la même manière, peu importe que le transporteur ait ou non déclaré sa créance entre les mains de son donneur d'ordre.

3. Transports terrestres - Marchandises - Contrat de transport - Action contre le transporteur - Prescription - décisions diverses

Chambre commerciale, 13 mai 2003 (Bull n˚8)
Chambre commerciale, 24 septembre 2003 (Bull n˚146)
Chambre commerciale, 18 février 2003 (Bull n˚25)

Postérieurement au délai de prescription annale de l'article L 133-6 du Code de commerce, une société venderesse de marchandise qui entendait se faire payer par son acheteur, a assigné, sur le fondement de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, la société qu'elle a prétendu avoir chargée des acheminements. La cour d'appel n'a pas considéré l'action prescrite. La Cour de cassation a approuvé la décision en énonçant que l'action purement probatoire fondée sur l'article 145 du nouveau Code de procédure civile n'était pas une action née du contrat de transport au sens de l'article L. 133-6 du Code de commerce. (1er arrêt).

La chambre commerciale a confirmé sa jurisprudence selon laquelle les actions nées de la commission de transport sont prescrites dans le délai d'un an de l'article L. 133-6 du Code de commerce (2ème arrêt).

Le droit des transport est régulièrement confronté à la situation de sociétés liées par une multiplicité de petites expéditions, dites "tournées". Cette particularité ne fait pas l'objet d'une règlement spécifique. Ainsi, une cour d'appel qui avait fait courir le délai de prescription à l'encontre du transporteur à la date à laquelle les relations commerciales avaient été dénoncées par le donneur d'ordre a vu sa décision censurée au visa de l'article L. 133-6 du Code de commerce au motif que le délai de prescription est compté du jour où la marchandise a été remise ou offerte au destinataire (3ème arrêt).

4. Transports terrestres - Marchandises - Responsabilité - Remise de la marchandise au destinataire - Expédition contre remboursement - Délivrance contre remise d'une lettre de change
Chambre commerciale, 8 juillet 2003 (Bull n°133)

En confirmant une jurisprudence antérieure du 19 mars 1985, la chambre commerciale a rappelé que conformément au contrat-type messagerie - applicable à défaut de stipulations contraire - le transporteur, tenu à une livraison contre remboursement, ne pouvait se faire remettre que des espèces ou un chèque. Elle a cassé une décision qui avait considéré que le transporteur avait valablement rempli son obligation en se faisant remettre une lettre de change.

5. Transports terrestres - Livraison - Définition - Remise à l'ayant droit
Chambre commerciale, 11 juin 2003 (Bull n°98)

La livraison met fin au contrat de transport. Le contentieux est abondant quant à la détermination de l'instant de la livraison. La chambre a été amenée à confirmer sa jurisprudence selon laquelle la livraison doit s'entendre de la remise physique de la marchandise au destinataire ou à son représentant qui l'accepte.

6. Transport maritime - Acconier - Responsabilité extracontractuelle - Dommage corporel - Prescription
Chambre commerciale, 1er avril 2003 (Bull n°54)

Une entreprise de manutention portuaire avait blessé une personne à l'occasion du déchargement d'un navire. Les ayant droit de la victime ont actionné le manutentionnaire plus d'un an après le dommage. Les juges du fond

ont déclaré l'action prescrite par application de l'article 56 de la loi du 18 juin 1966. La Cour de cassation a censuré la décision au visa de l'article 2270-1 du Code civil. S'agissant d'une action extracontractuelle pour dommage corporel, elle se prescrit par dix ans à compter de la manifestation du dommage.

7. Transports maritimes - Marchandises - Action du transporteur contre le destinataire - Dommage subi lors de l'accostage - Origine - Contrat de transport - Effets
Chambre commerciale, 24 septembre 2003 (Bull. n° 145)

Doit-on appliquer les règles de la responsabilité délictuelle ou celles du contrat de transport au litige opposant un transporteur maritime au destinataire dont les installations portuaires ont été endommagées par le navire lors de l'accostage ? La Cour de cassation, censurant une décision qui avait considéré que devaient s'appliquer les règles de la responsabilité délictuelle, a affirmé que seules devaient s'appliquer les règles du contrat de transport dans la mesure où le dommage a son origine dans l'exécution du contrat de transport.

8. Transports aériens - Lettre de transport aérien - Mention - Transporteur - Signature ou timbre - Recherche nécessaire
Chambre commerciale, 4 mars 2003 (Bull. n° 38)

La chambre commerciale a eu l'occasion de rappeler que pour valoir lettre de transport aérien, un document doit être signé par le transporteur. A défaut, un timbre humide du transporteur doit y être apposé. Une cour d'appel, qui avait considéré qu'un document seulement rédigé à en-tête de celui qui s'était prétendu transporteur aérien était une lettre de transport aérien, a vu sa décision censurée au visa de l'article 6-4 de la Convention de Varsovie. L'affaire a été l'occasion pour la chambre commerciale de raviver une jurisprudence de 1961 en énonçant à nouveau qu'un texte dactylographié ne saurait être considéré comme une signature, sauf à établir que la partie à laquelle on l'oppose l'a elle-même dactylographié et qu'il est son oeuvre matérielle et intellectuelle.

J. VENTE

1. Vente au déballage - Qualification

Chambre commerciale, 24 septembre 2003 (Bull. n˚148 et 149)

Par ces deux décisions, la chambre commerciale a été amenée à apprécier les critères de la vente au déballage envisagés par la loi du 5 juillet 1996 et codifiés à l'article L. 310. 2 du Code de commerce. Des ventes, effectuées par une usine, dans l'un de ses entrepôts, constituent-elles des ventes au déballage ? Une cour d'appel, pour les considérer comme telles, a retenu qu'il n'existait aucune fixité quant aux produits vendus et que le local n'avait fait l'objet d'aucune autorisation administrative préalable. De tels motifs sont censurés. La chambre commerciale rappelle que des ventes au déballage supposent des ventes effectuées sur des emplacements non destinés à la vente au public de ses marchandises. Aucun de ces motifs ne permet d'apprécier si l'entrepôt était un emplacement destiné ou non à la vente de marchandises.

De la même manière peu importe que les statuts de la société sur lesquels des ventes ont été effectuées ne l'autorisent pas directement à exercer une activité commerciale pour que soit écartée la qualification de vente au déballage. Il appartenait aux juges du fond de rechercher si les ventes avaient été effectuées dans des locaux ou sur des emplacements non destinés à la vente au public et, dans l'affirmative, de vérifier l'existence d'une autorisation administrative préalable.

2. Vente - Délivrance - Inexécution - Chose non conforme

Chambre commerciale, 8 juillet 2003 (Bull n˚134)
Chambre commerciale, 23 septembre 2003 (pourvoi n˚01-16.107)

La chambre commerciale a rendu un arrêt intéressant quant à la distinction entre vices cachés et défaut de conformité. Une société qui commercialise du mobilier s'était fournie en ouate synthétique auprès d'un fournisseur. Ce dernier a modifié la composition de son produit de sorte que ses qualités initiales ne se sont pas retrouvées dans les derniers éléments livrés. L'acheteur a prétendu à un défaut de conformité. Le vendeur à d'éventuels vices cachés et partant à la forclusion de l'action. La chambre commerciale a approuvé la cour d'appel d'avoir considéré que la société venderesse avait manqué à son obligation de délivrance d'un produit conforme à une commande inchangée depuis l'origine.

Appelée à apprécier la charge de la preuve d'un défaut de conformité (ou vice caché, la Convention ne distinguant pas) affectant une marchandise vendue dans le cadre d'une vente internationale soumise à la Convention de Vienne du 11 avril 1980, la chambre commerciale a énoncé que c'était à

l'acheteur qui se prévaut de la non-conformité de la marchandise vendue d'en apporter la preuve.

3. Vente parfaite - Usages
Chambre commerciale, 13 mai 2003 (Bull n° 82)

La vente est parfaite dès lors que les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix. En matière commerciale, l'usage, pourvu qu'il concerne des professionnels exerçant dans le même secteur d'activité, a vocation à régir la convention. La chambre commerciale a rendu un arrêt mettant en oeuvre ces deux principes. Suivant un usage dont les juges du fond avaient apprécié l'existence et la portée, l'établissement et l'envoi par un courtier en vins au vendeur et à l'acheteur d'une "lettre de confirmation", sans qu'il y ait de leur part un accord formel, équivalait à une vente parfaite, sauf protestation dans un très bref délai à la lettre du courtier. Une cour d'appel a été approuvée, au vu de cet usage et de ces circonstances, d'avoir considéré la vente parfaite en dépit d'aucun autre élément caractérisant l'acceptation des parties.

4. Contrat d'entreprise - Contrat de déménagement - Différence avec le contrat de transport
Chambre commerciale, 1er avril 2003 (Bull n° 52)

En l'état de la législation actuelle, la chambre commerciale a confirmé sa jurisprudence des 3 avril 2001 (Bull. n° 70) et 11 juin 2002 (Bull. n° 102) qui a extrait le contrat de déménagement du contrat de transport pour le qualifier de contrat d'entreprise.

K. IMPÔTS ET TAXES

1. Impôts et taxes - Recouvrement (règles communes) - Juge de l'exécution - Compétence - Taxe sur la valeur ajoutée - Obligation de payer - Existence (non)
Chambre commerciale, 11 mars 2003 (Bull. n° 39)

En matière de contentieux du recouvrement, la compétence des juridictions judiciaires ou administratives est régie par les dispositions des articles L. 281 du Livre des procédures fiscales et L. 199 du même Livre.

L'article L. 281 du Livre des procédures fiscales précise en effet que les recours contre les décisions prises par l'administration sur les contestations relatives au recouvrement sont portées devant le juge de l'exécution lorsque celles-ci portent sur la régularité en la forme de l'acte, et devant le juge de l'impôt tel qu'il est prévu à l'article L. 199, lorsque celles-ci portent sur

l'existence de l'obligation de payer, le montant de la dette compte tenu des paiements effectués, et sur l'exigibilité de la somme réclamée.

Une société étrangère, à l'encontre de laquelle un avis à tiers détenteur avait été délivré pour obtenir paiement d'une somme due au titre de la taxe sur la valeur ajoutée, avait saisi le juge de l'exécution, puis la cour d'appel, pour obtenir l'annulation de cet avis, en faisant valoir que son représentant fiscal en France, à qui elle avait fourni les documents et moyens de procéder aux déclarations et au paiement de la taxe sur la valeur ajoutée, était seul redevable légal de cet impôt.

Examinant le pourvoi de cette société, dont la demande n'avait pas été accueillie, la chambre commerciale a été amenée à relever d'office le moyen pris de l'incompétence du juge judiciaire, après avoir observé que la contestation étant relative à l'existence de l'obligation de payer, elle relevait de la compétence du juge de l'impôt, qui, s'agissant de la taxe sur la valeur ajoutée, est le juge administratif.

2. Enregistrement - Droits de mutation - Société - Dispositions générales - Apport - Exonération - Conservation des titres - Rupture - Réduction du nominal
Chambre commerciale, 25 mars 2003 (Bull. n° 52)

En application de l'article 810-III du Code général des impôts, les apports faits à une personne morale passible de l'impôt sur les sociétés par une personne non soumise à cet impôt bénéficient d'un régime fiscal de faveur lorsque l'apporteur s'engage à conserver pendant un certain délai les titres remis en contrepartie de l'apport.

En principe, les droits d'enregistrement applicables à ce type d'opérations, lorsqu'elles ont pour objet un immeuble ou des droits immobiliers, sont ceux dont relèvent les mutations à titre onéreux.

Dans la version de ce texte applicable en la cause, le taux en vigueur était de 8,60% tandis que l'opération réalisée dans les conditions justifiant le régime de faveur donnait lieu au paiement d'un droit fixe de 500 francs.

Un exploitant à titre individuel d'une propriété viticole avait constitué une société anonyme à laquelle il avait fait divers apports en nature, plantations, immeubles et matériel viticole, en contrepartie desquels il avait obtenu des actions de la nouvelle société.

Ayant souhaité par la suite réduire le capital de la société, l'exploitant avait suivi la proposition de la société d'expertise-comptable chargée de le

conseiller d'obtenir de l'assemblée générale l'annulation de 1500 actions lui appartenant.

Un redressement fiscal lui a été notifié au motif que l'engagement de conservation des titres n'avait pas été respecté.

Devant les juges du fond, l'intéressé et la société anonyme demandaient à la société d'expertise-comptable la réparation du préjudice né du redressement fiscal attribué à la violation par celle-ci de son obligation de conseil.

Ils soutenaient notamment que le redressement fiscal aurait été évité si la réduction du capital social avait été opérée par réduction du nominal des titres et non par annulation de ceux-ci.

La cour d'appel a estimé que la question de savoir si la réduction du capital de la société devait être réalisée par réduction du nominal des titres ou par annulation des titres était sans incidence sur l'appréciation de la cause du redressement fiscal.

La chambre commerciale prononce la cassation de l'arrêt, jugeant que ne constitue pas la violation de l'engagement de conservation des titres prévu par l'article 810-III du Code général des impôts la réduction du capital d'une société anonyme par réduction de la valeur nominale des actions sans réduction de leur nombre.

3. Enregistrement - Droits de mutation - Mutation à titre gratuit - Succession - Passif déductible - Dettes du défunt - Intérêts de retard imputables aux ayants droit

Chambre commerciale, 23 avril 2003 (Bull. n° 58)

Il résulte de l'article 768 du Code général des impôts que, pour la liquidation des droits de mutation par décès, les dettes à la charge du défunt sont déduites de l'actif successoral lorsqu'elles existent au jour de l'ouverture de la succession.

Selon les articles 885 W-III et 204-2 du même code, en cas de décès du redevable de l'impôt de solidarité sur la fortune, l'obligation de déclaration de la fortune incombe à ses ayants droit.

En conséquence, les héritiers qui n'ont pas satisfait à leur obligation de déclaration ne peuvent pas prétendre à la déduction de l'actif successoral des intérêts de retard ayant ainsi couru, de leur fait, postérieurement au décès du

redevable de l'impôt. Ces intérêts ne constituaient pas des dettes existant au jour de la succession.

4. Enregistrement - Droits de mutation - Mutation à titre onéreux de meubles - Cession de bail - Conventions visées - Crédit-bail immobilier - Cession

Chambre commerciale, 23 avril 2003 (Bull. n˚59)

En application de l'article 725 alinéa 1er du Code général des Impôts, toute cession d'un droit à un bail ou du bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble, quelle que soit la forme qui lui est donnée par les parties, qu'elle soit qualifiée cession de pas de porte, indemnité de départ ou autrement, est soumise à un droit d'enregistrement.

Une société, qui avait cédé un contrat de crédit bail immobilier à une autre, et s'était vue notifier, sur le fondement de ce texte, un redressement de droits d'enregistrement calculé sur une partie du prix de cession du contrat représentant le droit de jouissance des locaux, a porté le litige devant les juges.

La cour d'appel a estimé que le rappel de droits d'enregistrement n'était pas fondé au motif que le contrat de crédit-bail immobilier ne conférait au preneur aucun droit à un bail, et que le prix de cession de ce contrat ne pouvait être affecté artificiellement à un droit d'occupation des lieux qui n'existe pas, et qui n'a, par conséquent, pas valeur patrimoniale.

La chambre commerciale a cassé cette décision en affirmant que le contrat de crédit-bail immobilier s'analysait comme une location suivie, le cas échéant, d'une cession, reprenant ainsi une formulation qu'elle avait déjà utilisée dans un précédent arrêt du 7 avril 1998 qui n'avait pas été publié.

5. Enregistrement - Droits de mutation - Mutation de jouissance - Bail d'immeuble - Publicité foncière - Conventions visées - Crédit-bail immobilier

Chambre commerciale, 23 avril 2003 (Bull. n˚60)

L'article 742 du Code général des Impôts prévoit que les baux à durée limitée d'immeubles faits pour une durée supérieure à douze années sont soumis à la taxe de publicité foncière.

En application de ce texte, l'administration fiscale avait notifié un redressement à une société qui s'était fait consentir un crédit bail sur un immeuble pour une durée de quinze ans sans publier celui-ci à la conservation des hypothèques.

Les juges du fond n'ayant pas accueilli la contestation de ce redressement par la société, celle-ci faisait valoir devant la chambre commerciale que ni les dispositions de l'article 742 du Code général des impôts, ni aucune autre disposition du même Code ne soumettaient expressément le contrat de crédit-bail immobilier à la taxe de publicité foncière, et que la convention de crédit-bail était une institution sui generis, qui avait pour seul objet l'acquisition d'un immeuble par celui qui s'oblige à faire des versements échelonnés sur la durée du contrat, et non de faire jouir ce dernier d'une chose pendant un certain temps au sens de l'article 1709 du Code civil.

La chambre n'a pas suivi cette argumentation et a rejeté le pourvoi en affirmant, comme dans un autre arrêt du même jour (Bull n° 59), que le contrat de crédit-bail immobilier s'analyse comme une location suivie, le cas échéant, d'une cession.

6. Enregistrement - Taxe sur les conventions d'assurance - Convention imposable - Assiette - Prime - Majoration pour paiement fractionné

Chambre commerciale, 8 juillet 2003 (Bull. n°130)

Aux termes de l'article 991 du Code général des impôts, toute convention d'assurance conclue avec une société ou compagnie d'assurances ou avec tout autre assureur français ou étranger est soumise, quels que soient le lieu et la date auxquels elle est ou a été conclue, à une taxe annuelle et obligatoire. Ce texte précise que la taxe est perçue sur le montant des sommes stipulées au profit de l'assureur et de tous accessoires dont celui-ci bénéficie directement ou indirectement du fait de l'assuré.

La chambre commerciale a jugé que devait être soumise à cette taxe sur les conventions d'assurance, en tant qu'elle constitue un accessoire des sommes stipulées au profit de l'assureur, au sens de l'article 991, alinéa 2, la majoration d'une prime d'assurance pour paiement fractionné de celle-ci calculée en fonction de son montant et mise à la charge de l'assuré.

7. Enregistrement - Impôt de solidarité sur la fortune - Biens professionnels - Société par actions - Fonctions - Rémunération - Seuil de moitié - Conditions - Fonctions exercées au 1er janvier de l'année d'imposition

Chambre commerciale, 13 novembre 2003 (à paraître)

L'article 885 A du CGI prévoit que les biens professionnels ne sont pas pris en compte dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune. Il précise

que les conditions d'assujettissement à cet impôt sont appréciées au 1er janvier de chaque année.

Le bénéfice de cette exonération est reconnu par l'article 885 O bis du Code général des impôts aux parts et actions de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés à la condition que leur propriétaire, s'il est dirigeant d'une société par actions, exerce les fonctions de président, directeur général, président du conseil de surveillance ou de membre du directoire de la société.

Le même texte subordonne l'exonération à la condition que ces fonctions soient effectivement exercées et donnent lieu à une rémunération normale représentant plus de la moitié des revenus à raison desquels l'intéressé est soumis à l'impôt sur le revenu.

Les fonctions exercées comme le niveau de la rémunération perçue peuvent cependant varier dans le temps.

Un contribuable avait ainsi exercé successivement et au cours de la même année deux types de fonctions de direction d'une société anonyme. En sa qualité de président de conseil d'administration puis de directeur général il était admis à invoquer la nature de biens professionnels des titres qu'il détenait.

Mais l'exercice de ses fonctions de directeur général ne donnait lieu à aucune rémunération.

Saisie de la demande du contribuable tendant à obtenir que ses titres ne soient pas pris en compte dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune, la cour d'appel l'avait accueillie au motif que la rémunération perçue au titre de ses fonctions de président de conseil d'administration, au début de l'année précédant l'année d'imposition, avait atteint le niveau légal.

La chambre commerciale a cassé l'arrêt déféré en relevant qu'au 1er janvier de l'année d'imposition, l'intéressé n'occupait plus les fonctions de président du conseil d'administration pour lesquelles il percevait la rémunération suffisante constatée par les juges du fond mais celles, non rémunérées, de directeur général.

Il convient donc de se placer au 1er janvier de l'année d'imposition pour apprécier l'existence de la condition de rémunération, conformément à l’article 885 A du CGI.

8. Enregistrement - Impôt de solidarité sur la fortune - Biens professionnels - Société par actions - Fonctions - Nomination - Régularité - Nécessité

Chambre commerciale, 26 novembre 2003 (à paraître)

L'article 885 A du CGI prévoit que les biens professionnels ne sont pas pris en compte dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune.

Le bénéfice de cette exonération est reconnu par l'article 885 O bis du Code général des impôts aux parts et actions de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés à la condition que leur propriétaire, s'il est dirigeant d'une société par actions, exerce les fonctions de président, directeur général, président du conseil de surveillance ou de membre du directoire de la société.

La chambre commerciale avait déjà jugé, dans un arrêt du 9 mars 1999 (Bull. n° 58), que l'énumération de l'article 885 O bis était limitative et que le titre de directeur général adjoint n'y figurant pas, l'exercice de ces fonctions n'ouvrait pas droit au bénéfice de l'exonération.

Elle réaffirme l'interprétation stricte donnée à ce texte en jugeant que les parts et actions de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés ne peuvent être considérées comme des biens professionnels que si leur propriétaire a fait l'objet d'une nomination régulière. Tel n'était pas le cas en l'espèce, où la contribuable se prévalant du bénéfice de l'exonération, exerçant les fonctions de directrice générale, n'avait pas été nommée à ces fonctions dans les conditions de l'article 115 de la loi du 24 juillet 1966. Les titres qu'elle détenait ne pouvaient dès lors être qualifiés de biens professionnels.

L. PROTECTION DES CONSOMMATEURS

1. Crédit à la consommation - Défaillance de l'emprunteur - Action - Délai de forclusion - Point de départ - Ouverture de crédit reconstituable - Date de la première échéance impayée non régularisée - Portée

(Assemblée plénière, 6 juin 2003, Bull. n° 6 ; BICC n° 581, p. 7, rapport de Mme Gabet et avis de M. Benmakhlouf)

Une "*offre préalable de crédit utilisable par fractions et assortie d'une carte de crédit*" avait été acceptée par Mme Bauer, qui pouvait disposer "*d'un découvert maximum autorisé*" avec règlement mensuel, en cas d'utilisation, égal à 5% du découvert et intérêt calculé au taux de 19,92%. Mme Bauer a cessé tout paiement et la société l'a fait assigner après avoir prononcé la déchéance du terme.

Par jugement du 30 mars 1995 le tribunal d'instance a déclaré l'action forclose pour avoir été formée plus de deux ans après le premier incident de paiement non régularisé.

Sur pourvoi de la société de crédit, la première chambre, par un arrêt du 9 mars 1999 (Bull. n° 85), a cassé le jugement. Par jugement du 8 mars 2001 le tribunal d'instance du 12° arrondissement de Paris a déclaré l'action forclose en retenant que le point de départ du délai de forclusion était le premier impayé non régularisé.

A côté du prêt traditionnel et du découvert bancaire, le "*crédit utilisable par fractions*", ou "*crédit renouvelable*" ou "*crédit permanent*" encore connu sous les vocables de "*crédit revolving*" ou de "*compte reconstituable*" s'est considérablement développé au cours des dernières décennies pour représenter 20% de l'encours des crédits de trésorerie des ménages.

Après plusieurs modifications, l'article L. 311-37 du Code de la consommation a énoncé que l'action en paiement engagée à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur (loi Murcef n° 2001-1168 du 11 décembre 2001) devait être formée dans les deux ans de l'événement qui lui avait donné naissance, à peine de forclusion.

L'arrêt du 9 mars 1999 avait retenu que "*dans le cas d'une ouverture de crédit consentie sous forme d'un découvert en compte reconstituable*", le délai biennal commençait à courir "*à compter de la date à laquelle prend fin l'ouverture de crédit*".

Deux solutions s'opposaient clairement : celle appliquée par de nombreux juges d'instance qui retenaient le premier impayé non régularisé et celle de la première chambre civile selon laquelle le point de départ était constitué par la clôture du compte.

L'arrêt du 6 juin 2003 met un terme à toute hésitation : "*le délai biennal prévu par l'article L. 311-37 du Code de la consommation court, dans le cas d'une ouverture de crédit reconstituable et assortie d'une obligation de remboursement à échéances convenues, à compter de la première échéance impayée non régularisée*".

La notion de compte disparaît et celle de crédit est consacrée. L'échéance impayée non régularisée, critère mécanique et objectif, l'emporte sur la clôture du compte, acte discrétionnaire.

2. Surendettement - Décision de la commission - Recours - Principe de la contradiction
2ème Chambre civile, 30 avril 2003 (Bull. n° 125)

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt ci-dessus introduisait la question du respect du principe de la contradiction lorsque le juge est saisi d'un recours contre une décision rendue par une commission de surendettement sur la recevabilité d'une demande d'élaboration d'un plan conventionnel de redressement. Il résulte en effet de l'article R. 331-8 du Code de la consommation, que si, dans un tel cas, la juridiction n'est pas obligée de tenir une audience à laquelle elle inviterait les parties à se présenter, elle doit néanmoins statuer après leur avoir demandé leurs observations, ce dans le respect du principe de la contradiction en application de l'article 16 du nouveau Code de procédure civile. Compte tenu des difficultés pratiques que peut suscitée la communication des observations des parties, l'arrêt précité précise que le juge est tenu de s'assurer que chaque partie a été en mesure de prendre connaissance des observations écrites des autres personnes. Cette formulation signifie que le juge n'a d'autre obligation que d'avertir le débiteur et les créanciers de leur droit de consulter les observations transmises au greffe en leur fixant une date ultime de consultation.

M. QUASI-CONTRATS

Stipulation pour autrui - Bénéficiaire - Détermination - Critères

1ère Chambre civile, 28 octobre 2003 (Bull. n° 219)

Pour demander réparation de son préjudice moral, la victime par ricochet qui n'est pas ayant-cause de la personne décédée et qui n'agit pas en qualité de cessionnaires d'obligations ou d'héritiers, ne peut pas bénéficier d'une stipulation pour autrui implicite au titre du contrat souscrit par la personne décédée de sorte que son action ne peut pas être fondée sur la responsabilité contractuelle d'une agence de voyage.

Par cet arrêt, la 1ère chambre avait à répondre à la question suivante : la stipulation pour autrui implicite ou tacite peut-elle être étendue à d'autres situations contractuelles que celles déjà reconnues par la jurisprudence ?

La stipulation pour autrui connaît un essor considérable au delà du texte de l'article 1121 du Code civil avec le développement de l'assurance (assurance pour compte et assurance groupe) : cf. Flour et Aubert, l'acte juridique 9 ème éd. La jurisprudence a consacré pour certains contrats l'existence d'une stipulation pour autrui implicite ou tacite, et notamment dans le contrat de transport: Civ 6 décembre 1932 ; les proches parents d'un passager tué au cours du transport peuvent ainsi se prévaloir de l'obligation de sécurité insérée au contrat.

Mais cette stipulation tacite n'est reconnue qu'au profit des personnes envers lesquelles le défunt était tenu d'un devoir d'assistance : Civ. 24 mai 1933 ; 2ème civ. 15 février 1955 ; cf Terré et Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile n° 182-184. Devait-on admettre que le seul lien d'affection existant entre la personne décédée et ses proches, indépendamment de tout lien légal ou conventionnel, pouvait justifier une présomption de stipulation pour autrui tacite ou implicite ? Certains auteurs y était favorables, estimant que la jurisprudence de la cour suprême était trop absolue et que l'on devait s'attacher seulement à une question d'intention (MM Terré et Lequette) ; beaucoup d'autres s'y opposaient, considérant que cette construction, fondée sur l'analyse d'une volonté implicite, était très artificielle.

La 1ère chambre n'a pas voulu, ainsi que le moyen l'y invitait, généraliser le domaine de la stipulation pour autrui tacite ou implicite au profit des victimes par ricochet, en dehors de toute prévision contractuelle certaine et explicite (stipulation expresse) et au-delà des conditions posées par la jurisprudence.

La cour d'appel avait constaté que les demandeurs n'agissaient pas en qualité d'ayants-droit des personnes décédées, ni de cessionnaires d'obligations ou d'héritiers. Elle ne pouvait qu'en déduire qu'ils ne pouvaient pas exercer, pour obtenir la réparation de leur préjudice moral, une action fondée sur la responsabilité contractuelle de l'agence de voyage.

N. SOUS-TRAITANCE

Actions directe - Assiette
Chambre commerciale, 10 décembre 2003 (pourvoi n° 00-22.262, à paraître)

Une espèce, dans laquelle le maître d'ouvrage demeurait débiteur, pour d'autres travaux, de l'entrepreneur principal, tout en s'étant régulièrement acquitté de ses obligations au titre du marché donnant lieu à la réclamation du sous-traitant, a donné à la Cour de cassation l'occasion de préciser l'interprétation des articles 1er, 12 et 13 de la loi du 31 décembre 1975, en indiquant que ces textes ne conférant d'action directe au sous-traitant que sur les sommes dues au titre du contrat d'entreprise dont l'exécution lui a été confiée, celui-ci n'était pas fondé à soutenir que l'assiette de son action s'étendait aux sommes susceptibles d'être dues par le maître de l'ouvrage au même entrepreneur principal, mais au titre d'autres marchés.

O. GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE

Objet - Exercice d'une activité interdite aux membres du groupement - Possibilité (non)
Chambre commerciale, 13 novembre 2003 (pourvoi n° 01-11.072, à paraître)

Aux termes de l'article L. 251-1 du Code de commerce, l'activité du groupement d'intérêt économique doit se rattacher à l'activité de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci. Or il résulte de l'art. L. 326-6 du Code de la route que l'exercice de la profession d'assureur est incompatible avec celui de la profession d'expert en automobile.

Dès lors, la chambre commerciale se borne à tirer la conséquence de la spécificité légale de l'objet du groupement d'intérêt économique en jugeant qu'un groupement composé d'assureurs ne peut valablement avoir pour objet l'exercice de la profession d'expert en automobile : l'incompatibilité légale interdit en effet de considérer que la seconde activité puisse valablement se rattacher à la première et en constituer l'auxiliaire.

P. BOURSE DE VALEURS

Marché à terme - Responsabilité des intermédiaires - Non-respect de l'obligation de couverture - Possibilité pour le donneur d'ordre de s'en prévaloir (non)
Chambre commerciale, 8 juillet 2003 (Bull. n° 118)

La question, classique, est celle de savoir si le donneur d'ordre peut, pour engager la responsabilité civile de l'intermédiaire, invoquer le non-respect par celui-ci de l'obligation de couverture mise à sa charge par les textes (en l'espèce par l'article 4-6-2 du règlement général du CBV, applicable en la cause).

A cette question, les arrêts répondent, avec des formules variables, que l'obligation de couverture vise à assurer la protection de l'intermédiaire et la sécurité des marchés et non la protection du donneur d'ordre qui ne peut en conséquence se plaindre de son inobservation. Cette solution, qui s'appuyait autrefois sur une disposition expresse du décret du 7 octobre 1890, a été reconduite, après l'abrogation de ce texte, par une longue suite de décisions (Com., 2 décembre 1997, Bull. n° 314 ; 24 mars 1998, n° 96-17.758 ; 15 juin 1999, n° 97-13.388 ; 16 novembre 1999, n° 97-11.100 ; 9 mai 2001, n° 98-14.348 ; 17 décembre 2002, n° 00-10.306).

Les auteurs, il est vrai, exposent volontiers que le défaut d'exigence de la couverture est, en jurisprudence, sanctionnée au titre de l'obligation d'information (v. not. I. Najjar, La "couverture" du marché à terme, D. 1993, chr. p. 45 et s. ; M. Storck, La responsabilité encourue pour le défaut d'exigence de couverture sur le marché à terme, D. 1992, chr. p. 71 et s. et RTD Com. 2001, p. 175 ; H. de Vauplane, La couverture des opérations en bourse : une sûreté hybride, Rev. dr. bancaire 1998, p. 197). Mais la plupart des décisions citées en ce sens restaient peu probantes (v. spéc. Com., 23 oct. 1990, Bull. n° 243. Cf. Com., 9 avril 1996, n° 94-13.719 ; 22 mai 2001, n° 98-19.884), jusqu'à ce que cette opinion trouve une apparence de confirmation dans un arrêt approuvant la décision qui avait retenu que l'intermédiaire avait "manqué à son devoir d'information et commis une faute engageant sa responsabilité en n'exigeant pas la constitution de cette couverture préalablement à l'ouverture du compte de titre" (Com., 14 janv. 2003, n° 00-12.331 et 99-20.872).

Cette dernière décision sera cependant restée isolée, l'arrêt du 8 juillet 2003 exprimant la volonté de la chambre commerciale de ne pas rompre avec sa jurisprudence traditionnelle. D'une part, en ce qui concerne le fondement de l'obligation de couverture, elle réaffirme une fois encore que celle-ci est "édictée dans l'intérêt de l'intermédiaire et de la sécurité du marché et non dans celui du donneur d'ordre". D'autre part, en ce qui concerne la sanction de cette obligation, elle manifeste que celle-ci ne saurait, même par le biais de l'obligation d'information, résider dans la responsabilité de

l'intermédiaire à l'égard du donneur d'ordre : pour décider que le donneur d'ordre ne peut se prévaloir de l'inobservation de l'obligation de couverture, la chambre commerciale s'appuie exclusivement sur le fondement reconnu à cette obligation et, à la différence de la décision attaquée, ne se réfère pas à la circonstance que le donneur d'ordre était en l'espèce un opérateur averti à l'égard duquel l'intermédiaire n'était donc tenu d'aucune obligation d'information.

Q. INSTRUMENTS DE PAIEMENT

Chèque - Envoi par lettre simple - Responsabilité du tireur

Chambre commerciale, 10 décembre 2003 (à paraître)

Plusieurs arrêts de la chambre commerciale ont déjà jugé que la responsabilité délictuelle de la banque était engagée à l'égard de tiers bénéficiaires de chèques volés lors de l'envoi postal des chéquiers adressés à leurs titulaires par lettre simple - arrêt inédit du 13 mai 1986 commenté par MM. Fr. Credot et Y. Gérard, Rev. Droit bancaire et Bourse, 1987, n° 2, p. 53, ayant notamment jugé que le tribunal qui avait relevé qu'en envoyant le chèque sous pli simple, la banque avait accepté le risque de vol et commis une imprudence et que la faculté donnée au client de recevoir à domicile un chéquier était un service de la banque qui ne saurait être consenti au détriment des tiers recevant le chèque, avait fait ressortir le lien de causalité entre la faute de la banque et le préjudice subi par ce tiers - arrêt du 28 février 1989 Com. Bull. n° 89 IV, n° 70, p. 46 ; Rev trim. Dr. Com 1989, p. 275 obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; Rev. Droit bancaire et Bourse, 1989, n° 15, p.172, n° 5, chr. Fr. Credot et Y. Gérard, ayant décidé qu'en adressant un chéquier par courrier ordinaire, une banque commet une imprudence quand bien même aurait-elle pris la précaution d'adresser au titulaire du compte, avant l'envoi du chéquier, un courrier l'informant que, faute de réception dans les dix jours, il devait passer à son agence - arrêts du 9 octobre 1985 Bull. 85, IV, n° 233, p. 195 et du 3 avril 1990 Bull. 90, IV, n° 105, p.69 ; par ailleurs et dans le même esprit, la chambre commerciale a encore décidé que la banque engageait sa responsabilité contractuelle à l'égard du tireur lui-même en cas de non restitution d'un effet impayé, la banque ayant une obligation de résultat qui est de restituer l'effet par le mode de transmission de son choix et sa responsabilité étant dès lors engagée par le seul fait que l'effet n'est pas parvenu à son destinataire (7 mars 2000, Bull. n° 50).

La question posée ici était différente puisqu'il s'agissait au contraire de décider si le tireur qui adresse à sa banque un chèque d'un montant important peut ou non encourir une responsabilité dans le dommage résultant du détournement et de la falsification du titre ; on aurait pu imaginer d'imputer à faute un tel comportement du tireur, par similitude avec la situation de sa

banque ; mais cela aurait été oublier que si la banque, dépositaire et mandataire de son client, supporte des obligations strictes et bien précises, tel n'est pas le cas de ce dernier ; la réponse est donc très nette ; en l'absence de textes et d'usages lui imposant de telles contraintes et aucune circonstance particulière dont il faudrait alors rapporter la preuve, n'étant alléguée, le tireur n'engage pas sa responsabilité dans une telle hypothèse.

V - LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET LES ASSURANCES

A. LA RESPONSABILITÉ CIVILE

1. Responsabilité civile délictuelle ou quasi-délictuelle

a) Consommation du tabac - Décès du fumeur - Dommage - Indemnisation - Faute - Obligation d'information du fabricant
2ème Chambre civile, 20 novembre 2003 (à paraître)

1. Les méfaits de la consommation du tabac sur la santé, particulièrement en ce qui concerne le risque cancérigène, sont étudiés et dénoncés depuis des décennies. Ils font actuellement en France l'objet d'une campagne d'information sans précédent. La lutte contre le tabagisme est élevée au rang de priorité politique depuis la dernière élection présidentielle.

2. C'est dans ce contexte, perceptible depuis plusieurs années, qu'un fumeur, M. G., puis après son décès en 1999 ses ayants-droit, ont assigné la Société d'Exploitation Industrielle des Tabacs et Allumettes, la SEITA, devenue ultérieurement la société Altadis, en réparation des préjudices causés par le tabac, en reprochant à cette société d'avoir manqué depuis 1963, année où M. G. avait commencé à fumer à l'âge de 13 ans, à une obligation d'information "pré-contractuelle" sur les dangers du tabac. Le tribunal de grande instance de Montargis avait accueilli partiellement les demandes en retenant la faute de la SEITA mais aussi la faute de la victime à hauteur de 40% . La cour d'appel d'Orléans avait infirmé le jugement et débouté les consorts G. de leurs demandes. Ces décisions avaient été fortement médiatisées et abondamment commentées en doctrine.

3. Par l'arrêt cité, rendu en formation plénière de chambre, la deuxième chambre civile a rejeté le pourvoi des consorts G.

Par un premier moyen de cassation, les consorts G. reprochaient à la cour d'appel d'avoir écarté la faute de la SEITA, alors établissement public à caractère industriel et commercial (Epic), pour la période ayant couru de l'année 1963 à la loi "Veil" du 10 juillet 1976. La deuxième chambre relève qu'ayant souverainement constaté que durant cette période, où l'Epic SEITA était sous la tutelle du Ministère des Finances, les pouvoirs publics, et notamment ce ministère et le ministère de la Santé Publique et de la Sécurité Sociale, bien qu'informés avant 1964 des risques cancérigènes du tabac, étaient en divergence complète sur l'importance du danger et sur le caractère impératif et les modalités de l'information du public, la cour d'appel avait pu en déduire que le SEITA ne pouvait alors se voir reprocher un manquement à l'obligation

d'information des fumeurs.

La deuxième chambre n'a pas mésestimé le fait qu'un Epic aurait pu théoriquement se voir reprocher un manquement à l'obligation d'information à l'égard des fumeurs sur les dangers potentiels de la consommation du tabac, y compris par l'effet d'une délégation du Ministre des finances sur la mise en oeuvre de la publicité des ventes de cigarettes, prévue par l'article 2 de l'ordonnance du 7 janvier 1959 ; mais elle n'a pas non plus perdu de vue qu'au titre du principe de spécialité des Epic, la Seita, ayant pour objet exclusif l'exploitation du monopole fiscal de l'Etat sur la fabrication et l'importation des produits du tabac, sous l'étroite tutelle du Ministère des Finances, qui en fixait d'ailleurs lui-même les prix de vente, n'était, même en tant que fabricant et distributeur de cigarettes, qu'un collecteur d'impôts indirects pour le compte de l'Etat, qu'un simple instrument de gestion économique et financière du monopole d'exploitation des tabacs, sans le moindre rôle propre dans la présentation commerciale des produits, pas plus que dans leur promotion, et sans compétence propre en matière d'orientation stratégique, même purement industrielle, de ce marché. Dans ces conditions, il n'a pas été estimé raisonnable de soutenir, près de trois décennies plus tard, que la Seita aurait pu prendre dans le souci de l'information du public une initiative quelconque d'alerte sur les dangers du tabagisme, qui se serait heurtée de front à l'opposition du Ministère des Finances d'alors, soucieux de ne diminuer en rien les rentrées fiscales attendues des ventes de tabac, ainsi qu'à la compétence propre du Ministère de la Santé Publique, dont un arrêt du Conseil d'Etat du 30 juillet 1997 *Boudin* a rappelé qu'il "appartient au ministère de la santé, même en l'absence de textes l'y autorisant expressément, de prendre les mesures permettant de mettre en garde le public contre les produits dont la consommation présente un risque grave pour la santé". Dans ce contexte, relevé par l'arrêt attaqué, l'énoncé des correspondances ministérielles d'alors, à quoi la Seita n'était d'ailleurs pas associée en quelque manière que ce soit, marquait de telles divergences d'appréciation sur la valeur des études relatives aux dangers du tabac, et même seulement sur la nécessité d'une information spécifique du public sur ce problème, que la solution retenue par la cour d'appel a paru être de bon sens.

Par un deuxième moyen de cassation, les consorts G. reprochaient à la cour d'appel d'avoir écarté, pour la période ayant couru de la loi Veil à l'année du décès, donc de 1976 à 1999, tout lien de causalité entre le dommage et des fautes invoquées contre la SEITA, devenue société d'économie mixte puis société anonyme, notamment au regard des mentions d'avertissement sanitaire devant figurer sur les paquets de cigarettes et au titre d'une "désinformation" continuelle sur les dangers du tabac et d'une abstention délibérée de prendre toute initiative sur le plan de l'information du public, et de s'être dès lors abstenue de rechercher la réalité de ces manquements.

La deuxième chambre approuve le raisonnement de la cour d'appel qui, ayant relevé dans les données de l'espèce souverainement appréciées que M. G. avait pu, durant cette longue période, avoir accès à une abondante information relayée par tous les média audio-visuels et par la presse écrite, avait été témoin, dans son proche entourage d'un décès par cancer dû au tabac, avait lui-même été soigné à deux reprises à huit ans d'intervalle pour des cancers des poumons et de la langue liés à sa consommation importante de tabac (deux paquets par jour au moins de Gauloises bleues sans filtre) sans jamais cesser de fumer jusqu'à l'année de son décès, a pu en déduire que, même informé, ce fumeur d'habitude, qui ne pouvait plus ignorer les méfaits du tabac, n'aurait pas eu une attitude différente si l'obligation légale d'information au titre du message sanitaire avait été rigoureusement respectée par la SEITA , et qu'ainsi, en l'absence de tout lien de causalité démontré avec les manquements allégués contre cette entreprise, la responsabilité de celle-ci ne pouvait être retenue.

Ce faisant, la Cour de cassation n'a fait qu'appliquer au cas de l'espèce une jurisprudence bien établie (par ex. Civ. 1ère, 1er décembre 1993, Bull. n° 356) suivant laquelle "*dès lors qu'elle a constaté que le lien de causalité entre le dommage prétendu et les fautes alléguées n'était pas établi, la cour d'appel n'est pas tenue de rechercher si ces fautes ont été réellement commises"*.

Il a été admis en l'espèce que les faits souverainement constatés par la cour d'appel et les premiers juges sur l'importance de l'information alors fournie au public sur les méfaits du tabagisme et sur les moyens de se soustraire à la dépendance au tabac, et sur le comportement personnel de ce grand fumeur d'habitude qu'était M. G., permettaient aux juges du fond d'affirmer l'absence d'un lien de causalité certain entre les éventuelles fautes commises par la Seita dans la mise en oeuvre de l'information désormais obligatoire des fumeurs sur les dangers du tabac et le dommage subi par ce fumeur puis, du fait de son décès, par ses proches, dommage qui avait été réalisé par la seule volonté ou l'obstination de ce fumeur, sur le comportement duquel il apparaissait clairement qu'aucune information d'aucune sorte n'avait eu la moindre influence. Il avait d'ailleurs été souligné par la Seita dans ses conclusions d'appel que durant la période ayant couru de 1976 à 1996, M. G. avait, selon ce qu'en disaient ses proches, fumé au moins 292.000 cigarettes.

Par un troisième moyen de cassation, les consorts G. reprochaient à la cour d'appel d'avoir écarté l'application de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil au titre de la responsabilité de plein droit du fait des choses dont on a la garde, et soutenaient que la SEITA et auparavant l'Epic SEITA avait conservé la garde de la structure des cigarettes qu'elle fabriquait et commercialisait.

La deuxième chambre approuve là encore la cour d'appel d'avoir retenu que le dommage causé par les produits nocifs contenus dans une

cigarette était lié de manière indissociable au comportement du fumeur qui en consomme à l'excès, que le fabricant n'avait aucun pouvoir de surveiller et contrôler les éléments nocifs de cette chose et de prévenir le dommage, que la distinction de la garde de structure et de la garde du comportement n'était donc pas applicable aux cigarettes, celles-ci n'étant pas dotées d'un dynamisme propre, et d'en avoir exactement déduit que M. G. était le seul gardien des cigarettes qu'il détenait et que la responsabilité de plein droit de la SEITA ne pouvait être recherchée. C'est l'application d'une jurisprudence bien établie, et à vrai dire très raisonnable, consistant à dire d'abord que la cigarette n'est pas en soi une chose dangereuse et que seule sa consommation pouvant avoir des effets, elle n'est pas dotée d'un "dynamisme propre" structurel dont le fabricant demeurerait le gardien ; ensuite que cette chose ne pouvait se voir appliquer la dissociation fameuse entre la "garde de structure" et la "garde de comportement", dès lors qu' inerte, elle ne révèle ses effets nocifs que lors de sa mise en combustion et de l'inhalation de la fumée de combustion par le fumeur, opérations qui relèvent à l'évidence du seul geste volontaire du fumeur-gardien de la cigarette.

4. Conclusion : c'est, semble-t-il, la première fois que la Cour de cassation est amenée à se pencher sur la responsabilité d'un fabricant de cigarettes au titre d'une obligation d'information des fumeurs sur les dangers de la consommation du tabac. On peut donc résumer sa position comme suit :

4-a) Pour la période antérieure à la loi "Veil" du 10 juillet 1976, la deuxième chambre civile a considéré que l'Epic SEITA, bien que fabricant des cigarettes commercialisées par les buralistes préposés de l'Etat, fonctionnait alors sous l'étroite tutelle des pouvoirs publics, c'est-à-dire du Ministère des Finances, sans aucune relation d'ordre structurel avec le ministère de la Santé Publique, et que cet Epic avait pour unique objet l'exploitation du monopole fiscal de l'Etat au titre des taxes sur les tabacs. Dès lors qu'il était patent et démontré en l'espèce que, face aux enjeux fiscaux de la commercialisation du tabac et de l'objectif d'intérêt général de la santé publique, les pouvoirs publics ne parvenaient pas à s'accorder tant sur le caractère impératif d'une information sur les dangers du tabac que sur les modalités mêmes d'une telle information, il n'a pas été estimé réaliste et en harmonie avec les circonstances de l'époque d'exiger de l'Epic SEITA l'exécution d'une obligation d'information ou d'incitation à l'information que l'autorité tutélaire n'était pas prête elle-même à assumer, et qui sans nul doute se serait heurtée à l'opposition de celle-ci. Si l'Etat, détenteur du monopole fiscal sur les tabacs et allumettes, mais aussi garant de l'intérêt général en matière de santé publique, se refusait alors à prendre une initiative pour l'information du public, pouvait-on reprocher une pareille carence à un Epic n'ayant d'autre objet que l'exercice de ce monopole fiscal au profit de l'Etat ?

4-b) Pour la période postérieure à la loi "Veil", le rejet du pourvoi s'appuie manifestement sur les données très particulières du cas d'espèce. Il s'agissait ici, en effet, d'un fumeur d'habitude, gros consommateur de tabac, dont il a été constaté finalement qu'il était demeuré jusqu'à sa fin inaccessible à quelque information que ce soit, les accidents de santé graves qu'il avait rencontrés dans son entourage et personnellement subis, en relation avec la consommation du tabac, ne l'ayant jamais conduit à renoncer à fumer ou, du moins, à tenter de le faire. Il a donc été estimé que, quelqu'ait pu être alors le comportement de la SEITA quant au respect littéral de la loi du 10 juillet 1976 (la SEITA fut pénalement sanctionnée pour dénaturation de ladite loi - Crim.15 février 2000, CNCT c/ Seita - pour avoir apposé sur les paquets de cigarettes la mention "Abus dangereux selon la loi n° 76-616" au lieu de la mention obligatoire "Abus dangereux"), et même s'il était peut-être possible de lui reprocher d'avoir contribué à une certaine désinformation du public en privilégiant la publicité de l'usage du tabac au détriment de l'information sur les dangers de ce produit, le comportement de ce fumeur excluait tout lien de causalité certain de son dommage avec de tels manquements. La Cour de cassation a exercé là son contrôle, classique, sur le lien de causalité au regard de la motivation de l'arrêt attaqué et du bien-fondé des déductions que les juges du fond ont tirées des faits qu'ils avaient ainsi souverainement constatés.

Cette solution d'espèce ne semble pas pour autant exclure a priori toute mise en cause, dans d'autres circonstances, de la responsabilité de la SEITA pour la période postérieure à la loi du 10 juillet 1976 pour refus ou insuffisance d'information sur les dangers du tabac.

Mais l'on peut s'interroger sur la pertinence d'une telle action dans l'avenir. En effet, non seulement la campagne d'information, l'on peut même dire d'alerte, sur les dangers du tabac s'intensifie, à l'initiative des pouvoirs publics, mais, appliquant une directive européenne, le gouvernement a imposé désormais aux fabricants des cigarettes commercialisées en France l'apposition sur les paquets, sous une forme très visible, de l'expression: "Le tabac tue ". Sera-t-il dès lors possible à un fumeur ou à ses ayants-droit , ayant eu constamment sous les yeux cette phrase brutale mais parfaitement claire, de soutenir avec quelque chance de succès qu'un fabricant aura pu malgré tout manquer à son égard à une obligation d'information supplémentaire, comme si cette expression n'avait pas suffit à alerter sa vigilance et ne pouvait l'encourager à renoncer par tous les moyens désormais à sa disposition à cette néfaste et "addictive" consommation ?

4-c) La réponse de la deuxième chambre sur l'inapplicabilité aux cigarettes de la responsabilité du fait des choses de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil n'est pas nouvelle. Elle s'inscrit dans un courant jurisprudentiel constant selon lequel la dissociation de la garde de structure et de la garde du comportement

d'une chose ne peut s'appliquer qu'à celles qui sont dotées d'un "dynamisme propre" ou d'un "vice interne" qui les rend par elles-mêmes dangereuses et que l'utilisateur ou détenteur, soit le gardien du "comportement", n'est en mesure ni de contrôler, ni de prévenir, ni de parer. Voir en ce sens Civ. 2ème, 14 janvier 1999, Bull. n° 13 et de fort nombreux autres précédents. Elle s'appuie ici sur le fait que les cigarettes ne sont pas des choses dangereuses par elles-mêmes ; maintenues dans leur conditionnement ou déposées au fond d'une poche, elles sont des choses inertes et qui le resteront, sans danger pour leur détenteur jusqu'à ce que le temps provoquent leur destruction. C'est le geste de provoquer leur combustion et d'en aspirer ce qui en résulte, c'est-à-dire la fumée transportant les produits nocifs pour la santé que contient le tabac, qui leur confère leur dangerosité. Qui d'autre que le fumeur, gardien de la cigarette qu'il a achetée ou qui lui a été proposée , et qui décide volontairement d'allumer et de porter à sa bouche pour en aspirer la fumée, serait en mesure de mettre à jour cette nocivité potentielle ? La solution de bon sens approuvée ici par la Cour de cassation paraît la seule réponse possible à une telle question.

b) Responsabilité des personnes dont on doit répondre - Article 1384 alinéa 1er du code civil - Associations - Compétition - Dommage subi par un adhérent -Faute contre les règles du jeu nécessaire (oui)
2ème Chambre civile, 20 novembre 2003 (à paraître)

Dans le fil de la jurisprudence élaborée à la suite de l'arrêt "Blieck", la deuxième chambre civile avait été conduite à énoncer que les associations sportives "ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres au cours des compétitions sportives auxquelles ils participent, sont responsables, au sens de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil, des dommages qu'ils causent à cette occasion". Ainsi : Civ. 2ème, 22 mai 1995, Bull. n° 155 ; Civ. 2ème, 3 février 2000, Bull. n° 26 ; Civ. 2ème, 12 décembre 2002, Bull. n° 289.

Mais la question sous-jacente de la nature de l'"activité" dommageable susceptible d'engager cette responsabilité de plein droit de l'association sportive du chef des personnes dont on doit répondre restait incertaine, aucun des arrêts précités ne permettant de savoir si la faute personnelle de l'auteur du dommage demeurait vraiment exigée, ou bien si, à l'instar de ce qui a été jugé par l'Assemblée Plénière dans ses arrêts du 12 décembre 2002 pour la mise en jeu de la responsabilité de plein droit des père et mère, l'association sportive pouvait être tenue responsable même sans faute de la part de son adhérent compétiteur ayant causé le dommage.

L'arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 20 novembre 2003, dans une espèce où un joueur de rugby, qui avait été blessé au cours d'une compétition, réclamait réparation à l'association sportive dont il était membre

en affirmant que son dommage avait été causé par un de ses coéquipiers non identifié, paraît avoir levé toute incertitude sur cette question. La cour d'appel, qui avait rejeté la demande en raison de l'entière incertitude sur les circonstances de l'accident, y est approuvée en ces termes :

"*En l'état de ces constatations et énonciations, dont il résulte qu'aucune faute caractérisée par une violation des règles du jeu et imputable à un joueur, même non identifié, membre de l'association sportive à laquelle M. X... appartenait lui-même n'était établie, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a légalement justifié sa décision au regard de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil* ".

Les deux arrêts Civ. 2ème, du 22 mai 1995, Bull. n° 155 avaient énoncé que "les associations sportives ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres au cours des compétitions sportives auxquelles ils participent, sont responsables au sens de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil des dommages qu'ils causent à cette occasion". Cette formule avait été reprise dans l'arrêt Civ. 2ème, 3 février 2000, Bull. n° 26 et par l'arrêt Civ. 2ème, 12 décembre 2002, Bull. n° 289. Elle recelait à vrai dire un potentiel d'extension considérable, dès lors que la condition de la permanence du contrôle, critère habituel de la responsabilité du chef des personnes dont on doit répondre, ne pouvait être maintenue pour des compétitions sportives par essence discontinues, ce qui permettait d'étendre le domaine de cette responsabilité du fait d'autrui aux associations de majorettes, comme dans l'arrêt précité du 12 décembre 2002, centres de loisirs, centres aérés, colonies de vacances, crèches, garderies d'enfants, etc... Par ailleurs, la notion d'"activité" en matière sportive soulevait d'autres questions quant au pouvoir de direction et de contrôle dans le domaine des compétitions : quid des périodes d'entraînement d'avant compétition, quid des dommages causés durant les déplacements en vue d'une compétition ou après la compétition, quid de dommages causés dans les vestiaires avant ou après compétition ? Enfin, et ce n'était pas le moindre souci, quel est le rôle d'une association sportive à l'égard de ses membres ? Rassemblant, du moins un certain nombre d'entre elles, des sportifs adultes, en pleine possession de leurs moyens physiques et mentaux, dont la liberté dans l'exécution de l'acte sportif est quasi entière, qui ont par ailleurs une pleine capacité juridique personnelle et dont la responsabilité civile individuelle ne peut être engagée que par leur faute prouvée au sens de l'article 1382 du Code civil, l'association sportive, qui n'a pas pour objet l'éducation morale de ses membres, sinon la morale sportive consistant essentiellement à pratiquer le "fair-play", savoir jouer et perdre avec élégance et à respecter les règles du jeu, pouvait-elle être tenue responsable du seul fait causal dommageable de l'un de ses membres impliqué dans un accident sportif ?

La deuxième chambre civile, en considération de la nature spécifique

d'une "activité" sportive, et de l'existence du risque assumé en ce domaine, particulièrement dans le cas d'un sport de contact tel que le rugby, a donc décidé, cette fois-ci explicitement, que la responsabilité de plein droit d'une association sportive ne pouvait être engagée qu'en cas de faute prouvée, à la charge de la victime, une telle faute ne pouvant résider que dans une violation des règles du jeu, qui soit imputable à coup sûr à un joueur, même s'il n'est pas personnellement identifié, membre de l'association. Elle a considéré sans doute qu'il n'y avait pas lieu ici, au prétexte d'une volonté d'unification, à vrai dire plutôt abstraite, des régimes de responsabilité de plein droit, appelée de ses voeux par une partie de la doctrine, d'instituer en matière sportive une sorte de responsabilité tout risque, antinomique avec le caractère volontaire de l'engagement sportif, et dont l'instauration n'aurait pas manqué de peser fortement, de surcroît, sur le poids de l'assurance obligatoire des associations et clubs sportifs, et, partant, sur la pérennité de certains d'entre eux, aux moyens financiers limités.

On doit donc désormais admettre que, la faute demeurant au coeur du régime de la responsabilité des associations sportives, la deuxième chambre civile continuera d'en contrôler la qualification dans le fil de ses nombreuses décisions antérieures. Voir, par exemple : Civ. 2ème, 28 janvier 1981, Bull. n° 20 ; Civ. 2ème, 9 juillet 1986, Bull. n° 112 ; Civ. 2ème, 5 décembre 1990, Bull. n° 258 ; Civ. 2ème, 3 juillet 1991, Bull. n° 210 ; Civ. 2ème, 16 novembre 2000, Bull. n° 151. C'est-à-dire en retenant seulement comme fautif un "manquement à la règle du jeu", ou "une faute volontaire contraire à la règle du jeu", ou encore un "manquement aux règles et à la loyauté de la pratique du sport", bref, en n'admettant dans le domaine du sport qu'une faute d'un certain niveau de gravité mesuré à l'aune du type de sport pratiqué.

c) Accident de la circulation - Action récursoire du coobligé contre l'auteur de l'accident - Fondement juridique
2ème Chambre civile, 26 mars 2003 (Bull. n°57)

Melle Y a été blessée dans un accident de la circulation. Le conducteur d'un véhicule impliqué, M.X, et son assureur ont été condamnés à lui payer des indemnités en réparation des conséquences dommageables de l'accident. Melle Y a constaté qu'au cours des interventions chirurgicales qu'elle avait subies à la suite de l'accident, elle avait contracté le virus d'immuno-déficience humaine (VIH) en raison de la défectuosité des produits sanguins, livrés par un centre régional de transfusion sanguine (CTRS), qu'on lui avait alors administrés. Elle a donc assigné en réparation l'Etablissement Français du Sang (EFS) substitué au CTRS, qui par arrêt définitif, a été condamné à l'indemniser du chef de cette contamination. L'EFS a alors assigné M.X. et son assureur aux fins de garantie de cette condamnation.

Une cour d'appel a débouté l'EFS de sa demande, en considérant que l'accident, s'il peut être entendu comme le fait générateur du préjudice de contamination du point de vue de la victime, ne saurait être retenu comme cause exonératoire de la responsabilité découlant, pour l'EFS, de la fourniture des produits sanguins contaminés et que l'EFS n'établissait pas que la faute de M. X. constitue à son égard un manquement de nature quasi-délictuelle qui puisse fonder son action récursoire.

Cet arrêt est censuré au visa des articles 1382 et 1251 du Code civil en application desquels "l'action récursoire d'un coobligé fautif contre le conducteur impliqué dans un accident de la circulation ne peut s'exercer que dans les conditions prévues par lesdits textes et que la contribution à la dette a lieu en proportion des fautes respectives", au motif qu'en statuant ainsi sans caractériser la faute personnelle du conducteur impliqué qu'elle relevait, la cour d'appel, qui n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes précités.

La deuxième chambre civile a tenu ici à rappeler la règle habituelle de la contribution en matière de responsabilité civile selon laquelle lorsqu'un coauteur a commis une faute, il ne peut agir de manière récursoire contre un autre coauteur qu'à la condition d'établir la faute de celui-ci. La motivation incertaine de la cour d'appel ne pouvait donc être approuvée : il ne s'agissait pas de considérer l'accident primitif comme susceptible d' "exonérer" l'EFS de sa propre faute à l'égard de la victime, mais de rechercher si l'EFS démontrait, dans le cadre de son action récursoire contre le conducteur impliqué dans cet

accident, la faute de celui-ci. Or, si l'arrêt évoquait bien "la faute" de ce conducteur, cette motivation semblait dire que cette faute n'était pas justiciable de la qualification de faute quasi-délictuelle (au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil), et, n'en précisant pas les contours et la nature, ne permettait pas à la Cour de cassation d'exercer le contrôle de qualification de la faute.

N'était pas dans le débat la faute, judiciairement consacrée, du CTRS, au titre de la livraison des produits contaminés transfusés, ni la règle, constante, selon laquelle il existait un lien de causalité certain entre l'accident causé par M. X. et le préjudice de contamination VIH, obligeant ce conducteur et son assureur à réparer intégralement le dommage en résultant.

Il s'agissait de savoir si, dans le cadre du recours entre coobligés au titre du préjudice de contamination, le seul fait de l'implication dans l'accident du véhicule conduit par M. X. suffisait à qualifier la faute commise par ce dernier ayant concouru au dommage de contamination, ou bien si le coauteur EFS devait prouver un fait illicite, une faute personnelle quasi-délictuelle de ce conducteur pour triompher, en tout ou partie, dans son action récursoire. Or, une telle faute ne découle pas ipso facto de l'application de la loi du 5 juillet 1985, qui a bâti un système d'indemnisation des victimes d'accident de la circulation fondé essentiellement sur l'implication des véhicules terrestres à moteur.

Il apparaît donc que la deuxième chambre civile exige ici implicitement la preuve d'une faute du conducteur, et que l'implication du véhicule, si elle suffit à établir le lien de causalité entre l'accident et la contamination dans le cadre du recours direct de la victime contaminée contre le conducteur et son assureur en réparation de ce préjudice spécifique (ce que n'avait pas fait en l'espèce Melle Y), ne peut par contre fonder utilement l'action récursoire du coobligé, qui doit donc prouver une faute personnelle du conducteur impliqué. L'EFS étant, en raison de sa propre faute, tenu à la réparation intégrale du dommage de contamination causé à Melle Y, et c'était bien le moins, seule la faute démontrée du coobligé recherché ayant concouru au dommage pouvait conduire à un partage de la charge finale de cette dette de réparation.

d) Responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle - Accident de la circulation - Motocycliste transportant un passager dépourvu de casque
2ème Chambre civile, 18 septembre 2003 (Bull. n° 288)

M. Y conduisant une motocyclette dont le propriétaire, M. Z, était le passager, est entré en collision avec une voiture conduite par M. X et assurée par la compagnie A. Les deux occupants de la motocyclette ont été blessés et un expert a dit que le défaut de port d'un casque protecteur par le passager M. Z avait contribué pour un tiers à l'importance de son dommage corporel. M. X.

a été pénalement condamné des chefs de blessures involontaires et de refus de priorité, et condamné avec son assureur à réparer intégralement les dommages subis par MM. Y et Z.

M. X et son assureur ont alors assigné M. Y et l'assureur de la motocyclette en garantie à hauteur d'un tiers des condamnations prononcées au profit de M. Z, en invoquant, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la faute de ce conducteur pour avoir accepté de transporter un passager dépourvu de casque protecteur. Un tribunal de grande instance puis une cour d'appel ont débouté M. X et son assureur de cette demande, en considérant qu'il appartenait au seul passager, alors pleinement capable et en outre propriétaire de la motocyclette, de veiller à sa propre sécurité, et non au pilote de l'engin de le contraindre à utiliser un casque ou à refuser de le transporter, aucun texte, de surcroît, n'imposant au conducteur l'obligation de s'assurer du port du casque par son passager.

Dans le fil d'une jurisprudence orientée vers des exigences toujours plus fortes en matière de sécurité routière, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation décide donc ici, en censurant l'arrêt attaqué, que le conducteur d'une motocyclette qui, en connaissance de cause, accepte de circuler en transportant un passager qui n'est pas muni du casque de protection dont le port lui est pourtant imposé par l'article R. 431-1 du Code de la route, commet de ce seul fait une faute quasi-délictuelle "*de nature à concourir*", en cas d'accident de la circulation ayant causé un dommage corporel à ce passager, au préjudice subi par ce dernier, une telle faute pouvant lui être opposée par un autre conducteur impliqué dans le cadre d'une action récursoire en contribution à la dette de réparation due à ce passager.

On sait par ailleurs qu'en l'état de la définition de la faute inexcusable de la victime d'accident de la circulation au sens de l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985, le défaut de casque protecteur du passager de motocyclette ou de cyclomoteur ou le défaut de port de la ceinture de sécurité, imputable au passager transporté accidenté d'une voiture, ne peut réduire ou exclure son droit à l'indemnisation intégrale de son préjudice corporel.

Il a donc été estimé indispensable de dégager une responsabilité personnelle du conducteur à l'égard des passagers qu'il accepte de transporter, fût-ce à titre gratuit. Ceux-ci, en effet, tout en négligeant eux-mêmes en toute conscience ou par distraction de s'équiper des moyens de protection qui leur sont imposés par le Code de la route, s'en remettent néanmoins, quant à leur sécurité physique, au conducteur, qui seul dispose de la maîtrise du déplacement du véhicule et qui, dès lors, doit personnellement veiller à la mise en oeuvre des moyens de protection imposés par la loi à tous les occupants du véhicule terrestre à moteur qu'il met en mouvement et qui, de ce seul fait,

expose les occupants au risque d'accident.

Une telle faute du conducteur-transporteur ne peut bien entendu justifier une contribution, sur le fondement des articles 1251 et1382 du Code civil, à la dette de réparation du dommage de son passager (ou des ayants-droit de celui-ci) mise à la charge d'un autre conducteur impliqué dans l'accident que dans la mesure où elle a elle-même directement concouru à tout ou partie du dommage corporel subi par ce passager; autrement dit si le défaut de mise en oeuvre du moyen de protection obligatoire du passager que le conducteur a négligé d'imposer à celui-ci a été la cause exclusive ou partielle de ce dommage.

Dans le cas de l'espèce, il était constant, à la suite de l'expertise médicale, que le défaut de port de casque protecteur avait concouru pour un tiers au dommage corporel du passager de la motocyclette.

Les difficultés d'ordre pratique que les conducteurs de VTAM peuvent évidemment rencontrer pour obliger leurs passagers à respecter la réglementation en matière de sécurité routière n'ont pas été estimées comme étant de nature à les dispenser d'une obligation personnelle de veiller eux-mêmes à la sécurité corporelle de ceux qu'ils acceptent de transporter. Dans un temps où les pouvoirs publics ont décidé d'accorder le statut de priorité politique à la sécurité routière, non sans efficacité suivant les derniers chiffres connus du nombre des tués et blessés, il a été estimé opportun, au contraire, de mettre ainsi l'accent sur la responsabilité du conducteur de véhicule terrestre à moteur en tant que transporteur de passagers.

Cette décision est à rapprocher, par exemple, dans l'optique similaire d'une rigueur accrue en matière de sécurité routière, de :

- Civ. 2ème, 15 novembre 2000, Bull. n° 164 : le conducteur d'une automobile qui franchit une intersection au feu orange a la charge de la preuve qu'il se trouvait alors dans l'impossibilité de s'arrêter dans des conditions suffisantes de sécurité ; s'il ne rapporte cette preuve, ce franchissement de carrefour illégitime constitue de sa part une faute de nature à réduire ou à exclure son droit à indemnisation (antérieurement, la charge de la preuve de caractère illégitime du franchissement du carrefour au feu orange incombait à la partie adverse) ;

- Civ. 2ème, 23 mai 2002, pourvoi n° 00-17.078 : le seul fait qu'un conducteur de cyclomoteur circule sans être titulaire du brevet scolaire de sécurité routière l'autorisant à conduire ce type d'engin à partir de l'âge de 14 ans, constitue une faute ayant concouru à la réalisation de son dommage ;

- Civ. 2ème, 4 juillet 2002, Bull. n° 151 : le fait pour un conducteur de VTAM de circuler malgré un taux d'alcoolémie supérieur au taux autorisé constitue une

faute en relation avec son dommage corporel, de nature à exclure ou à réduire son droit à indemnisation.

2. Responsabilité contractuelle

Responsabilité du fait des produits défectueux - Produits défectueux - Vaccin - Apparition d'une autre maladie - Défaut - Lien de causalité - Preuve - Charge
1ère Chambre civile, 23 septembre 2003 (Bull. n° 188)

L'article 4 de la directive CEE n° 85-374 du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, applicable aux produits de santé, dispose que "la victime est obligée de prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage".

La loi du 19 mai 1988 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, qui n'était pas applicable en la cause, a transposé cette directive aux articles 1386-1 et suivants du Code civil.

La preuve peut être établie conformément à l'article 1353 du Code civil sur la base de présomptions de l'homme graves, précises et concordantes. Mais il ne peut s'agir de simples hypothèses.

La cour d'appel de Versailles était saisie du cas d'une professionnelle de santé qui, après avoir subi en juillet, septembre et octobre 1994 trois injections du vaccin anti-hépatite B Engerix B, avait appris en novembre 1994 qu'elle était atteinte de sclérose en plaques et avait recherché la responsabilité du laboratoire pharmaceutique Smithkline Beecham, devenu la société Glaxo-Smithkline, ayant fabriqué ce vaccin.

Dans la mesure où l'imputabilité du dommage au vaccin était discutée, l'existence du défaut ne pouvait faire l'objet d'un examen préalable.

La cour d'appel a constaté, en premier lieu, que l'étiologie de la sclérose en plaques était inconnue, que ni les expertises ni les études scientifiques ne concluaient à l'existence d'une association entre la vaccination et cette maladie et elle en a déduit que la possibilité d'une telle association ne pouvait être exclue de façon certaine.

Elle a ensuite retenu que le fait que la personne vaccinée ait été en parfaite santé jusqu'à la première injection, qu'il existe une concordance entre la vaccination et l'apparition de la maladie également constatée chez d'autres malades et qu'il n'y ait pas d'autre cause de déclenchement de la maladie, permettait de retenir que le vaccin avait été le facteur déclenchant de la sclérose

en plaques.

Cependant au regard des incertitudes précédemment relevées, ces motifs étaient nécessairement hypothétiques car la preuve rapportée était, en réalité, seulement celle d'une impossibilité d'exclure tout lien entre la vaccination et la maladie.

Admettre cette seule preuve de la part du demandeur reviendrait à imposer au défendeur d'établir l'existence d'une cause étrangère ou l'innocuité de son produit et, en cas de doute, à reconnaître sa responsabilité, contrairement aux règles posées par la directive et la loi du 19 mai 1988.

Un tel raisonnement conduirait à admettre un droit à réparation automatique dès lors que la possibilité d'un lien entre un dommage et un produit serait admise et pourrait aboutir à un retrait du marché des produits qui ne présenteraient pas une sécurité absolue.

Il n'est pas non plus possible de procéder par analogie avec les cas de contaminations par le virus de l'hépatite C ou le VIH à la suite de transfusions et de poser une présomption d'imputabilité. En effet, à la différence de ces cas dans lesquels il est établi que la contamination résulte souvent de transfusions opérées alors que les donneurs étaient eux mêmes porteurs du virus et n'avaient pas fait l'objet d'un dépistage, l'existence d'un lien entre la vaccination et l'apparition de maladies démyélinisantes est incertaine.

La cour d'appel a estimé, en second lieu, que le dommage causé à la personne vaccinée établissait une absence de sécurité à laquelle l'utilisateur du produit pouvait légitimement s'attendre et démontrait la défectuosité de celui-ci.

Cependant, dans la mesure où l'existence même d'un lien de causalité entre la vaccination et la maladie n'était pas établie, le raisonnement de la cour d'appel ne pouvait être suivi.

De plus, le défaut constitue une condition distincte de la responsabilité du producteur.

La victime doit établir que le produit n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, le seul fait qu'il puisse être à l'origine d'un dommage étant insuffisant à caractériser le défaut.

D'autres facteurs, tels qu'une prédisposition ou une hypersensibilité de la victime, peuvent en effet être intervenus dans la réalisation du dommage. Enfin, la gravité et l'intensité des risques liés à la vaccination doivent être

sûrement aussi pris en compte.

3. Indemnisation des victimes d'infractions

Loi du 6 juillet 1990 - Application dans le temps - Crime contre l'humanité - Indemnisation - Refus
2éme Chambre civile, 13 mars 2003 (Bull. n° 63)

Cette décision confirme la portée de l'article 18, alinéa 2, de la loi du 6 juillet 1990, dégagée par l'arrêt du 27 septembre 2001 (Bull. n° 146 ; rapport annuel 2001, p. 446). S'agissant de requêtes en indemnisation de leur préjudice moral présentées par les victimes d'un condamné pour complicité de crimes contre l'humanité pour des faits de déportation et d'extermination commis par les nazis entre 1942 et 1944, elle considère à nouveau qu'il convient d'articuler la loi de 1990 avec les régimes antérieurs. Or le premier régime, crée par la loi du 3 janvier 1977, excluait les préjudices antérieurs au 1er janvier 1976. Il en résulte que quand bien même la demande porterait sur la réparation de préjudices causés par des infractions imprescriptibles par nature, les dommages subis, en l'absence de dérogation prévue à ce titre dans le régime d'indemnisation des victimes d'infractions, ne sont pas susceptibles d'être indemnisés devant une commission d'indemnisation des victimes d'infractions.

4. Préjudice

Perte de fonds de commerce due à l'inexploitation par la victime (1ère esp.) - Refus d'actes médicaux par la victime (2e esp.) - Réparation intégrale
2ème Chambre civile, 19 juin 2003 (2 esp.) (Bull. n° 86)

L'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables et la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable.

Par deux arrêts de principe rendus le même jour au visa de l'article 1382 du Code civil, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a ainsi clairement consacré, en matière quasi-délictuelle, dans le prolongement du principe constant et intangible de la réparation intégrale du dommage, ce que la doctrine n'hésite pas, déjà, à analyser comme une originalité française du droit de l'indemnisation se démarquant notamment de la *mitigation of damages* de *common law* (D. 2003.2326, note J.-P. Chazal).

Il en a tout d'abord été fait application dans une espèce où une victime, qui n'avait pas entrepris la rééducation orthophonique et psychologique préconisée par son neurologue et son neuropsychologue, demandait

l'indemnisation de l'aggravation de son préjudice corporel consécutif à un accident de la circulation.

Rompant résolument avec l'ancienne jurisprudence qui opérait classiquement une distinction selon qu'il s'agissait d'une opération grave ou sérieuse, de traitements douloureux, comportant des risques ou aléatoires, entraînant une véritable gêne, auquel cas le refus de la victime était considéré comme légitime et justifié et ne diminuait pas son droit à réparation, ou bien qu'il s'agissait, au contraire, de soins bénins, ne présentant aucun danger, ne causant aucune gêne appréciable et dont l'efficacité était à peu près certaine pour améliorer l'état et diminuer le dommage, auquel cas la victime qui s'y refusait, considérée comme fautive, devait prendre en charge la part de préjudice qui aurait pu être ainsi évitée (V. Bénabent, *Les Obligations*, éd. 2001, p. 467 ; G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2e éd., 2001, n° 123, p. 229 ; Rappr., Civ. 2, 13 janv. 1966, Bull. n° 2 ; Gaz. Pal. 1966.1.375 ; RTD. civ. 1966.806, obs. G. Durry ; *adde*, Crim. 30 oct. 1974, D. 1975.178, note Savatier ; JCP 1975.II.18038, note L. Mourgeon, et, *contra*, Crim. 3 juillet 1969, Bull. crim. n° 216), une évolution certaine avait été amorcée par un arrêt de la deuxième chambre civile du 19 mars 1997 (Bull. n° 86, p. 48 ; JCP 1997.I.4070, n° 29 et suiv., obs G. Viney ; RTD. civ. 1997.632, obs. J. Hauser et 1997.675, obs. P. Jourdain ; *Rev. Resp. Civ et assur*. 1997, comm. 191 ; *Les Petites Affiches* 8 mars 1999, note Lucas-Gallay), qui, dans un chapeau intérieur, avait énoncé, en attendu de principe, qu'il résulte de l'article 16-3 du Code civil que nul ne peut être contraint, hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale.

Mais alors que dans le moyen de son pourvoi, la victime, visant notamment l'article 16-3 du Code civil, selon lequel "*il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne et le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement (...)*", entendait ainsi se placer sur ce terrain de l'inviolabilité du corps humain et de la liberté de choix du malade quant aux soins, l'arrêt rendu le 19 juin 2003 va encore plus loin dans la "logique indemnitaire qui domine la responsabilité civile depuis plusieurs décennies" (D. 2003.2326, note J.-P. Chazal, préc.), en énonçant un principe plus général, désormais détaché d'une prise d'appui sur les lois de bioéthique protégeant l'intégrité physique de la personne (Rappr., JCP 2003.II.10170, note C. Castets-Renard ; *Rev. Resp. Civ. et assur.* 2004.6, Chron. M.-A. Agard, *Ne t'aide pas, le ciel t'aidera quand même !*).

Cette volonté d'élargissement est parfaitement mise en lumière par la seconde espèce, rendue le même jour, dans laquelle la Cour de cassation a étendu l'application du principe ci-dessus dégagé à un comportement non plus personnel à la victime, mais économique.

Il a ainsi été jugé qu' une victime, qui exploitait un fonds de boulangerie, n'était pas tenue de faire exploiter - par exemple, en gérance - le fonds de commerce par un tiers et qu'elle devait obtenir l'indemnisation de son préjudice résultant, pour elle-même, de la perte de son fonds, resté longtemps inexploité et ayant perdu toute valeur du fait de la disparition de la clientèle et de l'obsolescence du matériel, et pour sa fille, de la perte de chance d'avoir pu reprendre un fonds de commerce prospère. En conséquence, alors qu'il ressortait des constatations de l'arrêt attaqué que la victime avait subi, du fait de l'accident, pendant de nombreux mois une incapacité temporaire totale et partielle de travail, puis qu'elle avait conservé une incapacité permanente partielle l'empêchant de reprendre son activité de boulangerie, ce dont il résultait l'existence d'un lien de causalité directe entre l'accident et le préjudice allégué, une cassation pour violation de l'article 1382 du Code civil est intervenue au regard du principe précité, nouvellement posé par la deuxième chambre civile.

B. LES ASSURANCES

1. Prescription biennale - Action dérivant du contrat d'assurance - Action du vendeur bénéficiant d'une clause de réserve de propriété

1ère Chambre civile, 1er avril 2003 (Bull. n˚91)

Une société ayant vendu des marchandises avec une clause de réserve de propriété et transfert immédiat des risques à un acquéreur, dans les locaux duquel elles avaient été détruites par un incendie, avait assigné en paiement de l'indemnité d'assurance la compagnie auprès de laquelle l'acheteur, ensuite mis en liquidation judiciaire, avait fait assurer ces biens. Son action avait été jugée irrecevable comme prescrite par les juges du fond.

Le moyen reprochait à la cour d'appel d'avoir fait application de la prescription biennale édictée par l'article L. 114-1 du Code des assurances alors d'une part que le vendeur exerçait une action en revendication de l'indemnité subrogée aux biens sinistrés, que d'autre part son action résultait du droit de propriété sur les biens et n'était donc pas fondée sur la police et enfin que les exceptions au paiement d'une indemnité d'assurance qui naissent postérieurement au sinistre ne sont pas opposables aux tiers munis de sûretés.

Ce dernier grief ne pouvait être utilement invoqué dès lors que le vendeur bénéficiant d'une clause de réserve de propriété avec transfert immédiat des risques n'a pas la qualité de créancier hypothécaire ou privilégié au sens de l'article L. 121-13 du Code des assurances.

En outre, s'il agit en tant que propriétaire des marchandises dans la

mesure où il n'a pas reçu paiement de leur prix, pour obtenir, au cours de la procédure collective dont fait l'objet l'acquéreur, l'indemnité subrogée aux biens dont il est demeuré propriétaire, qui n'est pas entrée dans le patrimoine de l'acheteur (Com. 6 juillet 1993, Bull. n° 282), il ne saurait être retenu que ce vendeur exerce une action réelle lorsqu'il sollicite paiement de la somme d'argent représentant cette indemnité. La critique tirée de ce qu'était en cause une action en revendication ne pouvait dès lors être accueillie.

Restait à déterminer si l'action litigieuse dérivait du contrat d'assurance au sens de l'article L. 114-1 du Code des assurances.

Il est de jurisprudence constante que la prescription biennale ne s'applique pas à la victime qui agit contre l'assureur de responsabilité civile en exerçant une action directe mais, ainsi que l'avait relevé la cour d'appel, l'assurance des marchandises dont les risques avaient été immédiatement transférés à l'acquéreur n'était pas une assurance de responsabilité.

Il a en revanche été jugé que cette prescription est opposable au bénéficiaire d'une assurance pour compte (Civ. 1ère, 17 juillet 1985, Bull. n° 227) et au tiers qui invoque le bénéfice de l'assurance (Civ. 1ère, 7 octobre 1992, Bull. n° 242).

Dans le prolongement des solutions d'ores et déjà dégagées, la première chambre a approuvé la cour d'appel d'avoir déclaré la prescription biennale applicable à l'action personnelle en paiement de l'indemnité d'assurance exercée par le vendeur en cas de vente avec une clause de réserve de propriété et transfert immédiat des risques, action exercée, après l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'acquéreur, à l'encontre de l'assureur de ce dernier.

2. Assurance de personnes - Accidents corporels - Accident ou maladie - Indemnité - Caractère indemnitaire - Condition
(Assemblée plénière, 19 décembre 2003, Bull. n° 8 ; BICC n° 593 , p. 4, rapport de Mme Tric et avis de M. Benmakhlouf)

Les rapports annuels de 1993 et 1998 se sont déjà fait l'écho de l'évolution jurisprudentielle, résultant tant de l'apparition de nouvelles assurances de personnes que des modifications législatives.

Depuis longtemps (18 septembre 1990, RGAT 1990 p 841), la chambre criminelle considère que la prédétermination contractuelle de la prestation servie par l'assureur n'est pas, à elle seule, un obstacle à sa qualification indemnitaire, ce qui entraîne la possibilité du recours subrogatoire de cet assureur.

Depuis le 17 mars 1993 (Bull. n° 113), la première chambre civile au contraire estimait que les prestations servies revêtent un caractère forfaitaire et non pas indemnitaire, dès lors qu'elles sont calculées en fonction d'éléments prédéterminés par les parties indépendamment du préjudice subi par l'assuré.

La deuxième chambre civile (6 novembre 1996, Bull. n° 244) et la chambre sociale (4 juillet 1996, pourvoi n° 94-18.221) avaient adopté la même position que la première chambre.

Cette position était critiquée par la doctrine qui soulignait que même les prestations incontestablement indemnitaires servies en exécution de contrats d'assurance de dommages étaient fixées en partie selon des éléments prédéterminés par le contrat d'assurance.

La première chambre avait fait un pas vers un abandon du critère fondé sur le calcul de la prestation en fonction de son caractère prédéterminé en jugeant, le 15 décembre 1998 (Bull. n° 355), en présence d'une clause subrogatoire, que le caractère prédéterminé de la prestation d'assurance ne fait pas obstacle à ce que les parties lui confèrent, lorsqu'il existe un tiers responsable, la nature d'une avance sur indemnité et la soumettent au recours subrogatoire de l'assureur.

Dans l'espèce soumise à l'Assemblée plénière, sous l’empire des dispositions antérieures aux lois de 16 juillet 1992 et 8 août 1994, il n'y avait pas de clause subrogatoire, mais le pourvoi voulait faire juger que la volonté des parties résultait de la façon même dont la prestation était calculée.

L'Assemblée a nettement abandonné le critère du caractère prédéterminé, mais en l'espèce, elle a considéré que les juges du fond avaient fait ressortir le caractère forfaitaire de la prestation convenue, calculée et attribuée selon des modalités indépendantes du préjudice effectivement subi.

Le rôle du juge est donc de vérifier la qualification donnée par les parties lorsqu'elles ont exprimé leur volonté, et de qualifier lui-même la prestation en l'absence de clause, en s'assurant que l'indemnité est calculée en fonction du préjudice effectivement subi.

3. Assurance obligatoire des véhicules - Assurance responsabilité - Garantie - Limitation fixée par la police - Utilisation du véhicule - Déplacements privés - Accident causé par un préposé au cours d'un déplacement professionnel - Employeur assuré pour l'utilisation d'un véhicule par un préposé - Effet

1ère Chambre civile 9 juillet 2003 (Bull. n°166)

La première chambre avait, en 1993, retenu, dans le cas d'un accident de la circulation occasionné par un préposé qui conduisait son véhicule personnel, assuré seulement au titre des déplacements privés, que l'assurance de l'employeur déclaré civilement responsable couvrant l'utilisation d'un véhicule par ses préposés pour les besoins du service, devait seule s'appliquer (Civ. 1ère, 17 novembre 1993, Bull. n° 327).

Cet arrêt, demeuré isolé, a été critiqué par la doctrine soulignant que la garantie de l'employeur revêtait un caractère subsidiaire, que le préposé était le gardien du véhicule et que l'assurance automobile avait un caractère obligatoire.

De plus, dans le cadre de la convention IRSA 1997, les assureurs ont convenu dans l'hypothèse d'un accident causé par le préposé avec son propre véhicule, que l'assureur qui garantissait l'usage du véhicule au moment de l'accident supportait seul la charge du sinistre.

La première chambre, animée aussi par le souci de ne pas mettre à découvert les victimes dans les cas où l'assurance du commettant ne peut pas couvrir le sinistre, a donc opéré un revirement de jurisprudence.

Elle est revenue à la jurisprudence adoptée en 1975 selon laquelle le dépassement de la limitation stipulée constitue un cas d'aggravation du risque et non un cas de non-assurance (Civ. 1ère, 3 mai 1975, Bull. n° 197), mais en se fondant sur l'assurance obligatoire des véhicules.

Elle a ainsi affirmé que les contrats d'assurance prévus par l'article L. 211-1 du Code des assurances devaient couvrir la responsabilité civile de toute personne ayant la garde ou la conduite même non autorisée du véhicule et que les clauses d'exclusion de garantie qu'ils pouvaient comporter étaient limitativement prévues par le législateur.

Elle en a déduit que violait ce texte ainsi que les articles L. 211-5, R. 211-10 et R. 211-11 du Code des assurances, l'arrêt qui retenait la garantie de la compagnie d'assurance couvrant la responsabilité civile de l'employeur et écartait celle qui couvrait le salarié pour un usage privé de son véhicule.

4. Assurance construction - Étendue de la garantie de l'assureur et obligation de renseignement pesant sur celui-ci
3ème Chambre civile, 17 décembre 2003 (à paraître)

Un entrepreneur avait assuré sa responsabilité décennale en déclarant qu'il n'exerçait que l'activité codifiée n° 22 concernant la couverture et la zinguerie sans mentionner celle codifiée sous le n°16 visant les travaux courants

de charpente. Son assureur lui avait délivré une attestation d'assurance certifiant l'existence d'un contrat d'assurance responsabilité décennale en cours de validité, sans mention de l'activité déclarée. L'entrepreneur avait accepté de réaliser le lot “charpente-couverture” pour des clients faisant construire une maison individuelle. Un dommage s'étant produit, la cour d'appel avait écarté la garantie de l'assureur et rejeté l'action en responsabilité quasi-délictuelle dirigée contre ce dernier par les maîtres de l'ouvrage.

S'agissant de la non garantie de l'assureur, l'arrêt approuve cette décision dans les termes suivants, désormais classiques : “*si le contrat d'assurance de responsabilité obligatoire que doit souscrire tout constructeur ne peut comporter des clauses et exclusions autres que celles prévues par l'annexe I à l'article A.243 du Code des assurances, la garantie de l'assureur ne concerne que le secteur d'activité professionnel déclaré par le constructeur*”.

La solution retenue par la troisième chambre désormais en charge du contentieux de l'assurance construction obligatoire, s'inscrit, en effet, dans le droit fil d’une jurisprudence constante depuis un arrêt de principe de la première chambre du 29 avril 1997 (Bull. n° 131) dont il résulte que : “*La déclaration d'activité est un élément fondamental qui permet à l'assureur de mesurer exactement le risque qu'il couvre et l'étendue de sa garantie. L'équilibre même des contrats comme le principe de leur exécution de bonne foi, ne permet pas d’imposer à l'assureur des garanties qui n’entraient pas dans le champ de ses engagements*” (rapport annuel de la Cour de cassation 1997, p.284).

Mais l'apport majeur de l'arrêt concerne la faute pouvant engager la responsabilité de l'assureur : en effet l'arrêt casse l'arrêt attaqué en retenant que “*l'assurance de responsabilité obligatoire dont l'existence peut influer sur le choix d'un constructeur étant imposée dans l’intérêt des maîtres de l'ouvrage, il appartient à l'assureur, tenu d'une obligation de renseignement à l'égard de son assuré à qui il délivre une attestation nécessairement destinée à l'éventuelle information des bénéficiaires de cette garantie, de fournir les informations précises sur le secteur d'activité professionnel déclaré*”.

Selon l'article L. 243-1 du Code des assurances, toute personne soumise aux obligations d'assurance de responsabilité doit être en mesure d'en justifier et, selon l'article R. 243-1 du même code, la justification doit être apportée, lors de la déclaration d'ouverture de chantier, à l'autorité compétente pour recevoir cette déclaration. En outre, pendant l'exécution des travaux, le maître de l'ouvrage peut demander à tout intervenant à l'acte de construire de justifier qu'il a satisfait à son obligation de souscrire une assurance de responsabilité.

Cette justification se réalise dans la pratique par la production d'une

attestation d'assurance que l'assureur est tenu de délivrer à son assuré.

Si la jurisprudence est particulièrement stricte sur l'obligation de délivrance d'une attestation d'assurance (Civ. 3ème, 6 janvier 1991, Bull. n° 6) et sur son contenu (Civ. 1ère, 15 janvier 1991, Bull. n°15), la Cour de cassation ne s'était pas encore prononcée sur la nécessaire délivrance, par l'assureur, dans un souci de protection des maîtres de l'ouvrage, d'une attestation précisant très exactement l'activité déclarée par son assuré. Elle le fait par cet arrêt en décidant que l'assureur, tenu d'une obligation de renseignement, et qui ensuite conteste sa garantie, commet une faute engageant sa responsabilité s'il néglige de porter cette information sur l'attestation d'assurance.

5. Assurances construction - Affectation de l'indemnité versée par l'assureur dommages ouvrage

3ème Chambre civile, 17 décembre 2003, 2 arrêts (à paraître)

La troisième chambre civile répond pour la première fois dans deux arrêts du 17 décembre 2003 à la question de savoir si l'indemnité versée par l'assureur dommages ouvrage à la victime dans le cadre de la procédure instituée par l'article L. 242-1 du Code des assurances doit être obligatoirement affectée à la réparation des dommages résultant des désordres de nature décennale.

Dans la première espèce (pourvoi n° 02-19.034), l'assureur dommages ouvrage avait versé une indemnité destinée à procéder à la réparation des dommages dont la victime ne s'était pas servie en totalité, effectuant des travaux différents de ceux qui avaient été préconisés dans le cadre de l'expertise amiable.

Dans la seconde espèce (pourvoi n° 01-17.608), l'indemnité versée par l'assureur dommages ouvrage s'était révélée supérieure à ce qui était nécessaire pour procéder à la réparation des dommages.

Dans les deux cas, l'assureur dommages ouvrage avait agi en répétition de l'indû.

La solution nouvelle adoptée par la troisième chambre civile pose le principe selon lequel l'indemnité versée par l'assureur dommages ouvrage au titre du préfinancement est affectée obligatoirement à la réparation des dommages résultant des désordres de nature décennale, la victime ne pouvant pas, contrairement au principe général en matière d'assurance, disposer librement de son indemnité. La Cour de cassation considère que les dispositions de l'article L. 242-1 du Code des assurances ont institué une procédure spécifique de préfinancement qui rend obligatoire l'affectation de l'indemnité

à la réparation des dommages.

Cette jurisprudence met fin à une incertitude génératrice de discussions en doctrine et d'hésitations jurisprudentielles.

L'obligation pour la victime d'affecter l'indemnité versée par l'assureur dommages ouvrage à la réparation des dommages résultant de désordres de nature décennale constitue la contrepartie de l'obligation de préfinancer les travaux selon une procédure stricte et des délais courts, pesant sur l'assureur dommages ouvrage.

Cette obligation d'affectation doit inciter la victime à réaliser les travaux conformément à ce qui a été convenu avec l'assureur dommages ouvrage et préfinancé par ce dernier et doit ainsi mettre fin définitivement aux désordres, objets de la procédure.

VI - LA PROCÉDURE CIVILE ET L'ORGANISATION DES PROFESSIONS

A. PROCÉDURE CIVILE

1. Séparation des pouvoirs - Compétence du juge judiciaire pour ordonner en cas de voie de fait la démolition d'un ouvrage public

3ème Chambre civile, 30 avril 2003 (Bull. n° 92)

Par cet arrêt, la Cour de cassation modifie sa jurisprudence en infléchissant le principe de l'intangibilité de l'ouvrage public, qui interdisait, même en cas d'emprise irrégulière ou de voie de fait, aux juridictions de l'ordre judiciaire de prescrire des mesures de nature à porter atteinte à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public, seuls des dommages-intérêts pouvant être alloués au propriétaire dépossédé de son bien par l'implantation de cet ouvrage.

Le juge judiciaire est désormais reconnu compétent, en cas de voie de fait, pour ordonner la démolition de l'ouvrage public. Toutefois, cette compétence est assortie d'une condition, tenant à l'absence d'engagement par l'administration d'une procédure de régularisation appropriée.

La Cour de cassation se conforme ainsi à la solution consacrée par le tribunal des conflits dans sa décision du 6 mai 2002 (Bull. 2002, tribunal des conflits, n° 10, p. l4).

2. Fin de non-recevoir - Définition - Clause instituant un préalable obligatoire de conciliation

(Chambre mixte, 14 février 2003, Bull. n° 1 ; BICC n° 576, p. 41, rapport de M. Bailly et avis de M. Benmakhlouf)

Les divergences d'appréciation qui étaient apparues, notamment entre la 1ère chambre civile (23 janvier 2001, Bull. n° 11) et la 2ème chambre civile (6 juillet 2000, P. n° 98-17.827), à propos des effets d'une clause de conciliation ou de médiation préalable sur la recevabilité d'une action soumise au juge sans qu'elle ait été respectée, ont conduit à soumettre cette question à une chambre mixte. Divers arguments pouvaient être opposés à l'admission d'une fin de non-recevoir : force obligatoire du contrat, caractère non limitatif de l'énumération de l'article 122 du NCPC, position du juge administratif sur la question, principes directeurs du procès civil, intérêt des parties et des juridictions, développement actuel des modes alternatifs de résolution des litiges. En sens inverse, ou pouvait faire valoir qu'aucun texte ne prévoyait une telle cause d'irrecevabilité, dont la mise en oeuvre pouvait empêcher un accès au juge, que le régime des fins de non-recevoir était trop rigoureux, que le demandeur risquait de se heurter à une prescription, après l'échec d'une

tentative de conciliation, et que les chances d'un rapprochement amiable étaient limitées lorsque le litige était déjà soumis au juge. Ce sont les premiers arguments qui l'ont emporté, la chambre mixte ayant ainsi relevé que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées dans le nouveau Code de procédure civile, que la convention instituant un préliminaire obligatoire de conciliation est licite et s'impose au juge, dès lors que les parties l'invoquent, et qu'elle doit en conséquence entraîner l'irrecevabilité d'une demande formée sans que la procédure de conciliation ait été mise en oeuvre, l'arrêt ajoutant incidemment que cette mise en oeuvre suspend le cours de la prescription jusqu'à l'issue de la procédure conventionnelle de conciliation. Cette précision répond ainsi à la principale objection que l'on pouvait adresser à la sanction de l'irrecevabilité et qui tient aux risques encourus par le demandeur, lorsque l'exercice d'une action est enfermé dans un bref délai de prescription. Il restera à dire si la validité de principe de la clause de conciliation préalable ainsi reconnue s'applique en toute matière.

3. Pourvoi sans représentation obligatoire - Nécessité d'une lettre recommandée - Irrecevabilité du pourvoi formé par lettre simple "suivie"

2ème Chambre civile, 18 décembre 2003 (pourvoi n°02-60.551, Bull. à paraître)

Aux termes de l'article 999, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, en matière d'élections professionnelles, le pourvoi en cassation est formé par déclaration orale ou écrite que la partie ou tout mandataire muni d'un pouvoir spécial, fait, remet ou adresse par pli recommandé au secrétariat de la juridiction qui a rendu la décision attaquée. Faisant une stricte application de cette disposition, la 2ème chambre civile décide qu'est irrecevable le pourvoi formé par déclaration écrite adressée au greffe par lettre simple "suivie".

Par un arrêt du 20 octobre 1993 (Bull., n° 292), la 2ème chambre civile avait déjà décidé, en matière de prolongation du maintien en rétention, que faute d'être recommandée, la lettre envoyée par un étranger pour se pourvoir en cassation ne satisfait pas aux exigences des articles 984 du nouveau Code de procédure civile et 13 du décret du 12 novembre 1991 pris pour l'application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

S'agissant des pourvois formés en matière de surendettement, en application de l'article R. 333-1 du Code de la consommation, qui renvoie à l'article 984 du nouveau Code de procédure civile, la 1ère chambre civile avait, de manière constante, adopté la même position (Civ. 1ère, 18 mars 1999, pourvoi n° 97-04.186 ; 5 janvier 2000, pourvoi n° 98-04.137 ; 11 juillet 2001, pourvoi n° 00-04.007 ; 30 janvier 2002, pourvoi n° 01-04.092).

Confortant cette prise de position, la solution qui vient d'être clairement dégagée par l'arrêt susvisé du 18 décembre 2003, a vocation à s'appliquer à toutes les procédures sans représentation obligatoire dans lesquelles les textes prévoient que le pourvoi est formé par lettre ou pli recommandé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, que ce soit celles de droit commun soumises à l'article 984 du nouveau Code de procédure civile, celles en matière électorale, relevant du contentieux des inscriptions sur les listes électorales en matière d'élections politiques, qui obéissent aux dispositions particulières de l'article R. 15-2 du Code électoral reprises à l'article 996 du nouveau Code de procédure civile, ou relatives aux élections professionnelles régies par l'article 999 du même Code, ou encore celles relevant de textes spéciaux tels que l'article 13 du décret n° 91-1164 du 12 novembre 1991 pris pour l'application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et l'article 13 du décret n° 92-1333 du 15 décembre 1992 pris pour l'application de l'article 35 *quater* de cette ordonnance.

S'agissant d'une voie de recours extraordinaire, il est apparu inopportun que, par l'admission de pourvois formés par télécopie, courriel électronique, lettre simple, ou comme en l'espèce, lettre postale “suivie”, la Cour de cassation déroge aux exigences textuelles, de tels assouplissements, non nécessaires, présentant de graves inconvénients comme celui d'entraîner une rupture d'égalité dans le mode de computation des délais de recours (à partir de la date d'envoi d'une lettre recommandée et de la date de réception au greffe s'agissant d'une lettre simple) ou d'aller à l'encontre du principe de sécurité juridique.

De même, alors que, sauf texte dérogatoire particulier (par ex., art. 9 des décrets précités des 12 novembre 1991 et 15 décembre 1992, qui prévoient une déclaration par “tous moyens” en matière de maintien d'étrangers en rétention ou en zone d'attente), la Cour de cassation n'admet pas qu'un appel puisse être formé par télécopie (Civ. 2ème, 8 juin 1995, Bull., n° 175 et n° 180 ; Soc., 18 novembre 1998, Bull., n° 505), il conviendra sans doute qu'une réflexion soit menée - peut-être à la lumière des nouveaux textes de procédure civile en préparation, qui reprennent l'exigence de la forme recommandée -sur la jurisprudence de la Cour de cassation admettant, contre la lettre des textes actuels dans lesquels elle ne voit qu'une formalité *ad probationem* en faveur de l'appelant, la recevabilité des appels formés par lettre simple (Soc., 17 juillet 1991, Bull. n° 371 ; Civ. 1ère, 2 novembre 1994, Bull., n° 315 ; Civ. 1ère, 29 juin 1994, Bull. n° 228).

4. Procédure de la mise en état - Conseiller de la mise en état - Ordonnance de la mise en état - Voies de recours - Déféré - Excès de pouvoir

2ème Chambre civile, 18 septembre 2003 (Bull. n°284)

Aux termes de l'article 914 du nouveau Code de procédure civile, les ordonnances du conseiller de la mise en état, qui n'ont pas l'autorité de la chose jugée au principal et qui peuvent être remises en cause par la formation collégiale à laquelle ce magistrat appartient, sont susceptibles d'être déférées à cette même formation dans certains cas énoncés par le second alinéa du même article.

Ceci pose la question de la recevabilité, par la Cour de cassation, d'un recours fondé sur un excès de pouvoir contre une ordonnance rendue par ce magistrat.

La jurisprudence considère, en effet, qu'une décision entachée d'excès de pouvoir ne peut demeurer dans l'ordonnancement juridique et qu'un recours doit toujours être ouvert alors même que la loi n'en prévoit aucun.

Plusieurs arrêts ont énoncé que les ordonnances rendues par le conseiller de la mise en état ne sont susceptibles d'aucun recours "*sauf excès de pouvoir*" (Civ. 2ème, 26 juin 1991, Bull. n° 190, Civ. 2ème,e 18 octobre 2001, pourvoi n° 00-12.251, Com., 23 janvier 2001, pourvoi n° 97-19.815 notamment), mais aucune décision de la Cour de cassation n'ayant censuré l'ordonnance d'un conseiller de la mise en état pour ce motif, demeurait en suspend la question de la compétence : l'ordonnance du conseiller de la mise en état suspecte d'excès de pouvoir doit-elle être déférée à la formation collégiale de la cour d'appel ou faire l'objet d'un pourvoi en cassation ?

C'est à cette question qu'a répondu la 2ème chambre civile par l'arrêt du 18 septembre 2003.

Le pourvoi portait sur l'ordonnance d'un conseiller de la mise en état qui avait refusé de faire injonction au procureur général de communiquer des pièces pénales et de faire procéder à une enquête auprès d'agents de la Commission des opérations de bourse, l'excès de pouvoir étant constitué, selon le demandeur, non seulement lorsque le juge va au-delà de ses pouvoirs, mais aussi lorsqu'il refuse de se reconnaître un pouvoir que la loi lui confère.

Considérant que la formation naturellement compétente pour examiner les recours contre les ordonnances de ce magistrat était la formation collégiale de la cour d'appel, la 2ème chambre en a déduit que seule cette formation pouvait se prononcer sur l'existence d'un éventuel excès de pouvoir.

Elle a, en conséquence, déclaré le pourvoi irrecevable.

5. Demande reconventionnelle ou défense au fond - Qualification indifférente - Obligation du juge - Réponse au fond

(Chambre mixte, 21 février 2003 Bull. n ˚3 ; BICC n ˚578, p. 5, rapport de M. Assié et avis de M. de Gouttes)

En dehors du cas où elle invoque l'exception de subrogation prévue par l'article 2037 du Code civil, la caution peut obtenir d'être déchargée en tout ou partie de son obligation en raison de la faute commise par le créancier à l'égard du débiteur principal. Lorsqu'elle ne réclame aucun autre avantage que le simple rejet total ou partiel de la prétention de son adversaire, elle peut procéder par voie de défense au fond. Lorsque, en revanche, elle prétend être déchargée indirectement en sollicitant des dommages et intérêts puis la compensation entre le montant de sa dette et celui de ces dommages et intérêts, sa demande doit être présentée par voie reconventionnelle (Com. 26 octobre 1999, Bull. n˚ 182 ; Civ. 1ère, 4 octobre 2000, Bull. n˚ 233).

L'arrêt de la chambre mixte, d'une grande importance pour les praticiens du droit, rappelle que, quant à leur mise en oeuvre procédurale, il n'y a pas de différence entre la demande reconventionnelle et le moyen de défense au fond. Comme toute demande intervenant au cours d'un procès déjà né, la demande reconventionnelle est une demande incidente. Or, en vertu de l'article 68 du nouveau Code de procédure civile, les demandes incidentes sont formées à l'encontre des parties à l'instance de la même manière que sont présentés les moyens de défense. Il en résulte que, quelle qu'en fût sa qualification procédurale, la cour d'appel devait répondre à la demande de la caution fondée sur de prétendues fautes de la banque dans le recouvrement de sa créance.

6. Procédures civiles d'exécution - Mesures d'exécution forcée - Saisie-attribution - Créance saisie - Saisie portant sur les fonds déposés par un avocat sur le compte de la CARPA

2ème Chambre civile, 9 janvier 2003 (Bull. n ˚4)

Il résulte des articles 237 et suivants du décret du 27 novembre 1991, 8 et 11 de l'arrêté du 5 juillet 1996 que la Caisse des règlements pécuniaires des avocats (CARPA) est titulaire d'un compte, ouvert auprès d'une banque, sur lequel les avocats ont l'obligation légale de déposer les fonds remis par leurs clients ; que si chaque avocat est titulaire, auprès de la CARPA, d'un compte individuel et de sous-comptes-affaires, il ne dispose de la signature sur son compte individuel qu'en qualité de mandataire du président de la CARPA ; qu'en cas de signification d'une saisie portant sur les fonds déposés par un avocat au nom de son client, la CARPA a seule la qualité de tiers saisi pour l'application des articles 44 de la loi du 9 juillet 1991 et 59 du décret du 31 juillet 1992. Et la nécessité d'interroger l'avocat titulaire du compte individuel peut constituer un motif légitime au sens de l'article 60 du même décret.

Troisième partie : la jurisprudence de la Cour

Lorsqu'une saisie-attribution est pratiquée sur des fonds portés sur le compte professionnel d'un avocat, ouvert au nom d'un de ses clients, qui, de l'avocat ou de la Caisse des règlements pécuniaires des avocats (CARPA), a la qualité de tiers saisi ?

La Cour de cassation répond pour la première fois à cette question, par un arrêt rendu en plénière de chambre.

Le premier moyen du pourvoi soutenait que l'avocat avait “aussi” la qualité de tiers saisi et, qu'à tout le moins, la saisie devait lui être dénoncée car lui seul possédait les informations précises concernant les fonds déposés sur son compte.

Pour décider que la CARPA avait la qualité de tiers saisi et que la saisie n'avait pas à être dénoncée à l'avocat, la 2ème chambre civile de la Cour de cassation a considéré que les textes qui régissent la CARPA et plus particulièrement l'article 240 du décret du 27 novembre 1991 et l'article II de l'arrêté du 5 juillet 1996 faisaient de la seule CARPA la titulaire du compte et qu'elle seule disposait des fonds et pouvait procéder au paiement réclamé par le créancier.

L'arrêt a écarté l'argument tiré de ce que l'avocat était le mieux à même de satisfaire à l'obligation légale de renseignement en se fondant sur les dispositions réglementaires susvisées qui précisent que la CARPA contrôle la situation bancaire de chaque compte, ce qui lui permet de fournir à l'huissier de justice instrumentaire les informations afférentes aux comptes des avocats.

Par cette décision, la 2ème chambre civile rappelle ainsi que le tiers saisi est à la fois celui qui détient des renseignements sur l'état de ses relations avec le débiteur de la saisie, et celui qui est seul tenu au paiement des causes de la saisie, dans la limite de son obligation.

7. Conflit de lois - Responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle - Loi applicable - Loi du lieu du fait dommageable
1ère Chambre civile, 28 octobre 2003 (Bull. n˚219)

Cet arrêt tranche deux questions importantes :

1˚) Pour demander réparation de son préjudice moral, la victime par ricochet qui n'est pas ayant-cause de la personne décédée et qui n'agit pas en qualité de cessionnaires d'obligations ou d'héritiers, ne peut pas bénéficier d'une stipulation pour autrui implicite au titre du contrat souscrit par la personne décédée de sorte que son action ne peut pas être fondée sur la responsabilité contractuelle d'une agence de voyage.

Cf commentaire p 439.

2˚) La loi applicable à la responsabilité extra-contractuelle est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit. Ce lieu s'entend aussi bien de celui du lieu du fait générateur du dommage que celui du lieu de réalisation de ce dernier. S'agissant du préjudice moral subi par les victimes par ricochet, qui est en relation directe avec le fait dommageable et qui trouve sa source dans le dommage causé à la victime, la loi applicable à sa réparation est celle du lieu où ce dommage s'est réalisé et non celui où ce préjudice moral est subi.

Une agence de voyage française ayant organisé un voyage au Cambodge, quatre personnes se sont noyées au cours d'une excursion sur le Mékong, leur embarcation ayant chaviré. Des proches des victimes ont assigné en France en revendiquant l'application de la loi française, la loi cambodgienne ne reconnaissant pas la réparation du préjudice moral. Dans le contexte de la jurisprudence d'ensemble relatif à cette détermination de la loi applicable, la solution donnée est spécifique du préjudice des seules victimes par ricochet.

En matière extra-contractuelle, en l'absence de convention internationale, la jurisprudence décide que l'action en réparation est soumise à la loi du lieu "où le fait dommageable s'est produit" :Civ. 1ère, 16 avril 1985, Bull. n˚ 114 ; c'est-à-dire "ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier": Civ. 1ère, 14 janvier 1997, Bull. n˚ 14 ; 11 mai 1999 Bull. n˚ 153. Cette localisation du dommage est parfois très délicate, notamment, en matière de préjudice moral ou de préjudice économique qui peuvent se prolonger dans le temps et dans l'espace et, surtout, qui génèrent des pluralités de rattachement possible. On peut donc privilégier soit le lieu du fait dommageable soit le lieu où le préjudice d'affection est subi, c'est-à-dire le domicile ou la résidence de la victime par ricochet.

La doctrine est divisée sur cette question, certains préconisant l'adoption de la loi du domicile, tout particulièrement pour la réparation du préjudice moral et des atteintes aux droits de la personnalité, dans le souci de protection des intérêts de la victime :H. Gaudemet-Tallon, Compétence et exécution des jugements en Europe, LGDJ ; M-A Moreau- Bourlès; G. Légier, Jurisclasseur de droit intern. Fasc. n° 553-1.
D'autres privilégient la loi du lieu de survenance du fait initial, du fait générateur du dommage dans le prolongement de la jurisprudence *Lautour* Civ 25 mai 1948 ; et notamment, le professeur Mayer : Droit international privé, Domat, 7ème ed n° 685.

Dans cet arrêt du 28 octobre 2003, la 1ère chambre civile a écarté, en ce qui concerne le préjudice des victimes par ricochet, la loi du domicile ou de la résidence au profit de celle du fait générateur en relevant, d'une part, que ce préjudice spécifique est en relation directe avec le fait dommageable, et, d'autre part, qu'il trouve sa source dans le dommage causé à la victime. Cette solution a l'avantage de coïncider avec certaines solutions données en matière de compétence juridictionnelle ; elle rejoint aussi celles adoptées dans plusieurs conventions internationales (Conventions de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière et du 2 octobre 1973 relative à la responsabilité du fait des produits).

Mais surtout, cette jurisprudence répond à des impératifs de concentration du contentieux, de prévisibilité et de sécurité juridique. Elle permet de soumettre à une même loi tous les dommages par ricochet quel que soit le domicile des victimes, qui peuvent être très divers dans des accidents collectifs ; elle assure pour les responsables et pour leurs assureurs une meilleure prévisibilité de la règle de droit et du risque, mais elle ne saurait régler de façon uniforme toutes les situation nées d'un même dommage.

B. ETRANGERS

Maintien en rétention administrative - Information de l'étranger, durant sa garde à vue, de l'infraction sur laquelle porte l'enquête - Mention nécessaire dans le procès-verbal

2ème Chambre civile, 22 mai 2003 (Bull. n° 152)

Il appartient au juge, saisi en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de se prononcer, comme gardien de la liberté individuelle, sur les irrégularités attentatoires à cette liberté, invoquées par l'étranger, d'une mesure de garde à vue lorsqu'elle précède immédiatement son maintien en rétention administrative.

Selon l'article 63-1 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction

issue de la loi du 15 juin 2000, toute personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire, ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête ; mention de cet avis est portée au procès-verbal et émargée par la personne gardée à vue.

Dès lors, viole les articles 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 63-1 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000, et 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le premier président qui, pour rejeter l'exception d'irrégularité de la mesure de garde à vue, invoquée par un étranger, et confirmer la décision prolongeant sa rétention administrative, retient qu'il résulte du procès-verbal d'interpellation, qu'à la vue des gendarmes, l'intéressé a tenté de contourner le dispositif mis en place afin de se soustraire au contrôle, qu'en cet état, la notification du placement en garde à vue mentionnant que l'intéressé fait l'objet de cette mesure en raison des indices faisant présumer qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction s'avère suffisante et qu'il n'est pas fondé à soutenir qu'il n'a pas été suffisamment informé des raisons de son placement en garde à vue, alors qu'il ne ressortait pas du procès-verbal de placement en garde à vue que l'étranger avait été informé de la nature de l'infraction sur laquelle portait l'enquête.

C. ORGANISATION DES PROFESSIONS

Avocat - Conseil de l'Ordre - Pouvoir réglementaire - Limites
1ère Chambre civile, 21 janvier 2003 (Bull. n° 16)

L'arrêt du 21 janvier 2003 intervient à l'occasion de l'adoption par un certain nombre de barreaux d'un règlement intérieur élaboré par le Conseil national des barreaux, réglementant notamment les conditions d'intégration et d'exercice de la profession d'avocat dans des réseaux nationaux ou internationaux non exclusivement juridiques, dits également "réseaux pluridisciplinaires". Il pose le principe selon lequel la fixation des règles de déontologie, qui revêt un caractère impératif pour la profession d'avocat, relève de la compétence du gouvernement agissant dans le respect des règles posées par l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

La première chambre civile a jugé, en conséquence, qu'un conseil de l'Ordre ne pouvait décider, sans créer une restriction générale et absolue et excéder ainsi ses pouvoirs, et cela indépendamment du mérite de la règle ainsi édictée, qu'un avocat ne pouvait participer à un réseau qu'à la condition que celui-ci comprît exclusivement des professionnels relevant de professions libérales réglementées ayant une déontologie déclinant une éthique commune

à celle des avocats et dont le respect était contrôlé par une institution ordinale ou autre.

Sur le même fondement, la première chambre a également décidé qu'il ne pouvait être reconnu à un conseil de l'Ordre le pouvoir de créer une incompatibilité non prévue par une disposition légale ou réglementaire, en l'espèce l'article 111 du décret du 27 novembre 1991, en faisant interdiction à un avocat membre d'un réseau de prêter son concours à son client, même avec l'accord de celui-ci, si un autre membre du réseau contrôlait ou certifiait les comptes de ce client, notamment en qualité de commissaire aux comptes.

Elle a jugé, en revanche, qu'il entrait dans les pouvoirs d'un conseil de l'Ordre d'imposer qu'un avocat fasse mention de son appartenance à un réseau pluridisciplinaire, dès lors que les dispositions de l'alinéa 3 de l'article 67 de la loi du 31 décembre 1971 favorisaient une information complète du public et ne faisaient que régir à titre transitoire, sans pour autant prononcer d'interdiction pour la suite, la situation des sociétés ou groupements de conseils juridiques affiliés à un tel réseau.

VII - LE DROIT PÉNAL ET LA PROCÉDURE PÉNALE

A. ACTION CIVILE

1. Recevabilité

a) Exigence d'un préjudice personnel directement causé par l'infraction
Chambre criminelle, 23 avril 2003 (Bull. n° 84)
Chambre criminelle, 2 septembre 2003 (Bull. n° 146)

Dans le cas de poursuites engagées pour entraves à la liberté du travail, une entreprise contrainte à une fermeture momentanée due à des barrages ayant empêché ses salariés non grévistes de se rendre à leur poste de travail ne peut obtenir réparation du préjudice commercial qu'elle subit, qui n'est que la conséquence indirecte de l'infraction, laquelle a pour seul objet la protection de la liberté du travail ; il s'agit de la reprise d'une solution constante (Crim. 15 mai 1987, Bull. n° 198) *(1er arrêt)*.

En matière d'injures et diffamation publique envers une administration publique, et alors même qu'il a qualité pour porter plainte au nom des services de police dont il a la charge et qui s'estimeraient diffamés, en application des articles 30 et 48 1°, de la loi du 29 juillet 1881, le ministre de l'Intérieur, qui n'est pas personnellement victime de l'infraction, ne tient d'aucune disposition spéciale le droit de se constituer partie civile pour obtenir réparation du préjudice causé, par l'infraction poursuivie, aux fonctionnaires de police et à l'administration qu'il dirige *(2ème arrêt)*.

b) Exceptions prévues par la loi

1) Infractions commises à l'occasion des élections
Chambre criminelle, 11 février 2003 (Bull. n° 27)

En application des dispositions combinées des articles 2 du Code de procédure pénale, L. 114, L. 248 et L. 261 du Code électoral, tout électeur inscrit sur la liste électorale de l'un des arrondissements de Paris, lesquels constituent autant de secteurs au sens des dispositions de l'article L. 261, alinéa 2, précité, peut, en raison de cette seule qualité, se constituer partie civile pour la poursuite des crimes ou délits commis à l'occasion de l'élection de l'un des membres du Conseil de Paris.

En application des articles 2 du Code de procédure pénale, L. 114 et L. 25 du Code électoral, selon lesquels tout électeur inscrit sur la liste électorale

de la commune a le droit de réclamer l'instruction ou la radiation d'un électeur omis ou indûment inscrit, tout personne inscrite sur la liste électorale de l'un des arrondissements de Paris, peut, en raison de cette seule qualité, se constituer partie civile, sur le fondement des articles L. 86 à L. 88 du Code électoral pour la poursuite des délits d'inscriptions ou radiations frauduleuses affectant la liste électorale de cette commune lors même que ces infractions auraient été commises à l'occasion d'élections législatives tenues dans un autre collège que celui auquel il appartient.

Cette solution vient étendre celle adoptée par l'arrêt du 10 mars 1987 (Bull. n° 117) qui avait constaté la recevabilité d'une telle action lorsqu'elle avait pour objet de poursuivre les crimes ou les délits commis à l'occasion des élections qui ont eu lieu dans son collège.

2) Le contribuable autorisé
Chambre criminelle 25 novembre 2003 (à paraître)

La constitution de partie civile d'un contribuable autorisé par décision administrative, en vertu de l'article L. 2132-5 du Code général des collectivités territoriales à se substituer aux organes de la commune, devient sans objet lorsque le maire intervient par la suite régulièrement dans l'information au nom de la collectivité territoriale ; cette décision vient compléter celle rendue le 15 novembre 2000 (Bull. n° 343) dans laquelle la chambre criminelle avait précisé que dans ce cas, ce contribuable peut se constituer partie civile par voie d'intervention devant le juge d'instruction si l'action publique à raison d'une partie des faits dénoncés avait déjà été engagée par le procureur de la République.

Elle se différencie de celle retenue dans le cas d'une constitution de partie civile d'un actionnaire exerçant l'action prévue par l'article L. 225-254 du Code de commerce, dite action "ut singuli", et pour laquelle la chambre criminelle a retenu que l'intervention, devant les premiers juges, du représentant légal de celle-ci ne pouvait priver le demandeur du droit propre appartenant à l'actionnaire de présenter des demandes au profit de la société et de relever appel en son nom (Crim., 12 décembre 2000, Bull. n° 372).

3) Action civile des syndicats
Chambre criminelle, 11 mars 2003 (Bull. n°239)

Aux termes de l'article L. 411-11 du Code du travail, les syndicats professionnels peuvent, au nom de la profession qu'il représentent, exercer tous

les droits reconnus à la partie civile, à condition que les faits déférés portent un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de ladite profession.

La chambre criminelle a estimé que le fait, pour une personne verbalisée par un contrôleur du Travail, de dénoncer faussement des faits de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires, contre ce fonctionnaire, porte préjudice à la profession à laquelle appartient l'intéressé et dont les syndicats qui représentant cette profession peuvent demander réparation.

c) Décès en cours d'instance
Chambre criminelle 4 novembre 2003 (à paraître)

La chambre criminelle a retenu la recevabilité de l'action civile d'une association, légataire universel d'une victime, décédée au cours de la procédure, précisant que l'action civile s'était transmise à chacun des héritiers qui sont fondés à obtenir la réparation du préjudice que cette infraction aurait causé à leur auteur et que le légataire universel est un héritier du fait du testament.

2. Procédure
Chambre criminelle 29 avril 2003 (Bull. n° 90)

Si la recevabilité de l'action de la partie civile, non jointe à celle du ministère public, est subordonnée au versement de la consignation mise à sa charge par le tribunal correctionnel, en application de l'article 392-1 du Code de procédure pénale, la chambre criminelle a eu l'occasion de préciser que l'absence de versement de cette consignation ne peut être une cause d'irrecevabilité de son action lorsque le tribunal a omis d'en fixer le montant et le délai de versement, comme les dispositions légales lui imposent de faire ; l'espèce soumise à la Cour concernait une citation directe délivrée par l'URSSAF en paiement de cotisations *(1er arrêt)*.

3. Appréciation du préjudice
Chambre criminelle, 4 février 2003 (Bull. n° 23)
Chambre criminelle, 23 septembre 2003 (Bull. n° 169)
Chambre criminelle, 21 octobre 2003 (à paraître)

Si la chambre criminelle n'exerce pas son contrôle sur l'évaluation du préjudice par les juges du fond, elle s'assure cependant de son caractère certain

et de son lien direct avec l'infraction.

Adoptant une solution communément admise par 2ème chambre civile, elle a considéré que le choix d'un barème de conversion pour fixer la créance de l'Etat à raison de la rente versée par celui-ci à la victime d'un accident de la circulation relevait du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond *(1er arrêt)*.

Elle avait à connaître, pour la première fois, de l'application des dispositions protectrices de l'article L. 121-31 du Code de la consommation, qui permettent, à l'occasion de poursuites pénales exercées contre le vendeur, le prestataire de service ou le démarcheur sur le fondement de l'article L. 121-26 du Code de la consommation, au client, victime de demander une somme égale au montant des paiements effectués ou des effets souscrits, sans préjudice de l'allocation de dommages et intérêts ; ainsi, en cas de remise d'un chèque d'acompte avant l'expiration du délai de réflexion de 7 jours prévu par l'article L. 121-25 du Code de la consommation, le client est recevable à demander une somme égale au montant du paiement effectué même si ce chèque n'a pas été encaissé avant l'expiration de ce délai légal ; dans cette situation le juge est dispensé d'apprécier, au regard de cette demande, l'existence et le montant du préjudice allégués *(2ème arrêt)*.

Elle a jugé enfin, sur une demande en indemnisation de chalutiers, titulaires d'une licence leur imposant des quotas de pêche, dans une procédure contre un chalutier dont le commandant ne respectait pas la réglementation de la zone concernée, que lorsque le préjudice de la partie civile n'est pas encore réalisé, il est néanmoins réparable lorsqu'il apparaît au juge du fait comme la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel et susceptible d'estimation immédiate *(3ème arrêt)*.

4. Articulation avec l'article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale

Chambre criminelle, 11 février 2003 (Bull. n° 30)

L'accident survenu au temps et au lieu du travail est un accident du travail ; la circonstance que l'employeur soit reconnu coupable du délit de travail dissimulé ne fait pas obstacle à l'application de l'article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale qui interdit à la victime d'exercer un recours de droit commun contre l'employeur et qui, par voie de conséquence, interdit toute action subrogatoire de la caisse ayant servi des prestations, pour en demander le remboursement.

B. ACTION PUBLIQUE

1. Extinction

a) Amnistie

Chambre criminelle, 23 avril 2003 (Bull. n° 84)
Chambre criminelle, 17 septembre 2003 (Bull. n° 166)
Chambre criminelle, 16 décembre 2003 (pourvoi n° E 02-87.389)

Ces trois arrêts concernent l'application de la loi du 6 août 2002 dans le domaine du travail, celui des assurances et d'atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité de la personne.

Ainsi, le délit d'entrave à la liberté du travail, prévu par l'article 431-1 du Code pénal, est amnistié par l'article 3.1° de la loi du 6 août 2002 qui prévoit l'amnistie des délits commis à l'occasion des conflits du travail ou à l'occasion d'activités syndicales et revendicatives des salariés, y compris au cours de manifestations sur la voie publique ou les lieux publics, si les auteurs encourent une peine inférieure à dix ans *(1er arrêt)*.

Méconnaît le sens et la portée de l'article 14.10° de la loi du 6 août 2002 la cour d'appel qui, pour exclure du bénéfice de l'amnistie la contravention de cinquième classe de défaut d'assurance, énonce que ladite contravention est prévue par le Code de la route alors que ce dernier se borne à reproduire les prévisions du Code des assurances *(2ème arrêt)*.

Enfin, l'article 14.9° de la loi du 6 août 2002, qui exclut du bénéfice de l'amnistie les infractions d'atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité de la personne commises à l'occasion de la conduite d'un véhicule, n'opérant aucune distinction, s'applique à la contravention de blessures involontaires retenue lors d'un accident de navigation fluviale *(3ème arrêt)*.

b) Prescription

1° Interruption

Chambre criminelle, 28 mai 2003 (Bull. n° 108)
Chambre criminelle, 9 juillet 2003 (Bull. n° 139)
Chambre criminelle, 1er octobre 2003 (pourvoi n° N 03-83.582)

Par le premier de ces arrêts, la chambre criminelle a rappelé et confirmé qu'en cas d'infractions connexes, un acte interruptif de prescription concernant

l'une d'elles a nécessairement le même effet à l'égard de l'autre et qu'il y a connexité lorsqu'il existe entre les diverses infractions des rapports étroits analogues à ceux que la loi a spécialement prévus *(1er arrêt)*.

Elle a, ensuite, jugé que constituaient des actes interruptifs de prescription le procès-verbal établi par les officiers et agents de police judiciaire contenant la dénonciation d'une infraction pénale et la convocation prévue à l'article 80-2 du Code de procédure pénale par laquelle le juge d'instruction avise une personne qu'il envisage de la mettre en examen *(2ème arrêt)*.

De même, la constitution de partie civile par voie d'intervention revêt le caractère d'un acte de poursuite qui interrompt la prescription de l'action publique *(3ème arrêt)*.

2° Suspension

Chambre criminelle, 25 février 2003 (Bull. n° 51)
Chambre criminelle, 20 mai 2003 (Bull. n° 98)
Chambre criminelle, 3 décembre 2003 (pourvoi n° T 03-82.966)

La chambre criminelle a jugé que faisait une exacte application des dispositions des articles 6 du Code de procédure pénale et 65 de la loi du 29 juillet 1881, la juridiction du second degré qui déclare l'action publique et l'action civile résultant d'un délit de presse éteintes par la prescription lorsque plus de trois mois se sont écoulés entre l'acte d'appel et la citation à la requête du procureur général pour l'audience de la cour d'appel.

En effet, d'une part, aucune autorité de chose jugée ne peut s'attacher au jugement de condamnation frappé d'appel, et, d'autre part, la partie civile ne peut invoquer une prétendue suspension de la prescription au motif d'un obstacle de droit ou d'une impossibilité d'agir. En cas d'inaction du ministère public, il appartient à la partie civile d'assigner le prévenu à l'une des audiences de la cour d'appel pour interrompre le cours de la prescription, sauf le droit pour la juridiction du second degré de renvoyer la cause à une autre audience par une décision interruptive de prescription *(1er arrêt)*.

Il se déduit de l'article 226-11 du Code pénal que la prescription de l'action publique du chef de dénonciation calomnieuse est suspendue tant que les poursuites pénales exercées du chef du délit dénoncé sont en cours et il importe peu, au regard de cette suspension, que la plainte du chef de dénonciation calomnieuse n'ait été déposée qu'après la décision définitive intervenue sur les faits dénoncés *(2ème arrêt)*.

Dans le dernier arrêt, la chambre criminelle a fait de nouveau application de sa jurisprudence selon laquelle “la prescription de l’action publique est suspendue lorsqu’un obstacle de droit met la partie poursuivante dans l’impossibilité d’agir” (arrêt de la chambre du 28 mars 2000 Bull. n° 139). Elle a jugé que la saisine du tribunal administratif par un contribuable, en application de l’article L. 4143-1 du Code général des collectivités territoriales, afin d’obtenir l’autorisation d’exercer l’action que la région a refusé ou négligé d’exercer, suspend la prescription pendant la durée de l’instance devant la juridiction administrative.

Par cet arrêt, la chambre criminelle a censuré l’arrêt de la cour d’appel qui avait estimé qu’aucun obstacle de droit n’empêchait l’exercice de l’action publique par le ministère public ou par la région victime directe des faits de prise illégale d’intérêts reprochés à son président, de sorte que la nécessité pour le plaignant, en sa qualité de contribuable, d’obtenir l’autorisation de se constituer partie civile à la place de la région, à défaut pour celle-ci d’agir, n’avait pas d’effet suspensif *(3ème arrêt)*.

3° Caractère d’ordre public
Chambre criminelle, 6 mai 2003 (Bull. n°92)

Cet arrêt confirme que la prescription de l’action publique, même quand elle est régie par l’article 65 de la loi du 29 juillet 1881, constitue une exception péremptoire d’ordre public qui doit être relevée d’office par le juge, sans qu’il y ait lieu d’en aviser les parties.

4° Peine
Chambre criminelle, 20 mai 2003 (Bull. n°100)

La chambre confirme, par cet arrêt, sa jurisprudence selon laquelle, d’une part, le jugement ou l’arrêt de condamnation prononcé par défaut fait courir à l’encontre de la personne condamnée le délai de prescription de la peine et, d’autre part, l’opposition à un jugement de défaut interrompt la prescription de la peine et constitue le point de départ d’un nouveau délai de prescription de l’action publique, la poursuite ayant repris son cours.

2. Mise en mouvement

a) Citation directe
Chambre criminelle, 29 avril 2003 (Bull. n°90)

Le défaut de versement, par la partie civile poursuivante, de la consignation imposée par l'article 392-1 du Code de procédure pénale n'est pas une cause d'irrecevabilité de la citation directe délivrée à sa requête lorsque le tribunal a omis d'en fixer le montant et le délai de versement.

b) Délit commis à l'étranger
Chambre criminelle, 11 juin 2003 (Bull. n° 119)

Aux termes de l'article 113-8 du Code pénal, en cas de délit commis à l'étranger contre un particulier, la poursuite ne peut être intentée qu'à la requête du ministère public et doit être précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis. Lorsque le procureur de la République a requis l'ouverture de l'information, puis son extension à d'autres faits, à la suite de plaintes des victimes ou de leurs ayants droit qui n'avaient pu mettre en mouvement l'action publique, la poursuite est régulièrement engagée.

c) Délit commis à l'occasion d'une poursuite judiciaire
Chambre criminelle, 2 septembre 2003 (Bull. n° 147)

L'exception préjudicielle à l'action publique prévue par l'article 6-1 du Code de procédure pénale est applicable lorsqu'un crime ou un délit prétendument commis à l'occasion d'une poursuite judiciaire impliquerait la violation d'une disposition de ce même Code et tel est le cas lorsqu'est dénoncée la violation du secret de l'instruction qu'auraient commise des fonctionnaires de police en permettant que des actes accomplis sur commission rogatoire d'un juge d'instruction soient filmés pour la réalisation d'un reportage de télévision.

Selon les dispositions du même texte, l'action publique ne peut alors être exercée que si le caractère illégal de la poursuite ou de l'acte accompli à cette occasion a été constaté par une décision définitive de la juridiction répressive saisie et ces dispositions, constituant un obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le moyen tiré de leur inobservation peut être soulevé à tout stade de la procédure.

d) Nécessité ou non d'une plainte préalable
Chambre criminelle, 21 janvier 2003 (Bull. n° 13)

Dans cette affaire concernant l'infraction d'émission de radiodiffusion sans autorisation, la chambre a retenu que si les dispositions de l'article 42-11

de la loi du 30 septembre 1986, analogues à celles de l'article 40, alinéa 2, du Code de procédure pénale, imposent au Conseil supérieur de l'audiovisuel de saisir le procureur de la République des infractions entrant dans les prévisions de cette loi, il ne s'ensuit pas que la mise en mouvement de l'action publique soit subordonnée, en l'absence d'une disposition législative expresse, à une plainte de cette autorité.

C. CASSATION

1. Pourvoi

a) Délai
Chambre criminelle, 25 février 2003 (Bull. n° 48)
Chambre criminelle, 13 mai 2003 (Bull. n° 95)

Le délai spécifique de pourvoi en cassation fixé pour les infractions de presse a conduit la chambre, dans cet arrêt, a confirmé sa jurisprudence selon laquelle lorsqu'un arrêt a statué à la fois sur deux infractions respectivement prévues par la loi sur la liberté de la presse et par un autre texte, le délai de pourvoi en cassation est de trois jours non francs en ce qui concerne les dispositions relatives à la première de ces infractions, en application de l'article 59 de la loi sur la liberté de la presse, et de cinq jours pour le surplus, en application de l'article 568 du Code de procédure pénale *(1er arrêt)*.

Selon les arrêts de l'Assemblée plénière du 2 mars 2001 (Bull. n° 56) et de la chambre criminelle du 16 mai 2001 (Bull. n° 127), d'une part, la juridiction ne peut juger un prévenu non comparant et non excusé sans entendre l'avocat présent à l'audience pour assurer sa défense, et, d'autre part, la présence de l'avocat ayant reçu mandat exprès de représenter le prévenu a pour effet de donner à l'arrêt un caractère contradictoire.

Conséquence de cette jurisprudence, la chambre criminelle, dans le second arrêt, a retenu que le prévenu, régulièrement cité, non comparant, dont l'avocat, présent à l'audience pour assurer sa défense, avait été entendu et avait déposé des conclusions, ne pouvait invoquer les dispositions de l'article 568, alinéa 2, du Code de procédure pénale, qui ne font courir le délai de pourvoi

qu'à compter de la signification de l'arrêt et que l'affaire ayant été mise en délibéré et l'avertissement prévu par l'article 462, alinéa 2, du même Code, ayant été donné, le délai de cinq jours francs pour se pourvoir en cassation a pour point de départ le jour du prononcé de la décision *(2ème arrêt)*.

b) Recevabilité
Chambre criminelle, 26 novembre 2003 (pourvoi n° E 03-82.563)

L'ordonnance de mise en accusation devant la cour d'assises, rendue par le juge d'instruction et ayant requalifié les faits de la poursuite, ne fait pas grief, au sens de l'article 186, alinéa 2, du Code de procédure pénale, aux intérêts de la partie civile dont les droits demeurent entiers devant la juridiction de jugement.

Est, en conséquence, irrecevable l'appel de cette ordonnance interjeté par la partie civile, et il en est de même du pourvoi formé contre l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant statué sur cet appel.

2. Juridiction de renvoi - Pouvoirs

a) Cassation - Juridiction de renvoi - Pouvoirs
(Assemblée plénière, 24 octobre 2003, Bull. crim. n° 3 ; BICC n° 588, p. 3, rapport de Mme Anzani 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 ordonnée 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 arrêt du 16 mai 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 23 février 1999 ayant déclaré irrecevable le pourvoi formé par M.

X... contre un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 2 octobre 1997 l'ayant condamné pour publicité fausse ou de nature à induire en erreur, faute pour lui de s'être mis en état conformément à l'article 538 du CPP 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 24 avril 2003, fait droit à la demande de réexamen du pourvoi.

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 deux importantes questions de procédure pénale.

La première concerne les pouvoirs de la juridiction saisie sur renvoi de l'affaire après cassation totale. L'Assemblée plénière a considéré que la Cour d'appel de renvoi avait le pouvoir d'interpréter les actes de la procédure dans un sens différent de celui retenu par la juridiction dont la décision a été cassée, alors même que la première interprétation n'avait pas été censurée par la chambre criminelle.

La seconde concerne les pouvoirs d'appréciation par la juridiction correctionnelle de l'étendue de sa saisine par l'ordonnance de renvoi rendue par le juge d'instruction. L'Assemblée plénière a énoncé que les juges du fond ne commettaient pas d'excès de pouvoir en interprétant l'ordonnance, notamment par référence au réquisitoire définitif dont celle-ci avait entièrement adopté les motifs.

Par ailleurs, la Cour de cassation a relevé un moyen d'office, invoquant le principe de la légalité des délits et des peines ; elle a ainsi appliqué les articles 111-3 et 131-10 du Code pénal et constaté que la peine complémentaire d'interdiction des droits civiques, civils et de famille prononcée par la Cour d'appel n'était pas prévue par les textes réprimant le délit de publicité mensongère, pour lequel le demandeur avait été condamné.

La condamnation à 3 ans de cette interdiction a donc été annulée.

b) *Chambre criminelle, 7 janvier 2003 (Bull. n° 2)*
Chambre criminelle, 24 octobre 2003 (pourvoi n° Z 97-85.763)

Dans cette affaire, un premier arrêt de relaxe du chef d'escroquerie avait été cassé au motif que la cour d'appel n'avait pas recherché, comme elle en avait le devoir, si les faits dont elle était saisie ne constituaient pas le délit de fraude ou fausses déclarations en vue d'obtenir ou faire obtenir des prestations de sécurité sociale indues.

Saisie d'un pourvoi contre l'arrêt rendu par la cour de renvoi, la chambre juge que manque en fait le moyen invoqué par le prévenu, pris d'une violation des droits de la défense, qui reproche à l'arrêt d'avoir modifié la qualification donnée à la prévention en se conformant aux prévisions de l'arrêt qui l'avait saisi.

Lorsqu'une décision de relaxe est annulée sur le seul pourvoi de la partie civile, la juridiction de renvoi ne peut prononcer une peine, la décision ayant acquis force de chose jugée en ce qui concerne l'action publique *(1er arrêt)*.

La cour d'appel statuant comme juridiction de renvoi après cassation totale apprécie souverainement les circonstances de l'espèce et, ainsi, n'excède pas ses pouvoirs la cour d'appel qui interprète l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel dans un sens différent de celui qu'avait retenu la cour d'appel initialement saisie et qui n'avait pas été censuré par l'arrêt de cassation intervenu *(2ème arrêt)*.

D. CIRCULATION ROUTIÈRE

Chambre criminelle, 1er octobre 2003 (pourvoi n° 02-87.349)
Chambre criminelle, 12 novembre 2003 (pourvoi n° 03-80.659)

Le titulaire du certificat d'immatriculation d'un véhicule est, selon l'article L. 121-3 du Code de la route, redevable pécuniairement de l'amende encourue pour une contravention à la réglementation sur les vitesses maximales autorisées, à moins qu'il n'établisse l'existence d'un vol ou de tout autre événement de force majeure ou qu'il n'apporte tous éléments permettant d'établir qu'il n'est pas l'auteur véritable de l'infraction.

Encourt la cassation l'arrêt qui relaxe le prévenu au motif qu'il n'avait pas été cité sur le fondement de cette disposition, alors que l'article L. 121-3 du Code de la route n'est pas un texte d'incrimination (1er arrêt).

Dans la seconde affaire, la chambre a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt qui, pour déclarer le prévenu coupable de la contravention prévue par

l'article R. 422-4 du Code de la route, avait relevé que celui-ci avait franchi, avec un camion d'un poids total autorisé en charge de dix-neuf tonnes, un pont ne pouvant être emprunté que par les véhicules d'un poids total autorisé en charge inférieur à seize tonnes.

Elle a, en conséquence, déclaré inopérant l'argument selon lequel, compte tenu de son chargement, le véhicule aurait été d'un poids réel inférieur à seize tonnes au moment du franchissement du pont (2ème arrêt).

E. CONTRÔLE JUDICIAIRE ET DÉTENTION PROVISOIRE

1. Contrôle judiciaire - Obligations

a) Ne pas se livrer à certaines activités professionnelles - Constituer des sûretés
Chambre criminelle, 5 mars 2003 (Bull. n° 59)

Dans cette affaire, une chambre de l'instruction avait confirmé l'interdiction faite à un mandataire judiciaire, placé sous contrôle judiciaire, d'exercer son activité professionnelle, en considérant que les infractions reprochées -complicité, recel et tentative d'escroquerie en bande organisée-, avaient été commises à l'occasion de l'exercice de cette activité, relevant que les infractions avaient été rendue possibles par "sa qualité et sa notoriété professionnelle", et facilitées par "son nom et sa réputation nationale".

La chambre de l'instruction avait, par ailleurs, pour caractériser le risque de commission d'une nouvelle infraction, retenu que "d'autres faits plus anciens, mais procédant apparemment du même mode opératoire, avaient été évoqués par plusieurs témoins faisant état de sa technique habituelle".

La chambre criminelle a censuré cette décision, rappelant que selon l'article 138, alinéa 2, 12°, du Code de procédure pénale, la juridiction d'instruction qui interdit à une personne mise en examen de se livrer à certaines activités de nature professionnelle ou sociale doit constater, d'une part, le lien étroit unissant l'activité professionnelle et l'infraction commise et, d'autre part, l'existence d'un risque de commission d'une nouvelle infraction. Or, les circonstances de fait relevées par l'arrêt ne caractérisaient ni ce lien entre les infractions et l'exercice de l'activité de mandataire judiciaire ni le risque actuel de commission d'une nouvelle infraction.

L'arrêt a également été censuré pour avoir rejeté l'offre de la personne

mise en examen de constituer une sûreté personnelle à la place du cautionnement qu'il avait l'obligation de fournir, en énonçant qu'une telle sûreté ne peut être destinée à garantir le paiement des frais, réparations et amendes prévus à l'article 142.2° du Code de procédure pénale, alors que, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 ayant modifié l'article 138.15° et complété l'article 142.2° de ce Code, la somme affectée à la seconde partie des sûretés peut être destinée à garantir le paiement de la réparation des dommages causés par l'infraction, des restitutions et des amendes et qu'il peut être décidé par le juge d'instruction que les sûretés garantiront dans leur totalité les droits des victimes.

b) Cautionnement
Chambre criminelle, 9 juillet 2003 (Bull. n° 133)
Chambre criminelle, 8 octobre 2003 (pourvoi n° P 02-88.225)

Ces deux arrêts concernent l'application de l'article 142 du Code de procédure pénale selon lequel la seconde partie du cautionnement garantit, en premier lieu, le paiement de la réparation des dommages causés par l'infraction et des restitutions et, en second lieu, le paiement des amendes.

Ainsi, méconnaît les dispositions de ce texte la décision qui affecte la seconde partie du cautionnement au seul paiement des amendes *(1er arrêt)*.

Et il en résulte que, même si la décision qui a ordonné le versement du cautionnement mentionne qu'il servira à garantir, pour une part, la représentation du mis en examen et l'exécution du jugement, et, pour le surplus, la réparation des dommages causés par l'infraction, cette seconde partie du cautionnement peut être affectée au paiement de l'amende douanière à laquelle l'intéressé a été ensuite condamné, dès lors que les parties civiles constituées ne réclament rien auprès du dépositaire du cautionnement *(2ème arrêt)*.

2. Détention provisoire

a) Débat contradictoire
Chambre criminelle, 28 janvier 2003 (Bull. n ° 19)
Chambre criminelle, 11 février 2003 (Bull. n ° 26)
Chambre criminelle, 9 juillet 2003 (Bull. n ° 135)

Dans le premier arrêt, la chambre précise qu'aucune autre signature que celles du juge et du greffier n'est nécessaire à la validité du procès-verbal prévu à l'article 145 du Code de procédure pénale dont le seul objet est d'établir que le débat contradictoire, tenu lors de l'audience de cabinet précédant la décision sur le placement en détention provisoire ou la prolongation de celle-ci, s'est déroulé conformément aux exigences légales. Et ainsi justifie sa décision la chambre de l'instruction qui refuse d'annuler le procès-verbal ne portant pas la signature de l'interprète, en énonçant que le procès-verbal du débat contradictoire, signé du juge des libertés et de la détention et du greffier, atteste la présence de cet interprète *(1er arrêt)*.

Aucune disposition légale ou conventionnelle n'interdit que le débat contradictoire prévu par l'article 145-2 du Code de procédure pénale, en vue d'une éventuelle prolongation de la détention provisoire, se tienne un samedi *(2ème arrêt)*.

Le fait, mentionné à la demande de l'avocat dans le procès-verbal du débat prévu par l'article 145 du Code de procédure pénale, que le représentant du ministère public ait eu un entretien avec le juge des libertés et de la détention avant la tenue de ce débat, ne peut faire naître dans l'esprit de la personne mise en examen un doute objectivement justifié quant au respect du principe du contradictoire *(3ème arrêt)*.

b) Demande de mise en liberté
Chambre criminelle, 3 juin 2003 (Bull. n ° 111)

Les dispositions de l'article 145-3 du Code de procédure pénale, selon lesquelles, dans les cas prévus par ce texte, les décisions ordonnant la prolongation de la détention provisoire ou rejetant les demandes de mise en liberté doivent comporter les indications particulières qui justifient en l'espèce la poursuite de l'information et le délai prévisible d'achèvement de la procédure n'imposent pas au juge des libertés et de la détention ou à la chambre de l'instruction de préciser, le cas échéant, les raisons pour lesquelles le délai d'achèvement qu'ils avaient prévu dans une précédente décision n'a pu être tenu.

c) Prolongation de la détention
Chambre criminelle, 11 mars 2003 (Bull. n° 61)
Chambre criminelle, 18 juin 2003 (Bull. n° 126)

En l'espèce, faisant application des textes en matière de terrorisme, la chambre criminelle retient qu'il résulte de l'article 706-24-3 du Code de procédure pénale, issu de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, que la détention provisoire peut être prolongée dans les conditions prévues par le deuxième alinéa de l'article 145-1 du même Code dans la limite d'une durée totale de trois ans lorsque la personne détenue est mise en examen pour le délit d'association de malfaiteurs ayant pour objet de préparer des actes de terrorisme prévu et réprimé par les articles 421-2-1 et 421-5 du Code pénal *(1er arrêt)*.

L'existence d'une condamnation prescrite, qui subsiste avec toutes ses conséquences de droit, et qui, lorsqu'elle est prononcée par défaut ou par contumace, devient irrévocable, en application de l'article 133-5 du Code pénal, permet de prolonger au-delà de quatre mois la détention provisoire d'une personne mise en examen, dans les conditions prévues par l'article 145-1, alinéas 2 et 3, du Code de procédure pénale. En revanche, la prise en compte d'une condamnation prononcée par une juridiction étrangère méconnaît le principe de la territorialité de la loi pénale *(2ème arrêt)*.

d) Référé-détention
Chambre criminelle, 1er avril 2003 (Bull. n° 81)
Chambre criminelle, 6 août 2003 (Bull. n° 144)

Les dispositions des articles 148-1-1 et 187-3 du Code de procédure pénale, relatives à la procédure du référé-détention, ne dispensent pas le procureur de la République de former son appel d'une ordonnance de mise en liberté non conforme à ses réquisitions par une déclaration au greffe signée par lui et le greffier *(1er arrêt)*.

Lorsque le juge des libertés et de la détention décide, non pas de refuser de faire droit à des réquisitions aux fins de prolongation de la détention provisoire d'une personne mise en examen, mais de mettre l'intéressé en liberté avant l'expiration du titre dont le renouvellement est demandé, sa décision entre dans le champ d'application de l'article 148-1-1 du Code de procédure pénale sur le référé-détention. Et n'encourt pas la censure l'arrêt de la chambre de l'instruction qui, après avoir infirmé ladite ordonnance, fait droit aux réquisitions du ministère public et ordonne la prolongation de la détention. En raison de l'effet dévolutif de l'appel, elle était tenue d'examiner le bien-fondé

de la prolongation, lors même qu'elle statuait après l'expiration du titre initial de détention *(2ème arrêt)*.

e) Nullité du placement en détention
Chambre criminelle, 3 juin 2003 (Bull. n° 112)
Chambre criminelle, 3 septembre 2003 (Bull. n° 152)

Il résulte des articles 122, 123 et 171 du Code de procédure pénale que l'ordonnance de placement en détention provisoire et le mandat de dépôt ne peuvent être annulés qu'en cas de méconnaissance d'une formalité substantielle, ayant porté atteinte aux intérêts de la personne mise en examen. Méconnaît ce principe la cour d'appel qui, après avoir constaté que l'ordonnance de placement en détention provisoire a été précédée d'un débat contradictoire régulièrement tenu en application de l'article 145 du Code de procédure pénale et qu'elle s'applique bien à la personne incarcérée, annule néanmoins ladite ordonnance et le mandat de dépôt dont elle est le support au motif qu'ils comportent une erreur matérielle relative à l'état civil de la personne mise en examen.

La procédure prévue par l'article 711 du Code de procédure pénale n'est pas applicable à la rectification de l'erreur matérielle affectant une ordonnance rendue par le juge des libertés et de la détention, qui peut prendre alors une ordonnance rectificative *(1er arrêt)*.

Lorsqu'un mandat de dépôt a été annulé pour vice de forme, aucune disposition du Code de procédure pénale n'interdit de placer à nouveau en détention provisoire la personne mise en examen, dans la même information et à raison des mêmes faits, sans qu'il y ait lieu de constater l'existence de circonstances nouvelles *(2ème arrêt)*.

F. COUR D'ASSISES

1. Composition de la cour d'assises

Chambre criminelle, 4 juin 2003 (Bull. n° 118)

Dans cette affaire, la chambre a eu à connaître de la situation dans laquelle plusieurs greffiers se sont remplacés au cours des débats à l'audience de la cour d'assises.

Elle a jugé que, dans une telle hypothèse, il incombait à chacun d'eux d'authentifier, par sa signature, la partie du procès-verbal concernant les actes auxquels il avait personnellement assisté, et que la cassation était encourue lorsque le greffier remplaçant n'avait pas, par sa signature, attesté de l'exactitude du procès-verbal pour la partie des débats auxquels il avait assisté.

2. Procédure antérieure aux débats

Chambre criminelle, 26 mars 2003 (Bull. n° 79, 2 arrêts)

Le pourvoi soumis à l'examen de la chambre dans cette affaire posait la délicate question de l'harmonisation des règles édictées en matière de contrôle de la régularité de la procédure antérieure à l'ouverture des débats devant la cour d'assises avec celles relatives à la procédure de contumace.

Elle a jugé qu'en vertu de l'article 305-1 du Code de procédure pénale, le contrôle de la régularité des actes de la procédure postérieurs à la décision de mise en accusation et antérieurs à l'ouverture des débats devant la cour d'assises appartient à cette juridiction, qui doit être saisie dès que le jury de jugement est définitivement constitué.

C'est donc par une exacte application de ce texte qu'après l'arrestation du contumax, la chambre de l'instruction s'est déclaré incompétente pour examiner la requête de l'intéressé aux fins d'annulation de l'exploit de signification de l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises et, qu'étant saisie d'une demande de mise en liberté présentée par le même accusé sur le fondement de l'article 148-1 du Code de procédure pénale, elle s'est également déclarée incompétente pour statuer sur la prescription de l'action publique qui résulterait de la nullité de l'exploit de signification de l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises.

3. Débats

a) Déroulement des débats

Chambre criminelle, 29 janvier 2003 (Bull. n° 21)
Chambre criminelle, 12 février 2003 (Bull. n° 35)
Chambre criminelle, 10 décembre 2003 (pourvoi n° 02-88.018)

Le président de la cour d'assises peut, par application des dispositions de l'article 339 du Code de procédure pénale, faire retirer un accusé de la salle d'audience non seulement pendant l'audition d'un témoin mais aussi durant l'interrogatoire d'un coaccusé.

Après application de ces dispositions, les débats ne peuvent être repris, aux termes des mêmes dispositions, qu'après que le président a instruit chaque accusé de ce qui s'est fait en son absence et de ce qui en est résulté *(1er arrêt)*.

Le deuxième arrêt apporte des précisions sur l'interdiction, édictée par l'article 331, alinéa 4, du Code de procédure pénale, d'interrompre un témoin au cours de sa déposition, sauf l'hypothèse visée à l'article 309.

La cassation est encourue en l'état des mentions du procès-verbal des débats selon lesquelles le président avait suspendu l'audience après la déposition du témoin, auquel des questions avaient été posées et dont l'audition avait été poursuivie à la reprise de l'audience, dès lors qu'il résultait de ces mentions que la déposition du témoin avait ainsi été interrompue *(2ème arrêt)*.

Enfin, le troisième arrêt précise la situation des coaccusés qui, bien que compris dans une même poursuite, ne comparaissent cependant pas devant les mêmes juges, par suite, notamment, d'une disjonction des poursuites.

Dans une telle hypothèse, ils doivent être entendus sous serment, sauf autre motif d'empêchement (tenant, par exemple, à l'existence d'une condamnation définitive prononcée à leur encontre) *(3ème arrêt)*.

b) Procès-verbal des débats
Chambre criminelle, 12 février 2003 (Bull. n° 33)
Chambre criminelle, 10 décembre 2003 (pourvoi n° 03-80.359)

Il n'importe que, dans le procès-verbal des débats, la décision de renvoi dont il a été donné lecture ait été inexactement qualifiée d'arrêt, et non d'ordonnance, dès lors qu'il n'en résulte aucune incertitude quant à l'acte de procédure dont la lecture a été faite.

Si le procès-verbal des débats n'est pas tenu de rendre compte du contenu des réquisitions orales du ministère public prises en application de l'article 346 du Code de procédure pénale, une telle mention, qui ne porte atteinte ni aux droits des accusés ni au principe de l'oralité des débats, ne saurait en revanche être de nature à entraîner la cassation.

Dès lors que le procès-verbal des débats constate la publicité de la première audience, il y a présomption, à défaut de constatation contraire, que la publicité s'est prolongée pendant toute la durée de l'affaire *(1er arrêt)*.

Si le procès-verbal des débats, signé par le président et la greffier, ne mentionne pas la date à laquelle il a été dressé et clos, aucune nullité n'est cependant encourue, dès lors qu'il n'est pas établi que l'absence de date ait eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de l'accusé *(2ème arrêt)*.

4. Appel des décisions

a) Conditions de l'appel
Chambre criminelle, 15 janvier 2003 (Bull. n° 9)
Chambre criminelle, 21 mai 2003 (Bull. n° 102)
Chambre criminelle, 23 juillet 2003 (Bull. n° 140)
Chambre criminelle, 26 novembre 2003 (pourvoi n° 03-87.030)

Les trois premiers arrêts rappellent qu'en application de l'article 380-2 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002, seul le procureur général peut faire appel des arrêts d'acquittement et que l'appel interjeté par le procureur de la République des dispositions d'un arrêt de la cour d'assises portant acquittement partiel est irrecevable *(1er, 2ème et 3ème arrêts)*.

En revanche, en vertu du principe général posé par l'article 34 du Code de procédure pénale, le procureur général peut exercer ce droit d'appel en personne ou par ses substituts *(4ème arrêt)*.

b) Incidences de la décision prise par la cour d'assises ayant statué en premier ressort sur la décision de la cour d'assises statuant en appel
Chambre criminelle, 10 décembre 2003 (pourvoi n° 02-86.863)

Lorsque l'accusé, poursuivi pour assassinat, a été condamné par la cour d'assises de première instance pour violences avec préméditation ayant entraîné la mort sans intention de la donner, la réponse négative à la question relative à l'intention de donner la mort ne lui est pas acquise et l'appel du ministère public saisit la juridiction du second degré de l'accusation initiale du chef d'assassinat qui n'a pas été légalement ni définitivement jugée.

5. Désignation de la cour d'assises pour statuer en appel
Chambre criminelle, 12 février 2003 (Bull. n° 33)

Selon l'article 380-14 du Code de procédure pénale, par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 180-1 dudit Code, en cas d'appel d'une décision de la cour d'assises d'un département d'outre-mer, la chambre criminelle peut désigner la même cour d'assises, autrement composée, pour connaître de l'appel.

6. Cour d'assises statuant en appel

a) Composition
Chambre criminelle, 21 mai 2003 (Bull. n° 103)

La chambre a précisé qu'aucun texte légal ou conventionnel n'interdisait à un magistrat du ministère public, qui ne décide pas du bien-fondé de l'accusation en matière pénale, de requérir successivement dans la même affaire devant les cours d'assises statuant en première instance et en appel.

b) Situation de la victime
Chambre criminelle, 18 juin 2003 (Bull. n° 125)

Il résulte de l'article 380-6 du Code de procédure pénale qu'une victime non constituée partie civile devant la cour d'assises de première instance ne peut se constituer, pour la première fois, devant celle statuant en appel.

c) Lectures incombant au greffier
Chambre criminelle, 12 février 2003 (Bull. n° 34)
Chambre criminelle, 15 octobre 2003 (pourvoi n° 02-84.346)
Chambre criminelle, 29 octobre 2003 (pourvoi n° 02-87.815)
Chambre criminelle, 21 mai 2003 (Bull. n° 104)
Chambre criminelle, 18 juin 2003 (Bull. n° 125)
Chambre criminelle, 29 octobre 2003 (pourvoi n° 02-86.609)
Chambre criminelle, 26 novembre 2003 (pourvoi n° 03-81.323)

La chambre a été saisie de plusieurs pourvois portant sur la conformité du procès-verbal des débats au regard des prescriptions de l'article 327 du Code de procédure pénale, selon lesquelles il doit être fait lecture de la décision de renvoi, des questions posées à la cour d'assises ayant statué en premier ressort,

des réponses faites aux questions ainsi que de la décision et de la condamnation prononcée.

Elle a jugé qu'en l'état d'un procès-verbal des débats mentionnant la lecture de la décision de renvoi et de l'arrêt de condamnation prononcé en première instance, il avait été satisfait aux exigences de l'article 327 dudit Code, dès lors que l'arrêt de condamnation reproduit intégralement les questions posées en première instance et les réponses faites à ces questions *(1er, 2ème et 3ème arrêts)*, mais que cette lecture ne s'étendait pas à celle des faits et renseignements énoncés dans l'arrêt de renvoi qui ne concernent pas les deux accusés, d'autant qu'aucune observation n'avait été formulée après ces lectures *(4ème arrêt)*.

En revanche, la cassation est encourue lorsqu'il ne résulte d'aucune mention du procès-verbal des débats que le greffier, qui a lu l'ordonnance de mise en accusation et l'arrêt de la cour d'assises ayant statué en premier ressort, ait également donné lecture des questions posées à cette cour d'assises et des réponses faites *(5ème et 6ème arrêts)*.

Néanmoins, en l'état d'un procès-verbal des débats mentionnant la lecture de la décision de renvoi et de la feuille de questions, il a été satisfait aux exigences de l'article 327 du Code, dès lors que la feuille de questions contient les questions posées, les réponses faites à ces questions et la condamnation prononcée en première instance *(7ème arrêt)*.

7. Délibération sur la peine

a) Notion d'aggravation du sort de l'accusé
Chambre criminelle, 26 mars 2003 (Bull. n° 78)

Par cette décision, la chambre a précisé le sens de la notion d'aggravation du sort de l'accusé figurant à l'article 380-3 du Code de procédure pénale ; aux termes de ce texte, la cour d'assises statuant en appel sur l'action publique ne peut, en effet, sur le seul appel de l'accusé, aggraver le sort de ce dernier.

Méconnaît le sens et la portée de ce texte la cour d'assises qui, statuant sur le seul appel de l'accusé, a prononcé une peine moindre de réclusion criminelle, mais en y adjoignant une peine complémentaire d'interdiction des droits civiques, civils et de famille, que la cour d'assises de première instance n'avait pas prononcée.

b) Peines applicables devant la cour d'assises spécialement composée en matière militaire
Chambre criminelle, 21 mai 2003 (Bull. n° 104)

Selon l'article 698-6, alinéa 2.3°, du Code de procédure pénale, devant la cour d'assises ayant à connaître des infractions militaires, les décisions sont prises à la majorité pour l'application de l'article 362 du même Code ; il s'ensuit que ne sont pas applicables devant cette juridiction les dispositions de l'alinéa 2 de ce texte, qui sont inhérentes aux majorités qualifiées prévues devant la cour d'assises avec jury, et selon lesquelles il ne peut être prononcé de peine supérieure à vingt ans de réclusion criminelle lorsque celle encourue est de trente ans.

c) Majorité requise pour le prononcé du maximum de la peine encourue
Chambre criminelle, 3 septembre 2003 (Bull. n° 151)

Selon l'article 362 du Code de procédure pénale, le maximum de la peine privative de liberté encourue ne peut être prononcé qu'à la majorité de dix voix au moins lorsque la cour d'assises statue en appel. Il s'ensuit que mention de cette majorité doit figurer sur la feuille de questions.

La chambre casse l'arrêt d'une cour d'assises statuant en appel au motif que ne met pas la Cour de cassation en mesure de contrôler la légalité de la décision, et encourt dès lors la censure, la cour d'assises qui se borne, sur la feuille de questions, à faire une simple référence à l'article 362 précité, sans préciser autrement à quelle majorité a été acquis le vote sur le maximum de la peine privative de liberté prononcée.

8. Audience civile
Chambre criminelle, 21 mai 2003 (Bull. n° 105)

La chambre a jugé que toute demande de donné-acte relative à l'audience pénale, présentée au cours de l'audience civile, est irrecevable.

G. DROIT PÉNAL SPÉCIAL

1. Atteintes à la personne humaine

a) Agressions sexuelles

(Assemblée plénière, 14 février 2003, Bull. crim n° 1; BICC n° 575, p.13, rapport de M. Pometan et avis de M. Finielz)

Par cet arrêt, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a statué sur le pourvoi formé par M. X.... contre un arrêt de la cour d'appel de Besançon du 21 novembre 1995 renvoyé devant elle par la commission de réexamen d'une décision pénale, en application des dispositions des articles 626-1 à 626-7 du Code de procédure pénale relatives au "réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne", dispositions introduites par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes.

Dans la présente espèce, la Cour européenne des droits de l'homme, par arrêt du 14 décembre 1999, 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 24 septembre 1996 ayant déclaré M. X .... , condamné à une peine emportant privation de liberté pour plus de 6 mois, qui ne s'était pas mis en état et n'avait pas obtenu dispense de se soumettre à cette obligation, déchu de son pourvoi, en application des dispositions de l'article 583 du Code de procédure pénale, constituait une entrave excessive à son droit à un accès au tribunal, donc à son droit à un procès équitable.

L'Assemblée plénière, après avoir déclaré le pourvoi recevable, remédiant ainsi à la violation constatée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 14 décembre 1999, a procédé au réexamen du pourvoi tel que soumis à la chambre criminelle de la Cour de cassation en 1996.

Sur le fond, l'Assemblée plénière a rejeté le pourvoi, estimant que la cour d'appel avait caractérisé la surprise, élément constitutif des délits d'agressions sexuelles dont elle a déclaré le prévenu coupable, en constatant souverainement que, interne en ORL, celui-ci avait agi sous le prétexte fallacieux de réaliser des examens cliniques sur une patiente.

b) Empoisonnement

Chambre criminelle, 18 juin 2003 (Bull. n° 127)

Dans une affaire où une personne, consciente d'être porteuse du virus du SIDA, avait contaminé sa partenaire en lui faisant accepter des relations sexuelles non protégées, la chambre criminelle avait eu l'occasion de condamner l'interprétation selon laquelle la seule connaissance du pouvoir mortel de la substance administrée à la victime suffirait à caractériser l'intention

homicide.

Elle avait clairement posé le principe contraire, selon lequel le crime d'empoisonnement implique l'intention homicide, autrement dit l'intention de donner la mort *(Criminelle, 2 juillet 1998, Bull. n° 211)*, ce que la Doctrine classique admettait sans la moindre interrogation.

Le caractère intentionnel commun à l'homicide volontaire et à l'empoisonnement se déduit notamment du fait que ces deux incriminations, loin d'être entièrement distinctes, sont comprises dans le même chapitre et la même section du Code pénal, que les peines qui les répriment sont identiques et que les circonstances aggravantes prévues pour la première sont applicables à la seconde.

En outre, il résulte des dispositions de l'actuel Code pénal relatives à l'administration de substances nuisibles *(art. 222-15)*, que la distinction entre cette infraction et celle d'empoisonnement ne peut plus s'opérer à partir de la nature des substances administrées, comme sous l'empire de l'ancien Code. Seul l'élément intentionnel permet donc de les distinguer l'une de l'autre : exclue pour l'administration de substances nuisible, l'intention homicide doit nécessairement exister pour caractériser l'empoisonnement.

L'arrêt rendu le 18 juin 2003 s'inscrit dans la droite ligne de cette jurisprudence.

La chambre criminelle y a nettement rappelé que le crime d'empoisonnement, prévu par les articles 301 ancien et 221-5 du Code pénal, ne peut être caractérisé que si l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort. Elle a précisé en outre que cet élément moral était commun à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteinte volontaire à la vie de la personne.

Pour les mêmes motifs qui l'avaient conduite, dans la précédente affaire, à casser une décision de renvoi, elle a rejeté, cette fois, le pourvoi formé contre l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui, pour ordonner le non-lieu, après avoir constaté que seuls pourraient avoir été les auteurs principaux du crime d'empoisonnement les médecins qui avaient prescrit à leurs patients des produits sanguins contaminés par le virus du sida, avait énoncé que la preuve n'était pas rapportée qu'ils eussent eu connaissance du caractère nécessairement mortifère des lots fournis par le Centre national de transfusion sanguine, et que des incertitudes régnaient encore, à l'époque, dans les milieux médicaux, quant aux conséquences mortelles du sida.

Troisième partie : la jurisprudence de la Cour

Les conclusions de l'avocat général et le rapport du conseiller rapporteur ont été publiés dans le bulletin d'information de la Cour de cassation du 15 septembre 2003, n° 583.

c) Homicide et blessures involontaires

Chambre criminelle, 11 février 2003 (Bull. n° 28)
Chambre criminelle, 18 mars 2003 (Bull. n° 71)
Chambre criminelle, 11 juin 2003 (Bull. n° 121)
Chambre criminelle, 18 juin 2003 (Bull. n° 127).
Chambre criminelle, 2 décembre 2003 (pourvoi n° 03-82.344)

Les trois premières décisions sont commentées sous la rubrique "responsabilité pénale, responsabilité pénale en matière de délits non-intentionnels".

Les deux dernières décisions ici mentionnées sont relatives, d'une part, au champ d'application de l'incrimination d'homicide volontaire, d'autre part, au lien de causalité qui doit exister entre la faute et le dommage.

Dans le cinquième arrêt, la chambre criminelle a affirmé que l'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant né vivant et décédé des suites de la maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement commis avant sa naissance.

Elle a en conséquence rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui avait déclaré coupable de ce délit le conducteur d'un véhicule automobile dont le défaut de maîtrise avait causé les lésions vitales irréversibles subies in utero par le foetus au moment du choc et des suites desquelles l'enfant était décédé après sa naissance.

Cet arrêt fait clairement apparaître qu'il convient de ne pas confondre le cas où l'enfant n'est pas né vivant, circonstance qui exclut radicalement l'incrimination d'homicide volontaire, comme l'a décidé la Cour de cassation dans plusieurs décisions récentes *(chambre criminelle, 25 juin 2002, Bull. n° 144 et 30 juin 1999, Bull. n° 174 ; Assemblée plénière, 29 juin 2001, Bull. crim. n° 165)* et le cas où l'enfant, né vivant, est décédé ultérieurement, fut-ce des suites de lésions subies in utero, comme dans la présente espèce.

Le quatrième arrêt, faisant application du principe classique selon lequel les délits d'homicide et blessures involontaires ont pour éléments constitutifs une faute du prévenu et un lien de causalité entre cette faute et le décès de la victime ou l'incapacité de travail subie par elle, a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de chambre de l'instruction qui, pour dire n'y avoir lieu à suivre des chefs d'homicide et blessures involontaires sur des personnes décédées ou atteintes d'une maladie à la suite de l'administration de produits sanguins contaminés par le virus du sida, avait retenu que les médecins n'avaient pas connaissance du caractère nécessairement mortifère des produits sanguins qu'ils prescrivaient et que, dans l'incertitude sur l'existence d'un lien de causalité entre les fautes reprochées aux responsables administratifs et le dommage, les manquements de ceux-ci ne pouvaient être incriminés.

d) Atteinte à la dignité de la personne
Chambre criminelle, 4 mars 2003 (Bull. n˚58)
Chambre criminelle, 23 avril 2003 (Bull. n˚85)
Chambre criminelle, 2 septembre 2003 (Bull. n˚148)

Ces arrêts sont commentés sous la rubrique "Travail".

2. Atteintes aux biens

a) Destructions et dégradations
Chambre criminelle, 30 septembre 2003 (Bull. n˚171)

Dans l'affaire ayant donné lieu au présent arrêt, le prévenu avait été déclaré coupable du délit de destruction d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'un incendie ou de tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes (article 322-6 du Code pénal). La cour d'appel avait toutefois relevé que la maison incendiée était vide de tout occupant au moment des faits, motif dont s'était emparé le pourvoi pour contester la décision.

La chambre criminelle n'en a pas moins rejeté le pourvoi en relevant que l'article 322-6 n'exige pas la présence effective d'une personne dans les lieux où l'infraction est commise.

Cette décision met en valeur les caractéristiques de l'élément intentionnel de l'infraction, dont la Cour de cassation avait auparavant jugé qu'il était constitué par la seule utilisation, par l'auteur des faits, d'une substance explosive, d'un incendie ou de tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait eu en vue de créer un tel

danger *(Crim., 24 juin 1998, Bull. n˚206).*

b) Abus de confiance
Chambre criminelle, 3 décembre 2003 (pourvois n˚ 02-80.041 et 99-88.112)

L'affaire ayant donné lieu à cet arrêt résulte de circonstances peu banales.

Un gérant de tutelle, qui entretenait une liaison avec une juge des tutelles, avait été autorisé par ce magistrat à effectuer des prélèvements anticipés d'émoluments sur les revenus des majeurs protégés ainsi qu'à percevoir des émoluments supplémentaires injustifiés. Ils avaient été déclarés coupables, le premier d'abus de confiance, la seconde de complicité de ce délit.

La chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt ayant ainsi prononcé en considérant que le fait pour une personne désignée afin d'exercer la tutelle et la curatelle d'Etat d'effectuer des prélèvements forfaitaires sur les revenus des majeurs protégés avant que ne soient connues les ressources de ces derniers, constituait le délit d'abus de confiance, dès lors, d'une part, que ces prélèvements étaient réalisés en dehors des prévisions des textes réglementaires portant organisation de la tutelle et de la curatelle d'Etat, d'autre part, que l'existence d'un préjudice, qui peut être seulement éventuel, se trouvait incluse dans la constatation du détournement de sommes appartenant aux majeurs protégés.

Si les considérations sur l'existence du préjudice sont inspirées de plusieurs précédents *(Crim., 5 mars 1980, Bull. n˚81 ; 26 octobre 1994, Bull. n˚340)*, la jurisprudence ne fournit pas d'exemple d'une condamnation pour abus de confiance dans des circonstances similaires.

3. Atteintes à la confiance publique : faux
Chambre criminelle, 18 février 2003 (Bull. n˚39)
Chambre criminelle, 22 octobre 2003 (pourvoi n˚02-87.875)
Chambre criminelle, 28 octobre 2003 (pourvoi n˚02-87.628)

Les multiples incriminations relatives au faux sont traditionnellement considérées comme parmi les plus complexes du droit pénal, au regard tant de leurs éléments constitutifs propres que de leur articulation les unes par rapport aux autres.

Les arrêts rendus par la chambre criminelle permettent de mesurer la diversité des problématiques auxquelles est confronté le juge pénal en cette matière.

Le premier arrêt concerne les faux certificats et fausses attestations, dont l'incrimination est prévue par l'article 441-7 du Code pénal.

La chambre avait autrefois décidé qu'un document qui s'analyse en un simple avis, sans contenir l'affirmation de faits matériels présentés comme indiscutables, ne rentrait pas dans les prévisions de cet article (qui correspond à l'ancien article 161) *(16 mars 1994, Bull. n° 104)*.

Elle rappelle aujourd'hui que seuls les certificats ou attestations faisant état de faits matériellement inexacts tombent sous le coup du texte et que tel n'est pas le cas de documents qui, se bornant à faire état d'un projet de prêt, ne contiennent aucune affirmation de faits matériels inexacts. En l'espèce, le prévenu avait produit, dans le cadre d'une action en remboursement d'un prêt exercée devant le tribunal de grande instance contre un tiers, deux attestations dans lesquelles deux personnes déclaraient que la somme qu'il avait empruntée était destinée à être prêtée à ce tiers afin de lui permettre d'acquérir un terrain *(1er arrêt)*.

Le second arrêt est relatif à l'incrimination de faux document administratif prévu par l'article 441-2 du Code pénal. Les faits consistaient dans la production, au cours d'une instance en divorce en France, suite à un mariage coutumier au Sénégal, non transcrit sur les registres d'état civil de ce pays, d'un certificat de mariage qui avait été fabriqué et sur lequel la seule mention inexacte consistait en la signature de l'officier d'état civil.

Malgré le caractère limité de ce faux, la chambre criminelle, dans la lignée de sa jurisprudence *(7 février 1973, Bull. n° 70 ; 24 mai 2000, Bull. n° 202)*, a considéré que l'infraction était constituée, au motif que la fabrication d'un document administratif relatif à l'état civil des personnes, même comportant des mentions pour partie exactes, constitue un faux matériel qui cause un préjudice résultant de l'atteinte portée aux intérêts de la société et dont la production au cours d'une instance civile constitue l'usage de faux.

Enfin, le troisième arrêt concerne le faux, de nature criminelle, commis, dans une écriture publique ou authentique, par une personne dépositaire de l'autorité publique agissant dans l'exercice de ses fonctions *(art. 441-4 du Code pénal)*.

Les faits argués de faux concernaient les énonciations d'un procès-verbal dressé par un commissaire de police.

Un arrêt de la chambre de l'instruction avait confirmé l'ordonnance du juge d'instruction refusant d'informer, en raison de la prescription triennale, aux motifs que le procès-verbal incriminé n'avait pour objet que de relater les motifs et circonstances de la remise de la personne concernée à l'autorité administrative aux fins d'examen médical dans les conditions prévues par les articles L. 342 à L. 349, alors applicables, du Code de la santé publique, et que, même rédigé par un représentant de l'autorité publique dans l'exercice de ses fonctions, et fût-il entaché du faux intellectuel allégué, il ne saurait constituer le crime prévu par l'article 441-4 du Code pénal.

La chambre criminelle a censuré cet arrêt en retenant que les faits, à les supposer établis, revêtaient une qualification criminelle et se prescrivaient par dix ans, de telle sorte que le refus d'informer n'était pas justifié.

Pour elle, l'altération frauduleuse de la vérité affectant la substance d'un procès-verbal dressé par un commissaire de police, fonctionnaire public, dans l'exercice de ses fonctions, revêt la qualification criminelle prévue audit article et ce, lors même qu'un tel procès-verbal ne vaudrait qu'à titre de simple renseignement *(3ème arrêt)*.

C'est la première fois que la chambre criminelle pose un tel principe qui rejoint toutefois l'opinion de la Doctrine qui s'était exprimée à ce sujet et qui s'inscrit en outre dans sa jurisprudence traditionnelle en matière de faux *(ex. 27 février 1984, Bull. n° 75)*.

H. DROIT PÉNAL, ÉCONOMIQUE ET FINANCIER

1. Abus de confiance

Chambre criminelle, 3 décembre 2003 (pourvoi n° T 02-80.041)

Dans cette affaire, la chambre criminelle précisant la notion de détournement en matière de tutelle, énonce que constitue le délit d'abus de confiance le fait pour une personne désignée afin d'exercer la tutelle et la

curatelle d'Etat d'effectuer des prélèvements forfaitaires sur les revenus des majeurs protégés avant que ne soient connues leurs ressources, dès lors que ces prélèvements sont réalisés en dehors des prévisions des textes réglementaires portant organisation de la tutelle et de la curatelle d'Etat. Et la chambre rappelle également, par cet arrêt, que l'existence d'un préjudice, qui peut être seulement éventuel, se trouve incluse dans la constatation du détournement de sommes appartenant aux majeurs protégés.

2. Chèque

Chambre criminelle, 8 janvier 2003 (Bull. n° 4)

Par cet arrêt la chambre criminelle a pu préciser les éléments constitutifs du délit de contrefaçon ou falsification de chèque et a retenu que l'existence d'un préjudice n'étant pas un élément constitutif de ce délit prévu et réprimé par l'article L. 163-3 du Code monétaire et financier, a méconnu le sens et la portée de ce texte la cour d'appel qui relaxe un prévenu au motif que l'existence d'un quelconque préjudice n'est ni démontré ni même allégué par la partie civile.

3. Douanes

a) Procès-verbaux

Chambre criminelle, 5 février 2003 (Bull. n° 24)

Selon l'article 336.2 du Code des douanes, les procès-verbaux de douane font foi, jusqu'à preuve contraire, de l'exactitude et de la sincérité des déclarations et aveux qu'ils rapportent. Encourt la censure l'arrêt qui, nonobstant les indications fournies par le prévenu et consignées dans un procès-verbal, relève qu'il n'est pas établi que ce dernier avait la qualité de déclarant en douane.

b) Personne morale

(*même arrêt*)

L'article 399 du Code des douanes, qui soumet les personnes physiques et morales ayant participé, comme intéressés à un délit douanier, aux mêmes peines que l'auteur dudit délit, est applicable aux personnes morales.

c) Fausses déclarations ou manoeuvres - Notion

Chambre criminelle, 19 février 2003 (Bull. n° 42)

L'omission de déclarer des marchandises en douane ne constitue pas des manoeuvres au sens de l'article 426.4° du Code des douanes. Encourt la censure la cour d'appel qui, pour déclarer le prévenu coupable sur le fondement de ce texte, se borne à relever que ce dernier a donné des instructions et consignes précises pour que ne soient pas déposées de déclarations en détail à la suite des lettres de transport aérien qu'il utilisait pour faire sortir les marchandises d'un magasin sous douane.

d) Condamnation du civilement responsable
Chambre criminelle, 19 février 2003 (Bull. n° 43)

Cette affaire a posé un problème délicat à la chambre criminelle. Le civilement responsable d'un prévenu déclaré coupable d'une infraction douanière est-il tenu au seul paiement des droits éludés ou également au paiement des confiscations et amendes auquel a été condamné son préposé ? Et la réponse à cette question était liée au double caractère de sanctions pénales et de réparations civiles des amendes et confiscations douanières tout en pouvant se heurter au principe de la personnalité des peines.

En premier lieu, la chambre, concernant le lien de préposition, a retenu que l'employé, qui a importé en contrebande des marchandises prohibées en utilisant le camion de son employeur lors d'un transport effectué pour le compte de celui-ci pendant le temps du travail, même s'il a agi sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions, n'était pas hors de ses fonctions au sens de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, et l'infraction douanière qu'il a commise n'est pas indépendante du lien de préposition l'unissant à son employeur qui doit être déclaré civilement responsable.

Puis la chambre a jugé que l'amende douanière, à laquelle a été condamné le préposé, en raison de son caractère partiellement indemnitaire, peut être mise à la charge du civilement responsable.

e) Transfert de capitaux à destination ou en provenance de l'étranger
Chambre criminelle, 19 février 2003 (Bull. n° 44)
Chambre criminelle, 19 novembre 2003 (pourvoi n° T 02-88.275)

L'article 464 du Code des douanes, qui fait obligation aux personnes physiques de déclarer les sommes, titres ou valeurs qu'elles transfèrent vers l'étranger ou en provenance de l'étranger, est applicable même lorsque lesdites sommes, provenant d'un pays étranger et destinées à être transférées vers un autre pays étranger, n'ont fait que transiter par le territoire français *(1er arrêt)*.

Il résulte des articles 369 et 465 du Code des douanes que, même lorsqu'ils retiennent les circonstances atténuantes, les juges ne peuvent pas libérer, en tout ou en partie, l'auteur d'un transfert de capitaux sans déclaration de la confiscation du corps du délit *(2ème arrêt)*.

f) Action fiscale
Chambre criminelle, 7 octobre 2003 (pourvoi n° W 03-84.349)

Si, dans l'exercice de l'action pour l'application des sanctions fiscales, l'administration des douanes peut, nonobstant les dispositions des articles 185 et 186 du Code de procédure pénale, interjeter appel des ordonnances du juge d'instruction (de non-lieu en particulier), cette voie de recours ne lui est pas ouverte à l'encontre des décisions rendues en matière de détention provisoire et de contrôle judiciaire.

g) Pouvoirs des agents des douanes
Chambre criminelle, 5 novembre 2003 (pourvoi n° J 02-88.244)

L'article 63 ter du Code des douanes, applicable lorsque les agents des douanes accèdent aux lieux et locaux professionnels pour y procéder aux investigations nécessaires à la recherche et à la constatation des infractions prévues par le Code des douanes, n'exige pas la présence d'un officier de police judiciaire.

h) Voie de recours - Agent habilité
Procédure - Commission de conciliation et d'expertise douanière
Chambre criminelle, 19 novembre 2003 (pourvoi n° F 02-80.352)

Cet arrêt infléchit ou renverse la jurisprudence de la chambre criminelle sur deux questions de procédure et répond, pour la première fois, à une troisième question, relative aux délais applicables devant la Commission de conciliation et d'expertise douanière (C.C.E.D.).

La première question portait sur les conditions dans lesquelles un agent des Douanes peut faire appel au nom de cette administration. Depuis un arrêt du 2 avril 1998 (Bull. crim. n° 129) la chambre criminelle juge qu'ont seuls qualité pour représenter en justice l'administration des douanes et exercer des voies de recours en son nom, sans être tenus de produire un pouvoir spécial, les agents dits « poursuivants », c'est-à-dire, devant les juridictions de l'inter-région de Paris, les fonctionnaires de l'Agence de recouvrement et de poursuites de la Direction nationale de recherche et d'enquête douanière, et,

devant les autres juridictions, les agents de catégorie A des directions régionales chargés du contentieux et, en tant que de besoin, dans les conditions fixées par le directeur général des Douanes, les fonctionnaires de l'Agence précitée, à l'exclusion de tous autres qui ne peuvent agir, au nom de l'Administration, que sur présentation d'un pouvoir spécial.

Dans la présente affaire, l'appel avait été formé par un agent de catégorie A, territorialement compétent, qui avait reçu des instructions à cette fin de la part d'un autre fonctionnaire ayant la qualité d'agent poursuivant. La chambre criminelle juge que ces instructions, dont l'existence est constatée souverainement par les juges du fond, suffisent à habiliter l'agent des Douanes à faire appel.

La deuxième question avait trait au contrôle des juridictions répressives sur la procédure suivie devant la C.C.E.D. Il convient de rappeler que cet organisme, qui comprend deux magistrats et deux personnes qualifiées, joue, en autres rôles, celui d'expert. Il ne joue que ce rôle lorsqu'il est saisi par une juridiction (article 450.2 du Code des douanes) et il joue également ce rôle lorsqu'il est saisi par l'administration des Douanes ou par une partie (articles 104 et 450.1 du Code des douanes) même s'il donne alors, en outre, un avis juridique. Cependant, les conclusions de la C.C.E.D. sont plus lourdes de conséquences que celles d'un expert ordinaire puisque ses constatations matérielles et techniques s'imposent à toute juridiction saisie du litige (article 447 du Code des douanes). Par ailleurs, les avis de la C.C.E.D. ne sont susceptibles d'aucun recours, notamment devant les juridictions administratives. Renversant la position qu'elle avait adoptée dans un arrêt du 31 octobre 2000, où elle avait jugé que la procédure devant la C.C.E.D. échappe au contrôle des juridictions répressives (Bull. crim. n° 324), la chambre criminelle déclare recevable le moyen tiré d'une violation du délai de deux mois que l'article 21 du décret du 18 mars 1971 impose à l'administration des Douanes pour notifier ses conclusions devant cette commission. On peut y voir une conséquence du droit à un contrôle juridictionnel effectif, tel que ce droit est consacré tant par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que celle de la Cour de justice des Communautés européennes.

Le moyen ayant été déclaré recevable, la chambre criminelle devait évidemment se prononcer sur la portée de l'inobservation du délai susvisé. Le décret du 18 mars 1971 ne prévoit aucune sanction mais les demandeurs au pourvoi soutenaient qu'en ne notifiant pas ses conclusions dans les délais, l'administration des Douanes était réputée avoir renoncé aux constatations et aux poursuites des infractions. Cette interprétation n'est pas suivie par la

chambre criminelle, qui juge que l'inobservation du délai ne vaut pas renonciation implicite aux poursuites et n'entraîne pas de forclusion.

4. Droit communautaire

a) Importation sans déclaration - Marchandise bénéficiant du système des préférences généralisées
Chambre criminelle, 24 septembre 2003 (Bull. n° 170)

Dans le cadre du système des préférences généralisées, les constatations relatives à l'origine des marchandises effectuées par les autorités du pays bénéficiaire s'imposent à celles du pays d'importation.

Encourt, en conséquence, la censure, l'arrêt qui, pour relaxer un importateur poursuivi pour fausse déclaration d'origine à la suite de l'invalidation, par les autorités du pays exportateur, des certificats d'origine sous couvert desquelles les marchandises avaient bénéficié du système des préférences généralisées, met en cause les constatations factuelles sur lesquelles cette invalidation est fondée.

b) Concurrence - Visite domiciliaire - Possibilité - Motifs - Compétence
Chambre criminelle, 22 octobre 2003 (pourvois n° F 98-30.389 et E 00-30.180)

Il résulte de l'article 56 bis de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (devenu l'article L. 470-6 du Code de commerce) que les pouvoirs prévus à l'article 48 de cette ordonnance (devenu l'article L. 450-4 dudit code) peuvent être mis en oeuvre dans le cadre d'une enquête effectuée par la Commission européenne en vue de rechercher la preuve de pratiques anticoncurrentielles. Le droit, pour les agents de la Commission, de prendre copie des livres ou documents professionnels suppose, en cas de refus des dirigeants de l'entreprise, que ces livres ou documents soient préalablement saisis par les fonctionnaires nationaux présents pour assister les agents de la Commission *(arrêt n° 1)*.

Le dispositif d'une décision peut être éclairé par ses motifs. N'encourt pas la censure l'ordonnance autorisant des visites domiciliaires, dont le dispositif n'identifie pas expressément les lieux où les visites sont autorisées, dès lors que les motifs de l'ordonnance permettent cette identification *(arrêt n° 2)*.

Troisième partie : la jurisprudence de la Cour

Il résulte de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 22 octobre 2002, "Roquettes Frères SA" que, si l'instance compétente, en vertu du droit national, pour autoriser des agents de l'administration à user de mesures coercitives en vue d'apporter leur concours aux agents mandatés par la Commission européenne aux fins de rechercher la preuve de pratiques anticoncurrentielles, ne peut, à cette occasion, substituer sa propre appréciation du caractère nécessaire des vérifications ordonnées à celle de la Commission, dont les évaluations de fait et de droit ne sont soumises qu'au contrôle de légalité des juridictions communautaires, ni exiger la transmission des éléments et des indices figurant au dossier de la Commission et sur lesquels reposent les soupçons de cette dernière, il entre en revanche dans ses pouvoirs d'examiner si les mesures de contrainte envisagées ne sont pas arbitraires ou excessives par rapport à l'objet de la vérification et de veiller au respect des règles de son droit national dans le déroulement de ces mesures ; un tel contrôle suppose que la Commission fournisse des explications faisant ressortir de manière circonstanciée qu'elle dispose, dans son dossier, d'éléments et d'indices sérieux permettant de soupçonner des infractions aux règles de concurrence par l'entreprise concernée.

Procède au contrôle qui lui incombe en vertu des articles 14, paragraphe 6, du règlement CEE 17-62 du Conseil, du 6 février 1962 et 48 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (devenu l'article L. 450-4 du Code de commerce) le président d'un tribunal qui, après avoir exactement énoncé qu'il ne lui appartient pas d'apprécier les motifs de fait et de droit fondant la décision de la Commission, s'assure que les pièces produites par l'Administration ont une origine apparemment licite, reconnaît l'authenticité de la décision de la Commission puis estime que les agissements décrits dans cette décision et dont la preuve est recherchée laissent présumer que la société dont les locaux font l'objet d'une demande de visite est impliquée dans des pratiques anticoncurrentielles sur un marché dont il précise la nature et qu'en raison, notamment, du caractère confidentiel des documents s'y rapportant, seuls les pouvoirs conférés par l'article 48 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sont propres à garantir l'accomplissement de la mission des agents mandatés par la Commission *(arrêts n° 2 et 3)*.

c) Libre circulation des marchandises
Chambre criminelle, 9 septembre 2003 (Bull. n° 154)

Après avoir retenu qu'il résulte des dispositions de l'article L. 511-5 du Code de la propriété intellectuelle, issues de l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 transposant la Directive CE n° 98/71 du 13 octobre 1998 relative

à la protection juridique des dessins et modèles, qu'est susceptible de protection le dessin ou modèle d'une pièce apparente d'un produit complexe, la chambre criminelle énonce qu'au regard des dispositions du Code de la propriété intellectuelle antérieures à ladite ordonnance comme de celles de l'article L.511-5 du même Code, compatibles avec les articles 28 et 30 du Traité CE, justifie sa décision la cour d'appel qui, pour condamner des prévenus du chef de contrefaçon de modèles, sur le fondement des articles L. 521-4 et suivants dudit Code, retient qu'ils ont détenu et commercialisé en France, sans l'autorisation du titulaire de modèles, des pièces de carrosserie d'automobile reproduisant les caractéristiques de ces modèles.

d) Libre circulation des travailleurs
Chambre criminelle, 4 juin 2003 (Bull. n° 117)

L'article 48 du Traité instituant la Communauté européenne, devenu l'article 39 de la version consolidée dudit Traité, qui énonce que la libre circulation est assurée à l'intérieur de la Communauté, prévoit dans un paragraphe 4 que ce principe n'est pas applicable aux emplois dans l'administration publique. Justifie sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer un prévenu coupable de navigation sans la présence à bord d'un navire marchand français d'un capitaine ou capitaine en second de nationalité française, infraction aux dispositions de l'article 3 du Code du travail maritime réprimée par l'article 69 du Code disciplinaire et pénal de la marine marchande, énonce que, ces officiers exerçant des prérogatives de puissance publique en ce qu'ils détiennent certains pouvoirs en matière d'état civil, actes de naissance, actes de décès, mariages, réception de testament, le législateur français est autorisé, par le paragraphe 4 de l'article 48 du Traité précité, à déroger au principe de la libre circulation des travailleurs.

5. Fraudes et falsifications

a) Altération des signes destinés à identifier les marchandises
Chambre criminelle, 18 novembre 2003 (pourvoi n° R 03-80.549)

Commet le délit d'altération de signes distinctifs de marchandises, prévu par l'article L. 217-2 du Code de la consommation, l'éleveur, dont une vache, qui avait due être abattue, est apparue atteinte d'encéphalopathie spongiforme et qui, pour éviter l'abattage de son troupeau, change les marques auriculaires de plusieurs animaux, afin de faire croire qu'une erreur s'est

produite au laboratoire et que les résultats d'analyse concernent une vache provenant d'un autre élevage.

b) Falsification de denrées alimentaires
Chambre criminelle, 1er avril 2003 (Bull. n° 82)

Le produit commercialisé comme complément alimentaire est une denrée alimentaire dont les ingrédients, qui ne peuvent, en application de l'article 1er du décret du 15 avril 1912, être additionnés de produits chimiques autres que ceux dont l'emploi est autorisé par arrêté ministériel, peuvent pour certains relever des dispositions du règlement 258/97/CE du 27 janvier 1997 relatif aux nouveaux aliments et aux nouveaux ingrédients alimentaires.

En conséquence, encourt la cassation la cour d'appel qui, pour retenir le délit de falsification de denrées alimentaires et mise en vente de denrées alimentaires falsifiées ou nuisibles pour la santé, retient que les compléments alimentaires contiennent des substances non autorisées par arrêté ministériel, sans préciser en quoi lesdites substances constituent des produits chimiques au sens de l'article 1er du décret du 15 avril 1912 précité et sans rechercher si certaines d'entre elles n'entrent pas dans les prévisions du règlement 258/97/CE précité.

c) Tromperies - Appellation d'origine
Chambre criminelle, 21 janvier 2003 (Bull. n° 15)
Chambre criminelle, 11 juin 2003 (Bull. n° 120)

Les éléments matériels et moraux du délit de tromperie peuvent résulter respectivement de la méconnaissance des dispositions réglementaires prises en application des articles L. 213-1 et suivants du Code de la consommation et du défaut de vérification de la conformité du produit.

En conséquence, ne justifie pas sa décision la cour d'appel qui relaxe un prévenu du chef de tromperie sur la nature, l'origine, les qualités substantielles ou la composition d'un miel, sans se référer aux prescriptions du décret du 22 juillet 1976 fixant les règles de dénomination du miel, et sans rechercher si la mauvaise foi du prévenu ne résulte pas du défaut de vérification de l'origine et de la composition du produit qu'il a commercialisé.

L'article L. 641-2, alinéa 4, du Code rural, interdit l'emploi du nom qui constitue l'appellation d'origine ou de toute autre mention l'évoquant pour les produits similaires et ne l'autorise pour les autres produits que si cette

utilisation ne détourne ni n'affaiblit la notoriété de l'appellation d'origine.

En conséquence, méconnaît le sens et la portée de ce texte, la cour d'appel qui relaxe un prévenu du chef de mise en vente d'un miel sous une appellation inexacte aux motifs qu'il n'y a pas de risque d'équivoque entre la dénomination litigieuse "Miel Fleurs des Vosges" et l'appellation d'origine contrôlée "Miel de sapin des Vosges" et que le miel de fleurs est un miel de nectar au contraire du miel de sapin qui est un miel de miellat *(1er arrêt)*.

Le contrôle de la qualité des produits et de leur conformité aux indications portées sur l'emballage s'exerce à tous les stades de la commercialisation. Ce contrôle incombe ainsi au commissionnaire, distributeur exclusif en France d'un cédérom de jeux vidéo produit en Espagne, lequel ne peut s'exonérer de sa responsabilité pénale au motif qu'il n'est pas le propriétaire des objets mis en vente *(2ème arrêt)*.

6. Impôts et taxes

Chambre criminelle, 10 septembre 2003 (Bull. n° 157)

Cet arrêt confirme la jurisprudence de la chambre selon laquelle, en cas de condamnation pour fraude fiscale ou omission d'écritures en comptabilité, le tribunal qui ordonne la publication et l'affichage de la décision aux frais du condamné n'a pas à en fixer le coût, lequel ne doit toutefois pas excéder le maximum de l'amende encourue.

7. Législation sur les sociétés - Abus de biens sociaux

a) Eléments constitutifs - Prescription

Chambre criminelle, 14 mai 2003 (Bull. n° 97)
Chambre criminelle, 28 mai 2003 (Bull. n° 108)
Chambre criminelle, 28 mai 2003 (Bull. n° 109)
Chambre criminelle, 8 octobre 2003 (pourvoi n° X 02-81.471)

Par ces décisions la chambre criminelle apporte des précisions sur la notion de dissimulation de nature à retarder le point de départ de la prescription du délit d'abus de biens sociaux et sur les éléments constitutifs de ce délit.

En ce qui concerne la prescription de l'action publique, on sait que la chambre criminelle a énoncé dans un arrêt du 27 juin 2001 (Bull. n° 164), faisant suite à d'autres décisions ayant marqué une inflexion de sa jurisprudence antérieure (Crim. 5 mai 1997, Bull. n° 159 ; 13 octobre 1999,

Bull. n° 219), que "la prescription de l'action publique du chef d'abus de biens sociaux court, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société". La notion de "dissimulation" est désormais la clef de voûte de la doctrine de la chambre criminelle. Celle-ci n'en a pas donné de définition mais en fournit des exemples chaque fois que l'occasion se présente. C'est le cas dans le premier arrêt où la chambre criminelle, qui exerce un contrôle normatif sur la caractérisation de la dissimulation par les juges du fond, a approuvé les motifs de l'arrêt d'une cour d'appel sur ce point.

La dissimulation suppose que l'usage abusif des biens sociaux ait été rendu non décelable par des manipulations ou artifices comptables. Ceux-ci peuvent consister, aux termes de ce premier arrêt, dans la présentation en comptabilité des dépenses mises indûment à la charge de la société sous une fausse imputation ou sur la base de factures comportant de fausses indications quant au véritable redevable des sommes y figurant et quant à leur objet. Il y a aussi, à l'évidence, dissimulation, lorsque les dépenses litigieuses n'ont pas été enregistrées en comptabilité. Dès lors que la dissimulation est caractérisée, le point de départ de la prescription est reporté au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique (en l'espèce, à la date où le procureur de la République a reçu une lettre anonyme les dénonçant).

En ce qui concerne les éléments constitutifs du délit d'abus de biens sociaux, l'usage contraire à l'intérêt social et la recherche de fins personnelles, la chambre criminelle, s'agissant du premier élément, confirme sa jurisprudence (Crim. 27 octobre 1997, Bull. n° 352) en appréciant l'intérêt social in abstracto, soit l'exposition à un risque anormal de sanctions pénales ou fiscales, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'usage des biens sociaux procure un avantage à la société en contrepartie de ce risque. S'agissant du second élément, elle apporte une précision importante en énonçant "qu'il n'est pas exigé que l'utilisation des biens sociaux ait eu lieu à des fins exclusivement personnelles". Le délit peut donc être constitué lorsque le dirigeant utilise les actifs sociaux à des fins personnelles, notamment pour entretenir des relations privilégiées avec des tiers ou donner satisfaction à des personnes influentes, comme dans la présente affaire, même si la société peut en tirer profit à plus ou moins long terme. Certains y verront sans doute un élargissement du champ de la répression du délit d'abus de biens sociaux *(1er arrêt)*.

Caractérise également la dissimulation de nature à retarder le point de départ de la prescription l'arrêt qui relève que les travaux réalisés sans

facturation par une société au profit d'un élu n'ont pas été comptabilisés et que les dépenses de fournitures de bureau et de mobilier de jardin payées pour le compte de cet élu ont été dissimulées par interposition d'une troisième société *(2ème arrêt)*.

Le délit d'abus de biens sociaux résultant du versement de salaires rémunérant un emploi fictif est une infraction instantanée, consommée lors de chaque paiement indu. Encourt, dès lors, la censure, l'arrêt qui, pour déclarer prescrits les abus de biens sociaux reprochés aux dirigeants d'une société ayant engagé par contrats de travail, conclus en novembre 1986, deux personnes qui ont perçu des salaires jusqu'en décembre 1991, bien que les prestations de travail correspondantes n'aient pas été fournies, énonce que le délit d'abus de biens sociaux est une infraction instantanée constituée en tous ses éléments le jour de la conclusion des contrats de travail litigieux, soit plus de trois ans avant le premier acte interruptif de prescription, et qu'elle n'a pas été réitérée à chaque perception indue de salaires *(3ème arrêt)*.

De même, en application des principes rappelés ci-dessus, encourt la censure l'arrêt qui fait courir le point de départ de la prescription à compter de l'approbation, par les assemblées générales des sociétés, de conventions de versement d'honoraires à un tiers, en rémunération de prestations, pour partie fictives, alors que l'usage contraire à l'intérêt social résultait non des conventions mais de leurs modalités d'exécution et que celles-ci devaient faire l'objet, à la fin de chaque exercice, d'un rapport spécial des commissaires aux comptes dont la présentation aux assemblées générales constituait le point de départ du délai de prescription *(4ème arrêt)*.

b) Constitution de partie civile - Actionnaire
Chambre criminelle, 2 avril 2003 (Bull. n° 83)

Pour qu'une constitution de partie civile soit recevable devant la juridiction d'instruction, il suffit que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme possibles l'existence du préjudice allégué et la relation de celui-ci avec une infraction à la loi pénale. Encourt, dès lors, la cassation, l'arrêt de la chambre de l'instruction qui, pour confirmer l'ordonnance des juges d'instruction ayant déclaré irrecevable la constitution de partie civile, des chefs d'abus de biens sociaux et complicité, d'un actionnaire d'une société ayant absorbé une autre société et ses filiales victimes des agissements dénoncés, énonce que la fusion-absorption étant intervenue postérieurement à la date des faits il est difficile de considérer comme possible le préjudice subi par la société absorbante, lequel ne pourrait

en toute hypothèse qu'être indirect, alors qu'en cas de fusion de sociétés, l'actionnaire de la société absorbante est recevable à se constituer partie civile, sur le fondement de l'article L. 225-252 du Code de commerce, pour demander réparation du dommage résultant d'actes délictueux qui auraient été commis au préjudice de la société absorbée et de ses filiales par leurs dirigeants sociaux.

8. Manquements au devoir de probité

a) Corruption

Chambre criminelle, 19 mars 2003 (Bull. n° 73)
Chambre criminelle, 8 octobre 2003 (pourvoi n° G 03-82.589)

Le premier arrêt donne un nouvel exemple de personne ayant la qualité de personne chargée d'une mission publique et le second arrêt concerne l'application de la prescription à un cas de corruption active.

Des journalistes pigistes employés par une chaîne du service public de la communication audiovisuelle ont la qualité de personne chargée d'une mission de service public au sens de l'article 432-11 du Code pénal. Est, dès lors, justifiée la décision d'une cour d'appel qui déclare coupables de corruption passive deux journalistes professionnels pigistes employés depuis de nombreuses années par la chaîne de télévision France 3 qui ont sollicité des dons ou avantages quelconques pour assurer la couverture médiatique de manifestations sportives *(1er arrêt)*.

Lorsque les faits de corruption active consistent en l'octroi, par le corrupteur, d'un prêt à taux avantageux, en contrepartie du dépôt, dans l'établissement bancaire qu'il dirige, de fonds dont le corrompu dispose dans le cadre de sa mission de service public, le maintien du taux, par le corrupteur, constitue, à chaque échéance, un acte d'exécution du pacte de corruption, dès lors qu'il est subordonné à l'exécution, par le corrompu, d'actes de sa fonction. Justifie dès lors sa décision la chambre de l'instruction qui, pour refuser de constater l'extinction de l'action publique par la prescription pour des faits de corruption active relatifs à des contrats de prêts à taux préférentiel conclus entre une banque et des mandataires de justice et dont l'amortissement s'est poursuivi au cours des trois années précédant le premier acte interruptif de prescription, énonce que les pièces de la procédure font apparaître que la banque se serait notamment ménagé la possibilité de revoir les taux consentis, en cas de cessation des apports de fonds convenus *(2ème arrêt)*.

b) Prise illégale d'intérêts

Chambre criminelle, 10 septembre 2003 (Bull. n° 158)

Cet arrêt définit tant la qualité d'agent du Gouvernement, antérieurement applicable, que celle de personne chargée d'une mission de service public et détermine les conditions de calcul de l'amende proportionnelle prévue par l'article 175 ancien du Code pénal.

Le secrétaire général d'une chambre des métiers, à laquelle a été confiée par l'Etat une mission d'intérêt général, doit être regardé tant comme un agent du gouvernement, au sens de l'article 175 ancien du Code pénal, que comme une personne chargée d'une mission de service public, au sens de l'article 432-12 du même Code.

Aux termes de l'article 175 ancien du Code pénal, l'amende ne peut dépasser le quart des restitutions et indemnités ni être au-dessous du douzième. Encourt la cassation l'arrêt qui condamne des prévenus à une amende qui excède le quart du montant des dommages et intérêts accordés à la partie civile.

9. Réglementation économique

a) Factures - Mentions obligatoires

Chambre criminelle, 19 février 2003 (Bull. n° 46)

Justifie sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer un commissionnaire de transport poursuivi pour avoir établi vingt-et-une factures mentionnant uniquement un prix forfaitaire et ne faisant apparaître ni le prix du transport effectué ni le montant de la commission prélevée, coupable d'infraction à l'article 31 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, devenu l'article L. 441-3 du Code de commerce, après avoir rappelé que les dispositions précitées s'appliquent à toute vente ou prestation de service à caractère professionnel, quelle que soit la nature contractuelle spécifique de la prestation, énonce d'une part, que le prévenu a fourni deux prestations consistant dans la recherche et l'organisation des moyens de transport, puis dans le transport lui-même, d'autre part, que le prix de chacun de ces deux services doit être distingué afin de permettre au cocontractant de vérifier la valeur de la prestation de transport et de s'assurer du rôle d'intermédiaire joué par le commissionnaire.

b) Vente en soldes

Chambre criminelle, 19 février 2003 (Bull. n° 47)

Par cet arrêt, la chambre criminelle a déterminé les conditions dans lesquelles l'infraction prévue par l'article L. 310-3 du Code commerce était caractérisée. La question était d'apprécier si l'opération de déstockage devait être révélée par les seuls termes de la publicité et des annonces ou si elle pouvait être démontrée par les éléments de l'enquête. La chambre a retenu la seconde solution.

En l'espèce, la vente avait bien été annoncée comme étant faite avec des réductions de prix, mais il n'y avait eu aucune annonce de déstockage, le terme de solde n'avait pas été utilisé et les circonstances de fait ne permettaient pas, sans analyse des comptes rendus de vente des magasins, de retenir, à la seule vue de la publicité et des annonces, qu'il s'agissait d'un écoulement des stocks.

Et la chambre a ainsi approuvé la cour d'appel qui, pour déclarer des prévenus coupables du délit de vente en soldes en dehors des périodes autorisées, prévu par l'article L. 310-3 du Code de commerce, énonce que l'envoi à des milliers de personnes de cartons d'invitation, indiquant des remises importantes sur des articles de la collection automne-hiver pour une période juste antérieure à celle légale des soldes, constitue une publicité au sens du texte précité, qu'il est établi, en raison d'un réassortiment très ponctuel, l'absence d'une réelle disponibilité des modèles présentés et que le but manifeste de l'opération était de réaliser un écoulement accéléré des stocks par une réduction de prix.

c) Vente au déballage - Imputabilité
Chambre criminelle, 29 avril 2003 (Bull. n° 91)

Le délit de vente au déballage sans autorisation, prévu et puni par les articles L. 310-2, L. 310-5 et L. 310-6 du Code de commerce n'est imputable, à titre d'auteur principal, qu'à la personne qui procède à la vente. Encourt la cassation l'arrêt qui déclare une association de commerçants coupable de ce délit sans préciser quel organe ou représentant aurait engagé, à titre d'auteur principal, la responsabilité pénale de cette personne morale.

I. ENQUÊTE ET INSTRUCTION

1. Officier de police judiciaire
Chambre criminelle, 9 juillet 2003 (Bull. n° 138)

Un procès-verbal dressé par un policier, qui rapporte des informations

obtenues auprès d'une personne désirant conserver l'anonymat, ne constitue pas un procès-verbal d'audition de témoin mais un procès-verbal de renseignements destiné à guider d'éventuelles investigations de la police judiciaire, sans pouvoir être retenu lui-même comme un moyen de preuve. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu d'appliquer, pour l'établissement d'un tel procès-verbal, les dispositions du livre IV du Code de procédure pénale relatives à la protection des témoins.

2. Examen technique

Chambre criminelle, 14 octobre 2003 (pourvoi n° 03-84.539)

L'article 77-1 du Code de procédure pénale précise les conditions dans lesquelles, en enquête préliminaire, le procureur de la République ou, sur son autorisation, l'officier de police judiciaire, peuvent faire appel aux personnes qualifiées pour procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques.

Par cet arrêt, la chambre a jugé que les dispositions de ce texte étant édictées dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, leur méconnaissance est constitutive d'une nullité à laquelle les dispositions de l'article 802 du Code de procédure pénale sont étrangères.

3. Garde à vue

Chambre criminelle, 6 mai 2003 (Bull. n° 93)
Chambre criminelle, 16 septembre 2003 (Bull. n° 160)

Deux arrêts apparaissent particulièrement importants dans une matière qui continue de générer un contentieux abondant.

Par le premier, la chambre a rappelé qu'il résultait de l'article 63 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000, que lorsqu'elle est mise sous la contrainte à la disposition de l'officier de police judiciaire pour les nécessités de l'enquête, la personne à l'encontre de laquelle il existe des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction doit être placée en garde à vue et recevoir notification de ses droits (V. Crim.11 oct. 2000, Bull. n° 296 ; 6 déc. 2000, Bull. n° 367).

Elle a donc jugé qu'avait justifié sa décision la cour d'appel qui avait énoncé qu'une personne, interpellée à dix heures quinze pour un flagrant délit d'outrage puis conduite pour audition dans les locaux du commissariat de police où elle avait été retenue jusqu'à douze heures dix, aurait dû être placée

en garde à vue *(1er arrêt)*.

Par le second arrêt, elle a censuré, pour manque de base légale, l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui n'avait pas précisé les raisons ayant contraint à différer la présentation d'une personne, retenue au dépôt du Palais de justice de Paris, devant le magistrat instructeur pendant plus de vingt-quatre heures après la fin de sa garde à vue.

4. Crimes et délits flagrants

Chambre criminelle, 1er octobre 2003 (pourvoi n° 03-84.142)
Chambre criminelle, 26 février 2003 (Bull. n° 56)

La dénonciation non anonyme faite aux enquêteurs par un utilisateur d'internet qui révèle la détention, par un autre utilisateur, de photographies de mineurs à caractère pornographique constitue un indice apparent d'agissements délictueux déjà commis ou en train de se commettre caractérisant la flagrance, dès lors que les éléments de la procédure établissent que le dénonciateur n'a en rien déterminé les faits délictueux et qu'il a seulement permis de les constater *(1er arrêt)*.

Pour la première fois, la chambre a été amenée à statuer sur la régularité d'une reconstitution effectuée dans le cadre d'une enquête de flagrance.

Relevant qu'une telle mesure d'enquête n'était prohibée par aucun texte, la chambre a déclaré régulière une reconstitution réalisée dans le cade d'une enquête de flagrance par des officiers de police judiciaire ; elle a précisé que ces derniers n'étaient pas tenus de rédiger un procès-verbal dans les formes prévues par les articles 62 et 429, alinéa 2, du Code de procédure pénale, ayant agi dans le cadre des prérogatives qu'ils tiennent des articles 53 et 66 dudit Code.

Aussi, dès lors qu'aucun procédé déloyal n'a été utilisé et qu'il appartient aux juridictions d'instruction et de jugement d'apprécier la valeur et la portée des éléments de preuve ainsi recueillis, les éventuelles imperfections ou approximations d'une reconstitution effectuée dans un temps différent de celui des faits n'affectent pas la régularité de l'acte lui-même *(2ème arrêt)*.

5. Dessaisissement du juge d'instruction

Chambre criminelle, 14 janvier 2003 (Bull. n° 6)

Par cet arrêt, la chambre a jugé que la seule circonstance qu'un juge

d'instruction soit le conjoint d'un magistrat du ministère public exerçant ses fonctions près le même tribunal n'est pas de nature à faire naître un doute objectivement justifié quant à l'impartialité du premier, dès lors qu'il n'est pas établi que son conjoint soit intervenu directement ou indirectement dans le déroulement de l'information suivie à son cabinet.

6. Commission rogatoire

a) Commission rogatoire nationale
Chambre criminelle, 26 mars 2003 (Bull. n° 80)
Chambre criminelle, 6 août 2003 (Bull. n° 145)

Par le premier arrêt, la chambre a été amenée à préciser la situation de l'officier de police judiciaire qui, à l'occasion d'investigations réalisées en exécution d'une commission rogatoire, découvre des éléments pouvant intéresser l'exécution d'une autre commission rogatoire dont il est également porteur.

Elle a, ainsi, jugé que si, en application des articles 80 et 152 du Code de procédure pénale, cet enquêteur ne peut instrumenter au-delà des faits dont le juge d'instruction est régulièrement saisi, il lui appartient cependant, lorsqu'il découvre, à l'occasion de ses investigations, des objets pouvant intéresser l'exécution d'une autre commission rogatoire dont il est également porteur, de mettre en oeuvre l'ensemble des pouvoirs qu'il tient de cette dernière délégation.

Par le second arrêt, la chambre a jugé que satisfaisait aux conditions de l'article 151 du Code de procédure pénale, la commission rogatoire délivrée par le juge d'instruction au "commissaire divisionnaire du service régional de police judiciaire et de groupe d'intervention régional (GIR)".

Dès lors, elle a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt qui avait rejeté l'exception de nullité présentée par la personne mise en examen soutenant que le GIR constituait une "structure ne pouvant qu'être considérée comme dépourvue d'existence légale".

b) Commission rogatoire internationale
Chambre criminelle, 3 juin 2003 (Bull. n° 113)
Chambre criminelle, 9 juillet 2003 (Bull. n° 134)

Par le premier arrêt, la chambre a précisé les conditions et modalités

dans lesquelles la chambre de l'instruction contrôlait les pièces d'exécution, sur le territoire national, d'une demande d'entraide internationale émanant d'une autorité étrangère.

Après avoir rappelé que l'article 694 du Code de procédure pénale, selon lequel les demandes d'entraide émanant des autorités judiciaires étrangères sont exécutées dans les formes prévues par ledit Code, implique que la régularité de leur exécution soit contrôlée par les juridictions françaises, elle précise toutefois que si l'article 173 du Code de procédure pénale ne fait pas obstacle à ce que la chambre de l'instruction soit saisie, selon les modalités qu'il prévoit, d'une requête en annulation de pièces d'exécution en France d'une commission rogatoire délivrée par une autorité étrangère, c'est à la condition que ces pièces puissent être mises à la disposition de la juridiction compétente pour en assurer le contrôle.

Tel n'était pas le cas dans l'espèce soumise à la chambre, dès lors que ces pièces avaient été transmises à l'Etat requérant pour être intégrées dans le dossier de la procédure suivie à l'étranger, la chambre de l'instruction ne pouvant statuer en l'état des seules copies produites par le requérant *(1er arrêt)*.

Par le second arrêt, elle a jugé que la circonstance qu'un juge d'instruction soit saisi de faits auxquels se rapportent des informations détenues par les autorités d'un Etat partie à la Convention de Schengen du 19 juin 1990 n'imposait pas la mise en oeuvre des dispositions de l'article 53 de ladite Convention relatives à l'entraide judiciaire pour obtenir la communication de ces informations, dès lors que celles-ci pouvaient être régulièrement obtenues en application de l'article 39, au titre de la coopération policière.

En effet, les dispositions de l'article 39 de la Convention de Schengen du 19 juin 1990, qui permettent aux services de police de chaque Etat partie de procéder à des échanges d'informations écrites destinées à apporter la preuve d'une infraction, autorisent la communication d'informations relatives à des investigations, telles des écoutes téléphoniques, effectuées dans des procédures suivies sur le territoire de l'Etat concerné.

Enfin, s'agissant de la transmission des pièces d'exécution, par un Etat membre de la Convention de Schengen du 19 juin 1990, d'une demande d'entraide internationale qui lui a été adressée, la chambre a jugé que les dispositions des articles 695 et 696 du Code de procédure pénale, qui donnent compétence au procureur général pour assurer le retour de ces pièces, instituent une mesure d'administration judiciaire qui n'intéresse pas les droits des parties.

En conséquence, la méconnaissance de ces dispositions ne constitue pas une cause de nullité de la procédure.

7. Annulation d'actes de la procédure

Chambre criminelle, 15 janvier 2003 (Bull. n° 10)
Chambre criminelle, 29 Janvier 2003 (Bull. n° 22)
Chambre criminelle, 16 septembre 2003 (Bull. n° 160)
Chambre criminelle, 3 septembre 2003 (Bull. n° 152)
Chambre criminelle, 1er octobre 2003 (pourvoi n° 03-82.909)

Par le premier arrêt, la chambre criminelle a rappelé qu'une personne mise en examen est recevable à contester la régularité d'écoutes téléphoniques, même lorsqu'elles ont été effectuées sur des lignes dont elle n'est ni le titulaire ni l'utilisateur, dès lors que ses conversations téléphoniques ont été enregistrées et retranscrites *(1er arrêt)*.

Par le deuxième arrêt, la chambre a annulé, pour violation des articles 156 et 161 du Code de procédure pénale, une expertise ordonnée par un juge d'instruction qui, du fait de l'imprécision de la mission confiée à l'expert et de l'absence de définition de l'analyse psychocriminologique demandée, révélait qu'en ordonnant cette mesure le juge d'instruction avait, en réalité, irrégulièrement délégué des pouvoirs relevant de sa seule compétence et laissé, sans être en mesure d'exercer son contrôle, l'expert participer aux actes de l'enquête menée sur commission rogatoire et identifier, sans même l'avoir examinée, une personne comme étant la seule suspecte ayant un profil psychologique compatible avec le passage à l'acte meurtrier.

Par voie de conséquence, se trouvent également annulés le placement en garde à vue et les auditions réalisées à l'occasion de cette mesure, dès lors que la chambre de l'instruction a relevé que l'intervention de l'expert, qui n'était pas prévue dans sa mission, avant et au cours de la garde à vue et hors du contrôle du magistrat instructeur, avait affecté la régularité des actes accomplis au cours de cette mesure.

Le troisième arrêt apporte une illustration sur le sens de la notion d'"actes et pièces de la procédure" susceptibles d'être concernés par une décision d'annulation, et précise qu'une enquête administrative, versée dans une information à titre de renseignement, ne constitue pas un acte ou une pièce de procédure au sens de l'article 173 du Code de procédure pénale.

Le quatrième arrêt est commenté à la rubrique "E. Contrôle judiciaire

et détention provisoire, 2. Détention provisoire, e) nullité du placement en détention provisoire".

Enfin, le cinquième arrêt a permis à la chambre de préciser, pour la première fois, la nature et l'étendue du contrôle exercé par la chambre de l'instruction lorsqu'elle doit apprécier l'existence d'indices graves ou concordants justifiant la mise en examen.

Lorsqu'elle relève qu'il a été procédé à une mise en examen en l'absence de tels indices rendant vraisemblable que la personne ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission de l'infraction dont le juge d'instruction est saisi, la chambre de l'instruction est tenue d'en prononcer l'annulation.

Par suite de cette annulation, intervenue pour violation de l'article 80-1 du Code de procédure pénale, la personne concernée est, en application de l'article 174-1 dudit Code, considérée comme témoin assisté, au regard de cette infraction, à compter de son interrogatoire de première comparution et pour l'ensemble de ses interrogatoires ultérieurs, jusqu'à l'issue de l'information, sous réserve des dispositions des articles 113-6 et 113-8 du Code de procédure pénale *(5ème arrêt)*.

8. Règlement de la procédure

Chambre criminelle, 26 novembre 2003 (pourvoi n° 03-82.563)

L'ordonnance de mise en accusation devant la cour d'assises, rendue par le juge d'instruction, qui opère une requalification des faits de la poursuite, ne fait pas grief, au sens de l'article 186, alinéa 2, du Code de procédure pénale aux intérêts de la partie civile dont les droits demeurent entiers devant la juridiction de jugement.

Celle-ci est, dès lors, irrecevable à en relever appel et, par voie de conséquence, le pourvoi formé contre l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant statué sur cet appel est irrecevable.

9. Perquisitions et saisies

Chambre criminelle, 18 juin 2003 (Bull. n° 129)

Cet arrêt apporte une précision sur la procédure à suivre en matière de perquisition effectuée au domicile ou dans les locaux professionnels de l'un des membres de l'une des professions énumérées aux articles 56-1 et suivants du

Code de procédure pénale.

Après avoir rappelé que le juge d'instruction n'est légalement tenu de prévoir l'assistance d'un représentant de l'ordre ou de l'organisation professionnelle qu'à l'occasion des perquisitions effectuées dans le cabinet d'un membre de l'une des professions énumérées aux articles 56-1 et suivants du Code de procédure pénale, la chambre précise qu'aucune disposition législative ne prévoit de formalité spécifique en matière de perquisition dans les locaux professionnels d'un mandataire judiciaire.

A l'exception de celles qui ont lieu dans le bureau personnel du dirigeant social et auxquelles ce dernier, sauf application des articles 57, alinéa 2, 95 ou 96 du Code de procédure pénale, doit nécessairement assister, les perquisitions et saisies dans les locaux d'une société peuvent être pratiqués en la seule présence d'une personne se comportant comme le représentant qualifié de cette société.

En outre, s'agissant des pièces échangées entre l'avocat et ses clients, si elles sont couvertes par le secret professionnel aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, il n'en demeure pas moins que le juge d'instruction tient des articles 96 et 97 du Code de procédure pénale le pouvoir de saisir de telles pièces lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction.

10. Expertise

Chambre criminelle, 9 juillet 2003 (Bull. n° 137)
Chambre criminelle, 29 octobre 2003 (pourvoi n° 03-84.617)

Le premier arrêt apporte une précision intéressante dans la distinction qu'il convient d'opérer entre une mesure de consultation technique, d'une part, et une expertise, d'autre part : constitue une mission d'ordre technique celle donnée à un professeur de droit maritime chargé d'analyser les différents contrats et conventions liant les parties et de décrire les fonctions des divers intervenants, aux fins de permettre au juge d'apprécier la nature et l'étendue des responsabilités encourues à l'occasion du naufrage d'un navire.

Le second arrêt apporte une précision quant à l'étendue de la mission confiée à un expert psychiatre, et précise que l'accomplissement d'une telle mission d'expertise, relative à la recherche d'anomalies mentales susceptibles d'annihiler ou d'atténuer la responsabilité pénale du sujet, n'interdit pas à l'expert d'examiner les faits, d'envisager la culpabilité de la personne mise en

examen, et d'apprécier son accessibilité à une sanction pénale.

11. Ecoutes téléphoniques
Chambre criminelle, 1er octobre 2003 (pourvoi n° 03-82.909)

Le juge d'instruction tient des articles 81 et 100 du Code de procédure pénale le pouvoir de prescrire, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, l'interception, l'enregistrement et la transcription des correspondances émises par la voie des télécommunications par une personne mise en examen, dès lors que n'est pas en cause l'exercice des droits de la défense. Le principe de confidentialité des conversations échangées entre une personne mise en examen et son avocat ne saurait s'opposer à la transcription de certaines d'entre elles, dès lors qu'il est établi que leur contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à des faits constitutifs d'une infraction, fussent-ils étrangers à la saisine du juge d'instruction.

12. Chambre de l'instruction

a) Composition
Chambre criminelle, 12 février 2003 (Bull. n° 36)
Chambre criminelle, 9 décembre 2003 (pourvoi n° 03-85.587)

Un même magistrat peut successivement siéger à la chambre de l'instruction ayant confirmé une ordonnance de placement en détention provisoire et statuer, en qualité de juge des libertés et de la détention, sur la prolongation de la détention de la personne concernée, dès lors que ce magistrat n'a pas connu, au sein de la chambre de l'instruction comme dans ses nouvelles fonctions, de l'appel de sa propre décision *(1er arrêt)*.

Les règles énoncées par les articles 5, 12 et 23 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, relatives à la présence du conseiller délégué à la protection de l'enfance, ne sont pas applicables au placement en détention d'une personne à laquelle sont imputées des infractions qualifiées crimes ou délits, dont certaines ont été commises alors qu'elle était âgée de plus de dix-huit ans *(2ème arrêt)*.

b) Procédure
Chambre criminelle, 26 mars 2003 (Bull. n° 76)
Chambre criminelle, 9 juillet 2003 (Bull. n° 132)

L'article 197, alinéa 2, du Code de procédure pénale exige seulement

qu'un délai minimum de cinq jours soit observé entre la date d'envoi de la lettre recommandée et celle de l'audience, même s'il se trouve des jours fériés entre ces deux dates.

En l'absence d'observation de la partie concernée et dès lors qu'aucune atteinte n'a été portée aux intérêts de celle-ci ni aux droits de la défense, l'inobservation du délai de cinq jours fixé par l'article 197, alinéa 3, du Code de procédure pénale, ne peut donner lieu à ouverture à cassation *(1er arrêt)*.

En matière de détention provisoire, l'ordonnance par laquelle le président de la chambre de l'instruction rejette la demande de comparution de la personne mise en examen n'est, aux termes de l'article 199, alinéa 5, du Code de procédure pénale susceptible d'aucun recours.

La demande de comparution personnelle présentée par le mis en examen en même temps que sa déclaration d'appel a pour effet de porter de quinze à vingt jours le délai maximum imparti à la chambre de l'instruction pour statuer ; mais la décision du président refusant cette comparution dans les conditions de l'article 199, alinéa 5, du Code de procédure pénale est dépourvue d'incidence sur la durée de ce délai *(2ème arrêt)*.

c) Nullités de l'instruction - Point de départ de la forclusion
Chambre criminelle, 29 octobre 2003 (pourvoi n° 03-84.459)

Le délai de forclusion édicté par l'article 173-1 du Code de procédure pénale, qui impose à la personne mise en examen, à peine d'irrecevabilité, de présenter dans les six mois suivant la notification de sa mise en examen toute demande d'annulation de son interrogatoire de première comparution ou d'actes antérieurs, ne commence à courir qu'à compter de la date de l'interrogatoire de première comparution.

d) Détention provisoire et contrôle judiciaire
Chambre criminelle, 25 février 2003 (Bull. n° 49)
Chambre criminelle, 9 juillet 2003 (Bull. n° 136)
Chambre criminelle, 23 avril 2003 (Bull. n° 86)

Les trois arrêts rapportés apportent des précisions sur l'étendue des pouvoirs de la chambre de l'instruction en matière de contentieux de la détention provisoire.

Le premier arrêt rappelle que, sauf si elle en a décidé autrement de

manière expresse, la chambre de l'instruction, lorsqu'elle statue dans les conditions de l'article 207, alinéa 1er, du Code de procédure pénale et que, par une décision contraire à celle du juge du premier degré, elle ordonne le placement en détention provisoire ou la prolongation de celle-ci, devient seule compétente pour connaître de la connaissance ultérieure du contentieux de la détention provisoire.

Dans les autres cas, lorsque elle infirme la décision prise par le juge du premier degré, sa décision redonne par elle-même effet au titre de détention et elle ne demeure compétente pour statuer sur la détention provisoire que si elle s'est expressément réservé la connaissance de ce contentieux *(1er arrêt)*.

Dans ce cas, le mandat de dépôt précédemment notifié permet de rechercher, transférer et écrouer la personne concernée, en application de l'article 122, alinéa 4, du Code de procédure pénale, sans qu'il y ait lieu de saisir le juge des libertés et de la détention en vue du débat contradictoire, ni de rendre une ordonnance de placement en détention provisoire *(2ème arrêt)*.

En matière de contrôle judiciaire, la chambre de l'instruction, lorsqu'elle est saisie de l'appel relevé par le ministère public d'une ordonnance du juge d'instruction faisant droit à une demande de mise en liberté et plaçant l'intéressé sous contrôle judiciaire, peut se réserver la connaissance ultérieure du contentieux de cette mesure, dès lors qu'elle modifie les modalités du contrôle judiciaire ordonné par le juge d'instruction *(3ème arrêt)*.

e) Règlement de la procédure en matière criminelle
Chambre criminelle, 4 juin 2003 (Bull. n° 116)
Chambre criminelle, 6 août 2003 (Bull. n° 143)

L'article 186 du Code de procédure pénale, applicable en vertu de l'article 24 de l'ordonnance du 2 février 1945, aux ordonnances du juge d'instruction des mineurs, ne prévoit pas de droit d'appel contre les ordonnances de règlement rendues par ce magistrat, à l'exception de celles portant mise en accusation devant la cour d'assises des mineurs.

Est, dès lors, irrecevable l'appel interjeté par un mineur devant la chambre de l'instruction, à l'encontre d'une ordonnance le renvoyant devant le tribunal pour enfants pour crime *(1er arrêt)*.

Lorsqu'elle est saisie, même sur le seul appel de la personne mise en examen, d'une ordonnance portant renvoi devant la cour d'assises, la chambre

de l'instruction est investie, en application de l'article 202, alinéa 2, du Code de procédure pénale, du pouvoir de modifier et de compléter, même en les aggravant, les qualifications retenues par le juge d'instruction.

Dès lors, n'encourt pas la censure l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises pour des chefs d'inculpation délaissés par le juge d'instruction ayant rendu une ordonnance de non-lieu partiel *(2ème arrêt)*.

J. EXTRADITION

Chambre criminelle, 18 juin 2003 (Bull. n° 128)
Chambre criminelle, 17 juin 2003 (Bull. n° 123)

Par le premier arrêt, la chambre a rappelé que ne satisfaisait pas aux conditions essentielles de son existence légale l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui, donnant un avis favorable à une demande d'extradition, se bornait à se référer aux motifs de l'arrêt ayant statué sur une précédente demande d'extradition présentée par le même Etat à l'égard de la même personne.

Le second arrêt apporte des précisions sur l'étendue des réserves posées par la France à l'application de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 : l'article 6 des réserves édicte des dispositions impératives liant les Etats parties et auxquelles les personnes réclamées ne sauraient renoncer.

Aussi, encourt la cassation, l'arrêt qui donne un avis favorable à l'extradition d'un ressortissant français réclamé par le Gouvernement belge au motif que celui-ci a renoncé à se prévaloir de sa nationalité française *(2ème arrêt)*.

K. JURIDICTIONS CORRECTIONNELLES ET DE POLICE

1. Appel correctionnel et de police

a) Recevabilité de l'appel

Chambre criminelle, 7 octobre 2003 (pourvoi n° 02-88.383)

Cet arrêt est commenté à la rubrique "Convention européenne des droits de l'homme, article 6, droit d'accès à un tribunal".

b) Limitations de l'acte d'appel
Chambre criminelle, 10 septembre 2003 (Bull. n° 156)
Chambre criminelle, 8 octobre 2003 (pourvoi n° 02-81.471)

Dans le second arrêt, la chambre criminelle a rappelé, d'une part, qu'aux termes de l'article 509 du Code de procédure pénale, l'affaire est dévolue à la cour d'appel dans la limite fixée par l'acte d'appel et la qualité de l'appelant, d'autre part, que les limitations et restrictions doivent ressortir nettement de l'acte d'appel.

En application de ce principe, elle a censuré, l'arrêt qui, dans une affaire d'abus de biens sociaux, avait déclaré que l'appel d'une société, qui s'était constituée partie civile devant le tribunal tant à titre personnel que pour exercer l'action sociale, était limitée à son action personnelle, alors qu'il ne résultait d'aucune mention de l'acte d'appel que la partie civile eut entendu limiter l'objet et les effets de son recours.

Cet arrêt s'inscrit dans la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation qui s'est réservée le contrôle de l'interprétation donné à l'acte d'appel par les juges du fond *(Crim., 22 juillet 1970, Bull. n° 241 ; 18 mars 1980, Bull. n° 93 ; 12 décembre 1988, Bull. n° 417 ; Crim., 18 janvier 1996, Bull. n° 34)*. La solution qu'il préconise est de nature à faciliter la résolution des problèmes que peut poser la réunion sur la tête d'une même personne, physique ou morale, de diverses qualités à agir.

Dans le premier arrêt, inspiré d'un précédent du 16 novembre 1994 *(Bull. crim., n° 364)*, la chambre a énoncé que les mentions rectificatives portées sur un acte d'appel doivent avoir date certaine et être approuvées par le greffier et le déclarant. Elle a donc censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui, après avoir statué au vu d'un acte d'appel limité aux dispositions pénales d'un jugement, avait été saisie à nouveau et avait déclaré recevable l'appel portant sur les dispositions civiles du jugement au vu du même acte d'appel sur lequel avait été rajoutée la mention manuscrite "et civiles" non datée et non approuvée.

c) Portée de l'appel de la partie civile
Chambre criminelle, 20 mai 2003 (Bull. n° 101)

Chambre criminelle, 8 octobre 2003 (pourvoi n° 02-86.992)

Lorsqu'elle statue sur le seul appel de la partie civile contre un jugement de relaxe, la cour d'appel ne peut statuer que dans certaines limites.

Il lui est ainsi interdit, conformément aux prescriptions de l'article 515 du Code de procédure pénale, d'aggraver le sort de la partie civile *(V. Chambre criminelle, 19 juin 1989, Bull. n° 60)*. Par conséquent, si elle déboute cette dernière de ses demandes, elle ne peut la condamner, pour abus de constitution de partie civile, sur le fondement de l'article 472 du Code de procédure pénale, à payer des dommages-intérêts au prévenu intimé *(2ème arrêt)*.

Il est de même exclu qu'elle prononce une peine contre le prévenu. Ce principe étant posé, elle n'en doit pas moins rechercher si le fait qui lui est déféré constitue ou non une infraction pénale et se prononcer sur l'action civile en application des articles 464, alinéa 2, et 2 du Code de procédure pénale. L'absence de prononcé d'une condamnation pénale n'a donc pas d'incidence sur l'examen, par la cour d'appel, de la responsabilité civile de l'auteur de l'infraction *(1er arrêt)*. Cette décision rappelle une jurisprudence établie de la chambre *(ex. 27 mai 1999, Bull. n° 109)*, qui est régulièrement contestée, à tort, devant les juges du fond.

2. Composition

Chambre criminelle, 5 novembre 2003 (pourvoi n° 02-84.137)

Cet arrêt est analysé sous la rubrique "Convention européenne des droits de l'homme, article 6, droit d'être jugé par une juridiction impartiale".

3. Pouvoirs de requalification (conditions)

Chambre criminelle, 5 mars 2003 (Bull. n° 60)
Chambre criminelle, 4 novembre 2003 (pourvoi n° 03-80.838)

Ces arrêts sont analysés sous la rubrique "Convention européenne des droits de l'homme, article 6, droit d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation".

4. Débats

a) Droit à l'assistance d'un défenseur

Chambre criminelle, 22 janvier 2003 (Bull. n° 17)
Chambre criminelle, 12 mars 2003 (Bull. n° 66)

Troisième partie : la jurisprudence de la Cour

Chambre criminelle, 12 mars 2003 (Bull. n˚67)
Chambre criminelle, 6 mai 2003 (Bull. n˚94)

Depuis deux arrêts du 2 mars 2001, inspirés de la jurisprudence de la Cour européenne *(V. notamment CEDH, 23 mai 2000, Van Pelt c. France, n˚31070/96),* la Cour de cassation juge que "le droit au procès équitable et le droit de tout accusé à l'assistance d'un défenseur s'opposent à ce que la juridiction juge un prévenu non comparant et non excusé sans entendre l'avocat présent à l'audience pour assurer sa défense" *(Ass. plèn., 2 mars 2001, Bull. n˚56).*

Cette solution a été reprise, au mot près, par la chambre criminelle *(Crim., 16 mai 2001, Bull. n˚127),* qui a dans un premier temps précisé que la présence à l'audience de l'avocat ayant reçu mandat de représenter le prévenu avait pour effet de conférer à l'arrêt un caractère contradictoire *(même arrêt).* Elle était, toutefois, soumise à la condition que le mandat fut exprès.

Atténuant cette exigence, la chambre criminelle admet désormais le recours à de simples présomptions. Ainsi, la mention, sur le récépissé du dépôt de la demande d'aide juridictionnelle figurant au dossier, du nom de l'avocat choisi par le prévenu, fait présumer l'existence d'un mandat donné au conseil, par son client, aux fins de le représenter *(2ème arrêt).* Il en est de même du dépôt de conclusions écrites pour le compte du prévenu *(3ème arrêt).*

L'extension des effets de la représentation d'un prévenu par son avocat emporte des conséquences insoupçonnées, mises en évidence à l'occasion de l'examen des situations concrètes auxquelles sont confrontés les juges du fond, notamment dans les cas où les prévenus cherchent en quelque sorte, si l'on peut se permettre l'expression, à "jouer sur les deux tableaux."

Ainsi la chambre criminelle a-t-elle considéré qu'un prévenu ne pouvait se faire un grief de ce que la cour d'appel ait omis de répondre aux conclusions sollicitant le renvoi de l'affaire aux fins de permettre sa comparution personnelle, dès lors qu'il était représenté à l'audience par un avocat de son choix qui avait plaidé au fond et qu'un second avocat avait déposé pour lui des conclusions au fond auxquelles il avait été répondu par les juges *(4ème arrêt).*

Des situations plus compliquées peuvent encore se présenter. L'on sait que, selon l'article 416 du Code de procédure pénale, si le prévenu ne peut, en raison de son état de santé comparaître devant le tribunal et s'il existe des raisons graves de ne point différer le jugement de l'affaire, le tribunal ordonne,

par décision spéciale et motivée, que le prévenu, éventuellement assisté de son avocat, sera entendu à son domicile par un magistrat commis à cet effet, procès-verbal étant dressé de cet interrogatoire. Le débat est alors repris après citation nouvelle du prévenu.

Ayant ainsi procédé ainsi, une cour d'appel avait, après avoir entendu l'avocat, statué contradictoirement à l'égard du prévenu non comparant.

La chambre criminelle a considéré qu'elle avait justifié sa décision de qualifier sa décision de contradictoire, nonobstant l'absence au dossier de la procédure de la lettre du prévenu demandant à être jugé en son absence, pourtant prévue par l'article 411, alinéa 1er, du Code de procédure pénale *(1er arrêt)*.

Il convient de relever que le projet de loi sur l'adaptation de la justice à l'évolution de la criminalité, toujours en cours de discussion devant le Parlement en janvier 2004, contient diverses dispositions qui modifient les règles applicables en la matière, et dont seule la rédaction définitive permettra de déterminer l'impact réel.

b) Dépôt des conclusions
Chambre criminelle, 10 décembre 2003 (pourvoi n° 02-87.487)

Pour en terminer avec les décisions concernant les débats, relevons que des conclusions déposées avant l'audience et visées par le greffier ne peuvent être déclarées irrecevables au motif que l'attention du magistrat n'a pas été attirée sur leur contenu et qu'elles n'ont pas été développées oralement avant les réquisitions du ministère public. La chambre criminelle a cassé, au visa des dispositions des articles 385 et 386 du Code de procédure pénale l'arrêt qui avait confirmé le jugement ayant ainsi déclaré irrecevables de telles conclusions. Cette solution avait déjà été adoptée dans des circonstances similaires *(Crim., 26 mars 1997, Bull. n° 121)*.

5. Jugements et arrêts par défaut
Chambre criminelle, 19 février 2003 (Bull. n° 45)
Chambre criminelle, 11 mars 2003 (Bull. n° 63)
Chambre criminelle, 2 septembre 2003 (Bull. n° 149)

La chambre criminelle s'est directement inspirée de la jurisprudence concernant le prévenu cité à personne, telle qu'elle a été précédemment exposée (§4, a)) pour l'appliquer à la procédure par défaut.

Elle a ainsi jugé, au visa des articles 6. 1 et 3 c) de la Convention que le droit à un procès équitable et le droit de tout accusé à l'assistance d'un défenseur s'opposent à ce que la juridiction correctionnelle, saisie d'une opposition, déclare celle-ci non avenue au motif que l'opposant n'est pas comparant alors que l'avocat chargé de le représenter avait demandé à être entendu sur le fond de l'affaire *(1er et 3ème arrêts)*. De manière plus précise encore, elle a énoncé que la comparution exigée par l'article 494, alinéa 1, du Code de procédure pénale s'entend soit de celle de l'opposant lui-même, soit de celle de son avocat *(3 ème arrêt)*.

Toute autre est évidemment la situation dans laquelle l'opposant, qui a eu connaissance de la date d'audience, n'est ni présent ni représenté et ne fournit aucune excuse valable. Dans une telle hypothèse, la cour d'appel peut continuer à déclarer l'opposition non avenue *(1er arrêt)*.

Enfin, lorsque le prévenu fait opposition à un jugement rendu par défaut à son égard mais frappé d'appel par le ministère public, le tribunal saisi de l'opposition est tenu de surseoir à statuer jusqu'à ce qu'il soit définitivement statué sur cet appel *(2ème arrêt)*.

6. Difficultés d'exécution

a) Confusion de peines et relèvement
Chambre criminelle, 20 mai 2003 (Bull. n ° 99)
Chambre criminelle, 15 octobre 2003 (pourvoi n ° 03-81.101)

En complément des observations qui précèdent concernant la représentation des parties par leur avocat, il convient de signaler deux arrêts qui mettent en évidence l'importance accordée à ce principe par la chambre criminelle, dans le cadre, cette fois, du contentieux de l'exécution des peines.

Ainsi, une cour d'appel ne peut, sans méconnaître l'article 711 du Code de procédure pénale, rejeter une demande de confusion de peines sans que l'avocat du requérant ait été entendu, alors que cette audition avait été

demandée dans la requête et que l'avocat du requérant avait formulé une demande de renvoi à laquelle la cour n'a pas été répondu, fût-ce pour l'écarter *(1er arrêt)*.

Par ailleurs, l'on sait que lorsque la juridiction saisie d'une demande de relèvement d'une interdiction, d'une déchéance, d'une incapacité ou d'une mesure de publication statue en chambre du conseil sur les conclusions du ministère public, l'article 703 du Code de procédure pénale prévoit que le requérant ou son avocat sont entendus ou dûment convoqués.

La chambre criminelle a déduit des dispositions combinées de cet article et des articles 460 et 513 du même Code, ainsi que des principes généraux du droit, que l'avocat de la partie requérante doit avoir la parole en dernier et qu'il en est de même de la partie elle-même, si elle est présente *(2ème arrêt)*.

b) Rectification d'erreur matérielle
Chambre criminelle, 17 juin 2003 (Bull. n° 124)

Dans cette affaire, un tribunal correctionnel avait condamné solidairement à des dommages-intérêts plusieurs prévenus reconnus coupables de vols. Sur requête en rectification d'erreur matérielle, cette juridiction avait ultérieurement décidé que cette condamnation ne serait pas applicable à six des prévenus. Sur l'appel d'un seul d'entre eux, la cour d'appel avait infirmé le jugement au motif que ce dernier avait porté atteinte à la chose jugée et que son dispositif faisant foi jusqu'à inscription de faux, son autorité ne pouvait être détruite par les notes d'audience.

La chambre a approuvé cette motivation conforme à sa jurisprudence traditionnelle, tant sur les limites de la procédure de rectification d'erreur matérielle *(ex. 4 juillet 1995, Bull. n° 246 ; 7 février 1996, Bull. n° 66)* que sur l'impossibilité de recourir aux notes d'audience (*ex. 23 mai 1967, Bull. n° 160 ; 28 octobre 1992, Bull. n° 348)*.

Elle a en outre statué sur un point nouveau. La cour d'appel ayant modifié sur l'appel d'un seul prévenu les dispositions du jugement concernant des co-prévenus non appelants, un moyen soutenait qu'elle avait méconnu les articles 509 et 515 du Code de procédure pénale en statuant hors des limites de sa saisine. La chambre criminelle a écarté ce moyen en énonçant qu'en cas de recours contre un jugement ayant prononcé sur une requête en rectification d'erreur matérielle, l'affaire est dévolue à la cour d'appel dans son entier, sans

que puissent être opposées les dispositions des articles 509 et 515 du Code de procédure pénale. Elle a donc estimé que ces textes sont étrangers à la procédure prévue par les articles 710 et 711 dudit Code. En décider autrement aurait empêché une cour d'appel de rétablir le sens initial d'une décision qui n'avait été modifiée, par le jugement dont elle était saisie, qu'en violation de l'autorité de la chose jugée.

L. PEINES ET MESURES À CARACTÈRE PÉNAL

1. Interdiction du territoire français

Chambre criminelle, 15 octobre 2003 (pourvoi n ° 02-86.505)
Chambre criminelle, 29 octobre 2003 (pourvoi n ° 02-86.704)

Selon l'article 736 du Code de procédure pénale, les incapacités, interdictions et déchéances résultant d'une condamnation avec sursis cesseront d'avoir effet du jour où, par application de l'article 132-35 du Code pénal, cette condamnation aura été réputée non avenue.

Or les seules exceptions prévues par l'article 736 sont le suivi socio-judiciaire et l'interdiction d'exercer une activité impliquant un contact habituel avec des mineurs. Force est de constater que l'interdiction du territoire français n'y figure pas.

La Cour de cassation a donc censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui, avant de rejeter une requête en relèvement d'une telle interdiction résultant d'une condamnation non avenue, avait relevé que les effets du non avenu étaient limités à la peine principale d'emprisonnement partiellement assortie du sursis et que la peine d'interdiction du territoire français bénéficiait d'un régime autonome *(2ème arrêt)*.

En ce qui concerne le relèvement de la peine complémentaire d'interdiction du territoire français, la chambre criminelle a déjà eu l'occasion de juger que, sous peine de méconnaître l'article 8 de la Convention, toute juridiction saisie d'une demande de relèvement, par un requérant invoquant le droit au respect de sa vie privée et familiale, doit, d'une part, répondre à cette argumentation *(Crim., 28 février 2001,Bull. n ° 55)*, d'autre part, rechercher si le maintien de la mesure respecte un juste équilibre entre le droit précité et les impératifs visés à l'article 8.2 *(Crim., 13 mars 2001, Bull. n ° 63)*.

Dans la lignée de cette jurisprudence, elle a précisé que le juge est tenu de motiver sa décision au regard de la situation de l'intéressé au jour de la

demande *(*1er arrêt).

2. Interdiction d'exercer une activité professionnelle
Chambre criminelle, 8 janvier 2003 (Bull. n˚3)

La chambre criminelle a procédé en matière d'interdiction d'une activité professionnelle à un revirement de jurisprudence qui mérite d'être souligné.

Rappelons au préalable que l'article 201 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L 626-6 du code de commerce permet au juge répressif de prononcer, à l'encontre d'une personne déclarée coupable de banqueroute, l'interdiction de gérer prévue par son article 192, actuel article L 625-8 du même code.

La chambre avait jugé que la première de ces dispositions n'imposait nullement que cette peine complémentaire fut limitée dans sa durée et que l'entrée en vigueur de l'article 131-27 du Code pénal selon lequel, lorsque l'interdiction d'exercer une activité professionnelle est encourue à titre de peine complémentaire pour un crime ou un délit, elle est soit définitive, soit limitée à une durée de 5 ans, ne devait pas modifier cette appréciation des choses *(Chambre criminelle, 6 août 1996 Bull. n˚302).*

Dans l'arrêt ici commenté, elle a adopté une position exactement inverse, en énonçant au visa de l'article 131-27 du Code pénal, que "l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale est soit définitive soit temporaire et que dans ce dernier cas, elle ne peut excéder une durée de cinq ans."

Elle a donc 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.

Elle a, ce faisant, appliqué la jurisprudence dégagée à propos de dispositions similaires par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation à l'occasion du réexamen d'une affaire intervenant après arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (qui avait constaté une violation de la Convention sur un tout autre objet).

L'Assemblée plénière avait en effet décidé, à propos de l'interdiction d'exercer une profession commerciale prévue par l'article 4 de la loi du

30 août 1947, qu'en application de l'article 131-27 du Code pénal, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale était soit définitive, soit temporaire et qu'elle ne pouvait, dans ce dernier cas, excéder une durée de cinq ans. Elle avait cassé l'arrêt qui avait prononcé une telle peine pour une durée de dix ans *(22 novembre 2002, Bull. 2002, Ass. plén. n° 29)*.

Le domaine d'application du principe posé par l'article 131-27 du Code pénal n'est donc plus nécessairement limité aux peines d'interdiction professionnelles prévues par le seul Code pénal.

3. Sursis

a) Sursis simple
Chambre criminelle, 3 juin 2003 (Bull. n° 114)

L'article 132-34, alinéa 1, du Code pénal dispose notamment que le sursis est applicable à l'amende prononcée pour les contraventions de 5e classe.

La chambre criminelle en a tiré la conséquence que le sursis n'est pas applicable à l'amende prononcée pour les contraventions des quatre premières classes, ce qu'elle n'avait jamais eu l'occasion de préciser jusqu'à ce jour.

b) Sursis avec mise à l'épreuve
Chambre criminelle, 10 septembre 2003 (Bull. n° 159)
Chambre criminelle, 9 décembre 2003 (pourvoi n° 03-86.074)

Le premier arrêt concerne une affaire dont il convient de rappeler brièvement les grandes lignes :

Un prévenu, déclaré coupable d'abus de confiance pour avoir détourné des primes et indemnités d'assurance dans le cadre de son activité professionnelle d'assureur, avait été auparavant placé en liquidation judiciaire. Statuant sur l'action civile, la cour d'appel avait débouté les parties civiles de leurs demandes après avoir constaté que leurs créances n'avaient pas été déclarées au passif de la liquidation. Prononçant sur l'action publique, elle avait placé le prévenu sous le régime de la mise à l'épreuve avec obligation particulière de réparer le dommage en fonction de ses facultés contributives.

La chambre criminelle a cassé cette décision en posant pour principe que si l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un prévenu ne fait pas obstacle à son placement sous le régime du sursis avec mise à l'épreuve

comportant l'obligation spéciale, prévue à l'article 132-45.5°, du Code pénal, de réparer les dommages causés par l'infraction, même en l'absence de décision sur l'action civile, c'est à la condition, lorsqu'il s'agit de réparation pécuniaire, que la créance de la partie civile ne soit pas déclarée éteinte.

Cette solution avait déjà été adoptée par la chambre dans des arrêts antérieurs *(11 juin 1998, pourvoi n°97-83.017 ; 10 novembre 1999, pourvoi n° 98-83.452),* mais n'avait pas encore fait l'objet de publication.

Toujours en matière de sursis avec mise à l'épreuve, le second arrêt rappelle une jurisprudence acquise depuis un arrêt du 19 mars 1999 *(Bull. n°41)* : selon l'article 742-1 du Code de procédure pénale, lorsque le tribunal prolonge le délai d'épreuve, ce délai ne peut au total être supérieur à trois ans. Les juges ne peuvent donc pas ordonner la prolongation d'un délai d'épreuve, initialement fixé à trois ans, pour une durée supplémentaire de deux ans.

4. Exécution des peines

a) Réduction de peines
Chambre criminelle, 29 janvier 2003 (Bull. n°20)

Tandis que la chambre commerciale considère que la contrainte par corps constitue une peine au sens de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre criminelle affirme qu'il s'agit d'une mesure d'exécution forcée des sanctions pécuniaires qui présente à certains égards les caractères d'une peine.

En considérant néanmoins que sa durée ne saurait être réduite en application des dispositions des articles 721 et 721-1 du Code de procédure pénale, la chambre criminelle rappelle sa jurisprudence antérieure *(24 septembre 1996, Bull. n°328),* fondée sur le fait que lesdits articles sont relatifs aux seules peines d'emprisonnement.

b) Suspension de peines
Chambre criminelle, 12 février 2003 (Bull. n°37)

A l'occasion d'une affaire qui a rencontré un large écho dans l'opinion publique, la chambre criminelle a considéré que l'article 720-1-1, alinéa 1er, du Code de procédure pénale, qui prévoit la possibilité de suspendre une peine privative de liberté, quelle qu'en soit la nature ou la durée, et pour une durée qui n'a pas à être déterminée, à l'égard des condamnés dont il est établi qu'ils sont

atteints d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que leur état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention, ne fixe aucune condition tenant à la nature des infractions sanctionnées ou à l'existence d'un risque de trouble à l'ordre public.

c) Libération conditionnelle
Chambre criminelle, 21 mai 2003 (Bull. n° 106)

Cet arrêt, qui statue sur une question nouvelle, concerne la situation d'un condamné qui avait bénéficié d'une mesure de libération conditionnelle expirant le 31 décembre 2001. Le 8 novembre 2001, le procureur de la République avait saisi le juge d'application des peines d'une requête en révocation de cette mesure pour inconduite notoire. Le 31 décembre suivant, le juge avait refusé de faire droit à cette demande.

L'appel interjeté par le procureur de la République avait été déclaré non fondé au motif que "si la révocation n'est pas intervenue avant l'expiration du délai d'épreuve, la libération est définitive" et que le délai de révocation n'est pas suspendu par la requête du ministère public.

La chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé contre cette décision, en posant pour principe qu'en application des articles 722-2 et 733, alinéas 2 et 3, du Code de procédure pénale, seule la délivrance d'un mandat ou l'incarcération du condamné est de nature à suspendre la mesure de libération conditionnelle.

M. PRESSE

1. Diffamation contre un citoyen chargé d'un service public

Chambre criminelle, 14 janvier 2003 (Bull. n° 7)
Chambre criminelle, 11 mars 2003 (Bull. n° 64)

Dans ces deux affaires, deux anciens conseillers, l'un du Premier ministre et l'autre du Président de la République, membres de leur cabinet, avaient engagé des poursuites contre les auteurs et l'éditeur, d'un ouvrage dans le premier cas, d'un article de presse dans le second, dont ils considéraient qu'ils étaient diffamatoires.

Dans la première affaire, les prévenus, qui étaient poursuivis pour diffamation publique envers un dépositaire ou agent de l'autorité publique ou un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public, avaient excipé de la

nullité des poursuites au motif que la partie civile n'avait pas la qualité de fonctionnaire public et, qu'en conséquence, la plainte aurait dû être déposée pour diffamation publique envers un particulier.

Les juges ayant écarté cette argumentation, la chambre censure l'arrêt et précise que la qualité de dépositaire ou agent de l'autorité publique ou de citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public au sens de l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 n'est reconnue qu'à celui qui accomplit une mission d'intérêt général en exerçant des prérogatives de puissance publique.

Elle considère que tel n'est pas le cas d'un conseiller du Premier ministre qui n'est investi d'aucune délégation de compétence ou de signature de nature à lui conférer une prérogative de puissance publique.

A l'inverse, dans la seconde affaire, dans laquelle les poursuites avaient été engagées du chef de diffamation publique envers un particulier, la cour d'appel, pour confirmer la relaxe prononcée en première instance, avait retenu que cette qualification ne pouvait, en l'espèce, trouver à s'appliquer car les faits entraient, en réalité, dans les prévisions de l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881.

La chambre censure cette décision au motif que les juges n'ont pas recherché si la partie civile était investie d'une délégation de compétence ou de signature de nature à lui conférer des prérogatives de puissance publique pour l'exercice de ses fonctions.

2. Diffamation raciale

Chambre criminelle, 11 mars 2003 (Bull. n° 62)

La contravention d'injure raciale non publique, prévue par l'article R. 624-4 du Code pénal, est soumise, en ce qui concerne la procédure, aux dispositions particulières de la loi du 29 juillet 1881 et notamment à son article 65 qui fixe à trois mois le délai de la prescription de l'action publique et de l'action civile.

3. Injure et diffamation commises par le réseau internet

Chambre criminelle, 6 mai 2003 (Bull. n° 94)

Le réseau internet constituant un moyen de communication audiovisuelle au sens de l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, la responsabilité pénale du propriétaire

d'un site et de l'auteur des propos injurieux ou diffamatoires diffusés sur ce site peut être engagée dans les conditions prévues par l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

4. Diffamation envers les corps constitués

Chambre criminelle, 12 novembre 2003 (pourvoi n° 02-84.709)

Il résulte des dispositions combinées des articles 47 et 48, dernier alinéa, de la loi du 29 juillet 1881 que, par dérogation à l'article 85 du Code de procédure pénale, la poursuite du chef de diffamation envers un corps constitué ne peut être exercée que par le ministère public.

La plainte avec constitution de partie civile déposée par un corps constitué du chef d'injure ou de diffamation est irrecevable et ne peut avoir pour effet d'interrompre la prescription de l'action publique ou d'en suspendre le cours.

5. Preuve de la vérité des faits diffamatoires

Chambre criminelle, 11 février 2003 (Bull. n° 29)
Chambre criminelle, 2 septembre 2003 (Bull. n° 150)

Le premier de ces arrêts est commenté à la rubrique "L'application du droit communautaire et du droit international - Convention européenne des droits de l'homme - Article 10, liberté d'expression".

Par le second, la chambre a rappelé 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 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.

6. Procédure

Chambre criminelle, 25 février 2003
Chambre criminelle, 30 septembre 2003 (Bull. n° 174)
Chambre criminelle, 14 octobre 2003 (pourvoi n° 02-87.994)
Chambre criminelle, 12 novembre 2003 (pourvoi n° 02-88.466)

Le premier de ces arrêts est commenté à la rubrique "Cassation".

Par les quatre autres, la chambre a rappelé (V. Crim., 22 juin 1982, Bull. n° 169 ; 19 mai 1987, Bull. n° 205 ; 19 janv. 1988, Bull. n° 28) qu'en matière de presse une plainte incomplète ou irrégulière peut être validée par le réquisitoire introductif lorsqu'il est conforme aux exigences de l'article 50 de la loi du 29 juillet 1881 et qu'il est intervenu dans le délai de prescription que la plainte entachée de nullité n'a pas interrompu *(2ème arrêt)*, que les citations à comparaître délivrées postérieurement à une ordonnance de renvoi devant la juridiction correctionnelle ne sont pas soumises aux prescriptions de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 *(3ème arrêt)* et que l'article 53 de ladite loi n'oblige pas la partie poursuivante à caractériser dans l'exploit introductif d'instance le mode de participation du prévenu au fait reproché *(4ème arrêt)*.

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).

Contrairement à l'année précédente, les arrêts rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sur renvoi de la Commission *(14 février 2003, Bull. n° 3 ; 24 octobre 2003, pourvoi n° 97-85.763)* n'ont pas statué sur des problèmes spécifiques à la procédure de réexamen de nature à être étudiés dans la présente section.

O. RÉVISION

Chambre criminelle, 15 janvier 2003 (Bull. n° 11)
Chambre criminelle, 16 septembre 2003 (Bull. n° 163)

Pour qu'il y ait matière à révision au sens de l'article 622.4° du Code de procédure pénale, il est nécessaire que l'élément inconnu de la juridiction au jour du procès soit de nature à faire naître un doute sur la culpabilité de la personne condamnée.

Tel n'est pas le cas de la rectification d'une erreur matérielle concernant la date du jugement de divorce lorsque la décision de condamnation pour abandon de famille dont la révision est demandée vise ledit jugement, qui maintient la pension alimentaire fixée par l'ordonnance de non-conciliation suivie de l'assignation en divorce, et qu'ainsi, l'existence de l'obligation alimentaire durant la période visée par la prévention laisse subsister l'infraction

(1er arrêt).

Constitue un fait nouveau inconnu de la juridiction au jour du procès, ouvrant droit à révision des condamnations pénales et civiles prononcées pour dénonciation calomnieuse, en application de l'article 622.4° du Code de procédure pénale, la condamnation ultérieure, du chef de viol sur mineurs, de la personne mise en cause par cette dénonciation, établissant que les faits d'agressions sexuelles dénoncés n'étaient pas mensongers *(2ème arrêt)*.

P. RESPONSABILITÉ PÉNALE

1. Responsabilité pénale en matière de délits non intentionnels

Chambre criminelle, 11 février 2003 (Bull. n° 28)
Chambre criminelle, 18 mars 2003 (Bull. n° 71)
Chambre criminelle, 11 juin 2003 (pourvoi n° 02-82.622)

A la suite des arrêts rendus en 2000, 2001 et 2002, la chambre criminelle a rendu des arrêts précisant les conditions d'application de l'article 121-3 du Code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 10 juillet 2000, et notamment les notions de causalité indirecte et de faute caractérisée retenue à l'égard du chef d'entreprise ou du maire d'une commune.

Pour une étude plus générale de la jurisprudence rendue depuis la mise en vigueur de la loi du 10 juillet 2000, il est renvoyé à l'étude de Frédéric Desportes, publiée au rapport de la Cour de cassation 2002, "Responsabilité pénale en matière d'infractions non intentionnelles".

2. Responsabilité pénale des personnes morales

Chambre criminelle, 11 mars 2003 (Bull. n° 65)
Chambre criminelle, 5 février 2003 (Bull. n° 24)

En application de l'article 121-2, alinéa 3, du Code pénal, la chambre criminelle retient la responsabilité pénale cumulative de la société et de son gérant lorsque les faits de dénonciation calomnieuse ont été commis au nom de cette personne morale agissant par son représentant légal *(1er arrêt)*.

L'article 399 du Code des douanes, qui soumet les personnes physiques et morales ayant participé, comme intéressées à un délit douanier, aux mêmes peines que l'auteur dudit délit, est applicable aux personnes morales. Encourt la censure l'arrêt qui, pour relaxer une société poursuivie en qualité d'intéressée à un délit douanier commis par l'un de ses employés, se borne à énoncer que

la responsabilité pénale des personnes morales n'existe pas en droit douanier *(2ème arrêt)* ; se reporter au paragraphe "douanes".

3. Cause d'irresponsabilité pénale

Chambre criminelle, 18 février 2003 (Bull. n°41)

L'article 174 du décret du 20 mai 1903 permet aux gendarmes de déployer la force armée lorsque des personnes cherchent à échapper à leur garde ou à leurs investigations et ne peuvent être contraintes de s'arrêter que par l'usage des armes et encore lorsqu'ils ne peuvent immobiliser autrement les véhicules dont les conducteurs n'obtempèrent pas à leurs ordres d'arrêt.

La chambre criminelle a déjà eu l'occasion de préciser les conditions d'application de ces dispositions : l'autorisation d'ouvrir le feu ne saurait être étendue au gendarme qui exécute, en tenue civile, une mission de police judiciaire (Crim 16 janvier 1996, Bull n° 22). Il en est de même lorsqu'il est hors service et en tenue civile (Crim 30 avril 1996, Bull n° 178). Enfin, la chambre criminelle avait affirmé que la cause d'irresponsabilité pénale s'appliquait aux fautes involontaires (Crim 5 janvier 2000, Bull n° 3).

Dans l'arrêt rapporté, la chambre criminelle a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui faisait application de ce texte à un gendarme motocycliste alors qu'il s'était porté à hauteur du véhicule dont le conducteur avait refusé de s'arrêter et que, tenant le guidon d'une main, il avait brandi son arme en direction du conducteur pour le contraindre à s'arrêter avant qu'un coup de feu ne parte tuant ce dernier. La chambre criminelle reproche aux juges de ne pas avoir recherché si l'usage de l'arme par le gendarme motocycliste était absolument nécessaire en l'état des circonstances de l'espèce.

Par ailleurs, elle énonce que l'article 174 du décret du 20 mai 2003 n'est pas incompatible avec les dispositions de l'article 2.2 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le recours à la force entraînant la mort.

4. Imputabilité

Chambre criminelle, 29 avril 2003 (Bull n°91)
Chambre criminelle, 11 juin 2003 (pourvoi n°02-86.911)

Le délit de vente au déballage sans autorisation, prévu et puni par les article L. 310-2, L. 310-5 et L. 310-6 du Code de commerce n'est imputable,

à titre d'auteur principal qu'à la personne qui procède à la vente.

La chambre criminelle avait affirmé, dans l'arrêt du 26 juin 2001 (Bull. n° 161), que la qualité de représentants, au sens de l'article 121-2 du Code pénal, était reconnue aux personnes pourvues de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires ayant reçu une délégation de pouvoirs de la part des organes de la personne morale ou une subdélégation des pouvoirs d'une personne déléguée.

Dans l'arrêt rapporté, il est précisé que ne peut être déclarée coupable de vente au déballage sans autorisation une association de commerçants sans préciser quel organe ou représentant aurait engagé, à titre d'auteur principal, la responsabilité pénale de cette personne morale *(1er arrêt)*.

En matière de fraudes, falsifications et tromperies, le contrôle de la qualité des produits et de leur conformité aux indications portées sur l'emballage s'exerce à tous les stades de la commercialisation. Ce contrôle incombe ainsi au commissionnaire, distributeur exclusif en France d'un cédérom de jeux vidéo produit en Espagne; ce dernier ne peut s'exonérer de sa responsabilité pénale au motif qu'il n'est pas le propriétaire des objets mis en vente *(2ème arrêt)*.

Q. TRAVAIL

1. Inspecteurs du travail

a) Compétence territoriale
Chambre criminelle, 16 septembre 2003 (Bull. n° 164)
Chambre criminelle, 9 décembre 2003 (pourvoi n°03-80.781)

La chambre criminelle, par ces deux arrêts, a apporté des précisions quant aux règles de compétence territoriale des inspecteurs du travail :

- en premier lieu, elle a jugé que l'inspecteur du travail, pour procéder à des constatations au siège d'une entreprise se trouvant dans sa section d'inspection, peut se faire assister par des collègues affectés dans le même département que lui. En effet, les agents de l'inspection du Travail sont compétents pour dresser procès-verbal dans le département où ils sont nommés. L'affectation des inspecteurs et contrôleurs du Travail dans une section territoriale du département résultant des dispositions du décret n° 94-1166 du 28 décembre 1994 relatif à l'organisation des services déconcentrés du ministère

du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle n'a aucune incidence sur leur compétence pour dresser procès-verbal, laquelle s'étend à l'ensemble du département *(1er arrêt)* ;

- en second lieu, elle a considéré que l'inspecteur du travail de Marseille n'avait pas compétence pour relever une infraction d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise, situé au siège de l'entreprise dans le département du Nord. Il s'ensuit que justifie sa décision, la cour d'appel, qui, pour accueillir l'exception d'incompétence territoriale de l'inspecteur du travail de Marseille qui a relevé une entrave au fonctionnement du comité d'entreprise situé, au siège de la société, dans le département du Nord, retient que, si, selon les dispositions des articles L. 611-1 et L. 611-10 du Code du travail, les inspecteurs du travail constatent les infractions audit Code, dont ils ont relevé les éléments constitutifs dans leur section d'inspection, encore faut-il que ces derniers aient été rassemblés et portés à leur connaissance en vertu de leur pouvoir d'enquête exercés dans le cadre de leur compétence territoriale, c'est-à-dire en rapport direct avec leur mission de contrôle des établissements et institutions situés dans leur secteur d'inspection et que les éléments constitutifs du délit d'entrave ont été relevés sur la base d'une communication de pièces sans lien avec l'activité de contrôle de l'établissement situé dans le ressort de compétence de l'inspecteur du travail du département des Bouches-du-Rhône *(2ème arrêt)*.

b) Pouvoirs
Chambre criminelle, 16 septembre 2003 (Bull. n° 164)

Les dispositions de l'article L. 611-8 du Code du travail autorisent les agents de l'inspection du Travail à entrer dans tous les établissements à l'effet d'y assurer la surveillance et les enquêtes dont ils sont chargés. La seule exception est celle qui concerne les établissements soumis au régime dérogatoire de l'article L. 611-2 du Code du travail. Justifie sa décision la cour d'appel qui écarte le moyen de nullité du procès-verbal d'enquête tiré de ce que l'établissement contrôlé étant chargé de traiter des marchés classés intéressant la défense nationale, l'inspecteur du Travail ne pouvait pénétrer, sans autorisation, dans certaines zones protégées.

2. Entrave

a) Personnes physiques responsables – Délégation de pouvoirs
Chambre criminelle, 14 octobre 2003 (pourvoi n° 03-81.366)
Chambre criminelle, 16 septembre 2003 (Bull. n° 164)

Troisième partie : la jurisprudence de la Cour

En matière de fonctionnement du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, la chambre criminelle a rappelé qu'en matière de décisions d'aménagement important modifiant les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail, le chef d'entreprise ne pouvait donner délégation de pouvoirs. En effet, il lui appartient de s'assurer de la consultation du comité d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail. Il s'ensuit que le cadre représentant le chef d'entreprise pour présider le comité ne peut engager sa responsabilité pénale que s'il a personnellement porté atteinte au fonctionnement régulier du comité d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail *(1er arrêt)*.

En matière de fonctionnement du comité d'entreprise, le délit d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise, prévu et réprimé par l'article L. 483-1 du Code du travail, peut être imputé au directeur des ressources humaines chargé, par délégation du chef d'entreprise, de présider le comité d'établissement, dès lors qu'a été caractérisée à son encontre une participation personnelle aux faits constitutifs de l'infraction *(2ème arrêt)*.

b) Faits constitutifs d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise
Chambre criminelle, 16 septembre 2003 (Bull. n° 164)
Chambre criminelle, 3 juin 2003 (Bull. n°110)
Chambre criminelle, 25 février 2003 (Bull. n°53)
Chambre criminelle, 11 février 2003 (Bull. n°31)

Sont constitutifs d'entraves au fonctionnement du comité d'entreprise:

- le refus, sans motif légitime et en violation des dispositions des articles L. 432-1, alinéa 1er, et L. 432-3, alinéa 4, du Code du travail , de consulter le comité d'établissement sur l'instauration, pour les salariés de cet établissement, d'horaires de travail individualisés *(1er arrêt)* ;

- le fait pour le directeur régional d'une succursale de la Banque de France de refuser au comité d'établissement la communication intégrale d'un rapport d'inspection sur le fonctionnement de cet établissement *(2ème arrêt)* ;

- le fait pour un employeur, ayant formé un recours en annulation de l'élection des membres au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de refuser délibérément de réunir le comité nouvellement élu dans l'attente de la décision à intervenir sur sa contestation *(3ème arrêt)* ;

- l'abstention volontaire de verser au comité d'établissement la

subvention de fonctionnement. En effet, lorsque l'entreprise comporte des établissements multiples, la subvention de fonctionnement prévue par l'article L. 434-8 du Code du travail doit être versée à chaque comité d'établissement *(4ème arrêt)* ;

- le refus de communiquer au comité d'établissement le montant de la masse salariale annuelle brute sur laquelle sont assises les subventions versées aux comités d'établissement (4ème arrêt) ;

- le défaut de consultation, du comité d'établissement, préalable à la signature d'un accord consécutif à une opération de fusion-absorption, qui fixe le taux moyen pondéré de la contribution patronale aux oeuvres sociales pour l'ensemble de l'entreprise et qui détermine les règles de répartition prenant en compte les besoins propres à chaque comité d'établissement. En effet, un tel accord requiert, par son objet, simultanément, la consultation préalable du comité central d'entreprise, par application de l'article L. 432-1, alinéa 8, du Code du travail , et des comités d'établissement, par application de l'article L. 435-2, alinéa 2, du même Code *(4ème arrêt).*

c) Atteinte à l'exercice régulier des fonctions de délégués du personnel
Chambre criminelle, 11 février 2003 (Bull. n° 32)

Ne caractérise pas le délit d'atteinte à l'exercice régulier des fonctions de délégués du personnel, le fait, par un employeur, alors qu'un salarié a demandé à être reçu accompagné du délégué du personnel pour un entretien relatif à son évaluation professionnelle, de recevoir le salarié seul.

En effet, s'il résulte de l'article L. 422-1, alinéa 1, du Code du travail que les délégués du personnel ont pour mission de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles relatives à l'application du Code du travail ainsi que des conventions et accords collectifs applicables dans l'entreprise, l'alinéa 2 du même texte laisse aux salariés la faculté de présenter eux-mêmes leurs observations aux employeurs et à leurs représentants. Lorsqu'un salarié a pris l'initiative de présenter lui-même sa réclamation au chef d'établissement, la présence du délégué du personnel à l'entretien sollicité par ce salarié n'entre pas dans sa mission de présentation d'une réclamation individuelle. Dès lors, le chef d'établissement, auquel le délégué du personnel n'a pas lui-même présenté de demande d'entretien sur le fondement de l'article L. 424-4, alinéa 2, du Code du travail, n'est pas tenu, pour l'entretien avec le salarié demandeur, de le recevoir accompagné du délégué du personnel.

L'assistance du salarié par le délégué du personnel, lors de l'entretien avec l'employeur, n'est rendue obligatoire que par les dispositions de l'article L. 122-41 du Code du travail, pour l'entretien préalable à une sanction disciplinaire, et par celles de l'article L. 122-14 du même Code pour l'entretien préalable au licenciement.

3. Champ d'application du Code du travail

Chambre criminelle, 30 septembre 2003 (Bull. n° 699)
Chambre criminelle, 3 juin 2003 (Bull. n°110)
Chambre criminelle, 14 janvier 2003 (Bull. n°8)

La chambre criminelle a précisé le champ d'application des dispositions du Code du travail :

- établissement public administratif : il résulte des articles L. 125-3 et L. 152-3 du Code du travail que constitue un prêt illicite de main-d'œuvre toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre dès lors qu'elle n'est pas effectuée dans le cadre des dispositions du Code du travail relatives au travail temporaire. Méconnaît ces dispositions la cour d'appel qui, pour dire le délit de prêt illicite de main-d'œuvre non caractérisé à l'encontre d'une société poursuivie pour avoir, sous le couvert d'un marché public, mis du personnel à la disposition d'un établissement public administratif, énonce que les dispositions du livre 1er du Code du travail, au nombre desquelles figurent les articles précités, ne sont pas applicables à un tel établissement. Une telle circonstance est en effet sans incidence sur la constitution du délit à l'encontre de l'entreprise ayant fourni la main-d'œuvre. 30 septembre 2003 *(1er arrêt)*.

- Banque de France : la Banque de France, institution régie par les dispositions des articles L. 142-1 et suivants du Code monétaire et financier issues de la loi du 4 août 1993, qui n'a pas le caractère d'un établissement public mais revêt une nature particulière et présente des caractéristiques propres au nombre desquels figure l'application à son personnel des dispositions du Code du travail qui ne sont incompatibles ni avec son statut, ni avec les missions de service public dont elle est chargée ainsi que le confirme sa mention à l'annexe III de la loi du 26 juillet 1983 sur la démocratisation du secteur public. Elle entre donc dans le champ d'application de l'article L. 143-1 du Code du travail *(2ème arrêt)*.

- association cultuelle : aux termes de l'article L. 231-1 du Code du travail, sont soumis aux dispositions du Code du travail relatives à l'hygiène, à la sécurité et aux conditions de travail, les établissements industriels,

commerciaux et agricoles et leurs dépendances, de quelque nature que ce soit, publics ou privés, laïques ou religieux, même s'ils ont un caractère coopératif, d'enseignement professionnel ou de bienfaisance. Par ailleurs, le travail au sein d'un service organisé dont l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution révèle l'existence d'un lien de subordination, caractérisant l'existence d'un contrat de travail. Enfin, l'intention des parties est impuissante à soustraire les travailleurs au statut social qui découle nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail. Encourt, en conséquence, la censure l'arrêt qui, après avoir constaté que les membres d'une association travaillaient au sein d'un établissement industriel ayant notamment pour objet des activités d'impression et que les conditions d'exécution de leur travail n'étaient pas déterminées par eux, écarte néanmoins la qualification de contrat de travail et, par suite, l'application de la réglementation relative à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs, au motif inopérant que l'association revêtait un caractère cultuel et que, par leur soumission à des vœux religieux, ses membres s'étaient placés sous une autorité religieuse pour accomplir un travail qui, destiné à assurer une mission de prosélytisme, était, de ce fait exclusif, quelle que soit son ampleur, de tout lien de subordination *(3ème arrêt).*

4. Refus d'embauche

Chambre criminelle, 2 septembre 2003 (Bull. n° 593)

Le refus, par une société recourant aux services d'une entreprise de travail temporaire, de conclure le contrat de mise à disposition prévu par l'article L. 124-3 du Code du travail constitue un refus d'embauche au sens de l'article 225-2.3° du Code pénal dès lors qu'il fait obstacle à l'embauche, par l'entreprise de travail temporaire, du salarié visé dans le contrat.

5. Accident de travail

Chambre criminelle, 11 février 2003 (Bull. n°30)

L'accident survenu au temps et au lieu du travail est un accident du travail. La circonstance que l'employeur soit reconnu coupable du délit de travail dissimulé n'a pas d'incidence sur le droit de la victime à la protection de la législation sur les accidents du travail.

Il résulte des dispositions d'ordre public de l'article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale que la victime d'un accident du travail ne peut exercer conformément au droit commun aucun recours contre l'employeur. La caisse qui a servi les prestations prévues par le livre IV du Code de la sécurité sociale, n'ayant pas de recours subrogatoire, ne peut intervenir à l'instance pour en

demander le remboursement, y compris dans le cas où la victime accomplissait un travail clandestin.

6. Conditions de travail

Chambre criminelle, 4 mars 2003 (Bull. n˚58)
Chambre criminelle, 23 avril 2003 (Bull. n˚85)

Par ces deux arrêts la chambre criminelle s'est prononcée sur la notion de conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine :

Justifie sa décision au regard de l'article 225-14 du Code pénal l'arrêt qui, pour déclarer le prévenu, dirigeant d'une entreprise de confection, coupable de soumission de personnes vulnérables ou dépendantes à des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine retient, d'une part, que la façon dont ce chef d'entreprise dirigeait ses salariés en ayant recours à des hurlements permanents, les vexations qu'il leur faisait subir en les insultant publiquement et en utilisant divers procédés inadmissibles pour les humilier ainsi que les cadences et les conditions de travail qu'il leur imposait, faisant d'eux "le prolongement d'une machine-outil", étaient incompatibles avec cette dignité et énonce, d'autre part, que pour imposer ces conditions de travail aux salariés concernés, l'intéressé a profité de leur situation de vulnérabilité sociale et économique résultant de leur absence de qualification et de la situation particulièrement difficile de l'emploi en milieu rural, notamment dans le secteur concerné *(1er arrêt)*.

Ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article 225-14 du Code pénal, l'arrêt qui, pour relaxer la prévenue poursuivie pour avoir, en abusant de leur situation de dépendance, soumis plusieurs salariés d'un magasin dont elle était directrice, à des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine, retient que, ceux-ci étant de nationalité française et titulaires d'un contrat de travail, ne sauraient se trouver en situation de dépendance ou de vulnérabilité vis-à-vis de leur employeur. Prononce par des motifs contradictoires le même arrêt qui, après avoir constaté que la prévenue aurait fait subir à certains salariés des violences, brimades, injures et autres vexations, énonce que ces violences physiques et morales, si elles témoignent d'un comportement critiquable à l'égard de ceux-ci, ne caractérisent pas une atteinte à la dignité humaine mais relèvent plutôt d'un mode paternaliste de gestion *(2ème arrêt)*.

7. Responsabilité civile du président du conseil d'administration

d'une société
Chambre criminelle, 20 mai 2003 (Bull. n° 404)

Le président d'une société, poursuivi pour entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise, soutenait qu'il n'était que le préposé de sa société et que, n'ayant pas commis de faute séparable de ses fonctions qui lui soit imputable personnellement, sa responsabilité personnelle ne pouvait être retenue. La chambre criminelle a estimé que la qualité de président du conseil d'administration d'une société était exclusive de celle de préposé d'où découlerait la responsabilité mise à la charge des commettants par l'article 1384, alinéa 5, du Code civil et que le dirigeant d'une personne morale, qui a intentionnellement commis une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engageait sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci.

R. VISITES DOMICILIAIRES

Chambre criminelle, 22 octobre 2003 (pourvoi n° 98-30.389)

Cet arrêt est commenté sous la rubrique "Application du droit communautaire et du droit international, Droit communautaire".

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 2 : droit à la vie

Chambre criminelle, 18 février 2003 (Bull. n° 41)

Cet arrêt est commenté sous la rubrique "Responsabilité pénale, cas d'irresponsabilité pénale".

2. Article 5 : droit à la liberté et à la sûreté

Chambre criminelle, 26 février 2003 (Bull. n° 55)

Selon l'article 5.4, toute personne privée de sa liberté a le droit d'introduire un recours devant un tribunal qui statuera à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonnera sa libération si cette détention est illégale.

A l'occasion d'un pourvoi formé contre un arrêt ayant confirmé l'ordonnance d'un juge d'instruction rejetant une demande de mise en liberté, une personne placée en détention provisoire, a soutenu que la procédure suivie ne respectait pas les dispositions de la convention européenne, notamment du fait de l'absence de débat contradictoire préalable.

S'il est vrai que la décision sur une demande de mise en liberté n'est, contrairement à une décision sur le placement en détention provisoire ou sur la prolongation de celle-ci, pas précédée d'un débat contradictoire *(C. proc. pén, art.148),* la chambre criminelle n'en a pas moins jugé cette procédure conforme à la Convention.

Elle a, à cette fin, mis en évidence le fait, d'une part, que la personne détenue provisoirement peut déférer à la chambre de l'instruction toute ordonnance rejetant une demande de mise en liberté, laquelle peut être renouvelée à tout moment, d'autre part, que la juridiction d'appel statue selon une procédure conforme aux exigences de l'article 5.4.

3. Article 6 : droit à un procès équitable

a) Droit d'accès à un tribunal
Chambre criminelle, 7 octobre 2003 (pourvoi n° 02-88.383)

C'est au visa de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, dont la valeur normative s'affirme chaque jour davantage, et de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, que la chambre criminelle a posé le principe selon lequel toute personne ayant été condamnée par une juridiction répressive de première instance sans avoir été partie au procès a le droit d'interjeter appel devant la juridiction supérieure.

Il en résulte que doit être déclaré recevable l'appel de l'assureur du prévenu qui, n'ayant ni demandé à intervenir, ni été appelé en cause, a été condamné avec le prévenu à payer des dommages-intérêts à la partie civile.

L'arrêt concerne le droit d'accès à un tribunal, qu'il convient de distinguer du droit à un double degré de juridiction prévu par le protocole n° 7. Il se situe dans la lignée d'une précédente décision qui avait admis la recevabilité de l'appel formé par le propriétaire d'un objet qui avait servi à masquer une fraude douanière et dont la confiscation avait été prononcée sans qu'il eût été cité à comparaître. La disposition de l'article 374, paragraphe 1, du Code des douanes, qui autorisait un tel procédé, avait été déclaré incompatible avec l'article 6.1 et l'appel du propriétaire en cause déclaré recevable *(29 novembre 2000, Bull. n° 356).*

b) Droit à une juridiction impartiale
1° *Chambre criminelle, 14 janvier 2003 (Bull. n° 6)*
Chambre criminelle, 21 mai 2003 (Bull. n° 103)
Assemblée plénière, 6 juin 2003 (Bull. crim. n° 2)
Chambre criminelle, 5 novembre 2003 (pourvoi n° 02-84.137)

Ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de le rappeler à maintes reprises *(V. notamment arrêts Ferrantelli et Santangeloc c/ Italie n° 48/1995/554/640 du 7 août 1996 et Morel c/ France n° 34130/96 du 6 juin 2000),* l'impartialité au sens de l'article 6§1 de la convention européenne des droits de l'homme s'apprécie selon une double démarche : la première consiste à essayer de déterminer la conviction personnelle de tel ou tel juge en telle occasion ; la seconde amène à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime. Cette dernière démarche conduit à se demander, lorsqu'une juridiction collégiale est en cause, si, indépendamment de l'attitude personnelle de tel de ses membres, certains faits vérifiables autorisent à mettre en cause l'impartialité de celle-ci. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance, l'élément

déterminant étant de savoir si les appréhensions des parties peuvent passer pour objectivement justifiées.

La réponse est positive lorsqu'un magistrat, à l'occasion d'une instance civile, a porté une appréciation sur la faute qu'un expert comptable et un commissaire aux comptes ont pu commettre en ne signalant pas des anomalies affectant les comptes d'une société et qu'il participe ensuite à la chambre correctionnelle qui, pour statuer sur une demande de dommages- intérêts formée par l'acquéreur de parts de ladite société, est amenée à se prononcer sur le point de savoir si la dissimulation, par le vendeur, des anomalies en question, a été corroborée par l'intervention de ces deux professionnels *(V. dans le même sens, crim. 24 novembre 1999 : Bull. crim., n ° 275)* (4ème arrêt*).*

En revanche, la seule circonstance qu'un juge d'instruction soit le conjoint d'un magistrat du ministère public exerçant ses fonctions près le même tribunal n'est pas de nature à faire naître un doute objectivement justifié quant à son impartialité dès lors qu'il n'est pas établi que son conjoint soit intervenu directement ou indirectement dans le déroulement de l'information (1er arrêt).

Ces considérations sont évidemment inapplicables à un magistrat du ministère public qui ne décide pas du bien fondé de l'accusation en matière pénale. Un tel magistrat peut donc requérir successivement dans la même affaire devant les cours d'assises statuant en première instance et en appel (2ème arrêt).

Quant à l'assemblée plénière de la Cour de cassation, elle a jugé que l'arrêt de la Commission d'instruction de la Cour de justice de la République statuant sur la régularité des actes de l'information qu'elle a conduite, en application de l'article 23 de la loi organique du 23 novembre 1993, ne méconnaît pas les garanties de l'article 6.1, dès lors que cette commission prononce sous le contrôle de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ayant, en la matière, pleine compétence pour statuer en fait et en droit (3ème arrêt, V. Bulletin d'information de la Cour de cassation, n° 582).

2° *2ème Chambre civile, 4 décembre 2003 (pourvoi n ° 01-16.420)*

Ce pourvoi posait la question de l'application de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du respect de la garantie d'impartialité dans les circonstances suivantes : après avoir précédemment introduit plusieurs actions en justice contre un syndic de copropriété ayant abouti à des décisions d'une juridiction, une partie avait assigné à nouveau le même syndic et l'affaire avait été distribuée à la même formation.

Le demandeur avait alors déposé une demande de récusation des juges de cette formation, en soutenant que, dans le cadre de cette nouvelle procédure, la présidente de cette formation était appelée à statuer sur la validité d'une ordonnance qu'elle avait précédemment prise et que d'autre part, ces magistrats avaient précédemment rendu une décision au fond censurée par la Cour de cassation.

Pour rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel ayant rejeté cette demande de renvoi pour cause de suspicion légitime, la 2ème chambre civile, après avoir analysé l'ordonnance rendue par le président de la formation en cause prorogeant les fonctions d'un administrateur provisoire désigné, retient qu'une telle décision ne préjugeant pas le fond, la participation à la formation de jugement du magistrat qui avait rendu cette ordonnance ne méconnaît pas les exigences de l'article 6.1 précité. Et elle relève encore, selon une réponse classique, que le fait que cette formation ait déjà statué dans des litiges analogues ou connexes ne constitue pas une cause de suspicion légitime.

c) Ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la Justice
Assemblée plénière, 24 janvier 2003 (Bull. n ° 2 et 3)

Par ces deux arrêts l'Assemblée plénière de la Cour de cassation se prononce sur l'application d'une loi de validation au regard de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966, convention collective seulement agréée et non étendue, prévoit une rémunération particulière des heures de surveillance nocturne dans ces établissements : les neuf premières heures sont assimilées à trois heures de travail éducatif et chacune des trois heures suivantes à une demi-heure de travail éducatif.

Par un arrêt du 29 juin 1999 (Bull. n° 307) la chambre sociale a décidé qu'un horaire d'équivalence ne pouvait être institué par une convention collective seulement agréée et non étendue et qu'en conséquence les heures de surveillance nocturne devaient être rémunérées comme des heures normales de travail.

Le législateur est intervenu et l'article 29 de la loi du 29 janvier 2000 a validé la rémunération des heures litigieuses effectuée conformément à la convention collective.

Toutefois, dans un arrêt du 24 avril 2001 (Bull. n° 130) la chambre sociale a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la cour d'appel de Versailles qui

écartait l'application de cette loi de validation en se fondant sur l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tel qu'interprété par un arrêt de la cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 ; selon cette décision (affaire Ziélinski et autres c/ France) le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable, résultant du texte précité, 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 d'un litige.

Saisie de nouveaux litiges, la chambre sociale a renvoyé l'examen de deux pourvois devant l'Assemblée plénière ; celle-ci, tout en se conformant au principe dégagé par la CEDH selon lequel le législateur ne peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives applicables aux instances en cours que si elles sont justifiées par d'impérieux motifs d'intérêt général, a décidé, qu'en l'espèce, obéit à d'impérieux motifs d'intérêt général l'intervention du législateur 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.

Il résulte des arrêts de l'Assemblée plénière que les juges du fond doivent apprécier la compatibilité des lois de validation aux traités internationaux et que le critère des motifs impérieux d'intérêt général retenu par la CEDH pour les justifier est contrôlé par la Cour de cassation. En l'espèce, au delà de l'aspect financier important des litiges, l'Assemblée plénière a pris en compte l'exigence de sécurité juridique. Les lois de validation peuvent être admises pour 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.

Par arrêt du 18 mars 2003 (Bull. n° 100) la chambre sociale a fait application de cette jurisprudence en cassant une décision qui avait écarté l'application de l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 tant pour la période antérieure au 1er février 2000 que pour la période comprise en cette date et celle de l'entrée en vigueur du décret du 31 décembre 2001 instituant une durée d'équivalence de la durée légale du travail dans les établissements concernés.

d) Egalité des armes

Voir le commentaire de l'arrêt de la 3ème chambre civile du 2 juillet 2003 au chapitre III, page 362.

e) Droit d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation

Chambre criminelle, 5 mars 2003 (Bull. n° 60)

Chambre criminelle, 4 novembre 2003 (pourvoi n° 03-80.838)

Selon l'article 6.3 a) de la Convention, tout accusé a le droit d'être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui. Dans le même ordre d'idée, l'article préliminaire, III, du Code de procédure pénale dispose que "toute personne suspectée ou poursuivie (...) a le droit d'être informée des charges retenues contre elle (...)."

La requalification de faits au cours d'une instance pénale constitue un procédé courant, dont la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'il n'était pas prohibé, en tant que tel, par la Convention européenne des droits de l'homme "sauf si les circonstances dans lesquelles (il) se produit ne permettent pas à l'accusé de connaître en détail l'accusation portée contre lui ou l'empêchent de préparer efficacement sa défense" *(Cf. notamment l'arrêt Pelissier et Sassi c. France du 25 mars 1999, requête n° 25444/94, CEDH 1999-II et la décision d'irrecevabilité dans l'affaire Le Pen c. France, du 10 mai 2001, requête n° 55173/00).*

Dans plusieurs arrêts rendus en 2001, constatant que le prévenu n'avait pu s'expliquer sur la nouvelle qualification retenue par les juges d'appel, la chambre criminelle avait cassé des arrêts ayant requalifié d'office en abus de biens sociaux, des faits poursuivis sous la qualification de banqueroute, ou en complicité d'entrave aux vérifications des commissaires aux comptes des faits initialement poursuivis du chef même d'entrave, ou encore en complicité de vol des faits de recel de vol *[Crim., 16 mai 2001, Bull. Crim. 2001, n° 128, p. 394 (cassation) ; Crim., 12 septembre 2001, Bull. crim. 2001, n° 177, p. 577 (rejet et cassation partielle) ; chambre Criminelle, 17 octobre 2001 Bull. crim. 2001, n° 213 (cassation)]*.

Poursuivant dans la lignée de cette jurisprudence désormais bien établie, la chambre criminelle a, dans des cas où le prévenu n'avait pas été invité à s'expliquer sur la modification, cassé :

- un arrêt qui avait requalifié d'office les faits poursuivis sous la qualification d'escroqueries en bande organisée en recel de ces mêmes délits (1er arrêt).

- un arrêt qui avait requalifié d'office des faits poursuivis sous la qualification de conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique en conduite en état d'ivresse manifeste (2ème arrêt).

Comme cela avait été mis en évidence dans le rapport 2001 de la Cour de cassation *(p. 573 à 575)*, cette jurisprudence ne se substitue pas à la

jurisprudence traditionnelle de la chambre selon laquelle le juge ne peut, à l'occasion d'une requalification, substituer des faits distincts à ceux de la prévention, à moins que le prévenu n'accepte expressément d'être jugé sur ces faits nouveaux *(Crim., 23 janvier 2001 : Bull. crim., n˚20)*. Elle la complète.

Ainsi, lorsque la requalification étend la saisine des juges, l'acceptation expresse du prévenu est toujours exigée. Lorsqu'elle n'étend pas leur saisine, il suffit que le prévenu ait été mis en mesure de s'expliquer sur la nouvelle qualification envisagée.

f) Droit à l'assistance d'un défenseur
Chambre criminelle, 22 janvier 2003 (Bull. n˚17)
Chambre criminelle, 12 mars 2003 (Bull. n˚66)
Chambre criminelle, 12 mars 2003 (Bull. n˚67)
Chambre criminelle, 6 mai 2003 (Bull. n˚94)

Ces arrêts sont commentés à la rubrique "Juridictions correctionnelles ou de police, 4, débats".

Chambre criminelle, 19 février 2003 (Bull. n˚45)
Chambre criminelle, 11 mars 2003 (Bull. n˚63)
Chambre criminelle, 2 septembre 2003 (Bull n˚149)

Ces arrêts sont commentés à la rubrique "Juridictions correctionnelles ou de police, 5, jugements et arrêts par défaut".

4. Article 10 : liberté d'expression
Chambre criminelle, 11 février 2003 (Bull. n˚29)
Chambre criminelle, 18 mars 2003 (Bull. n˚69)

Selon l'article 10.1 de la Convention, le principe de la liberté d'expression, comprend "la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou communiquer des informations ou des idées" sans ingérence des autorités publiques et sans considération de frontières. Ce principe n'est pas absolu, mais peut être soumis à certaines autorisations, dans les cas prévus par l'article 10.1 (entreprises de radiodiffusion, cinéma ou télévision) ou à certaines restrictions dans les cas prévus par l'article 10.2 (sécurité nationale, sûreté publique, protection de la santé, etc.). La Cour européenne a notamment indiqué que cette liberté constitue "l'un des fondements essentiels de la société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun" et "qu'elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent" *(CEDH, 21 janvier 1999,*

n ˚29183/95, Fressoz et Roire c. France).

La chambre criminelle juge depuis longtemps déjà que la publicité commerciale relève du champ d'application de l'article 10 *(19 novembre 1997, Bull. n ˚393).*

Dans le second arrêt, elle a rappelé que les dispositions claires et précises des articles L. 3511-2 et suivants du Code de la santé publique, qui interdisent la propagande et la publicité directe ou indirecte en faveur du tabac ou des produits du tabac ne méconnaissent ni l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ni l'article 1er du protocole additionnel, dès lors qu'elles constituent une mesure nécessaire à la protection de la santé et proportionnée à cet objectif d'intérêt général, justifiant une restriction à la liberté d'expression et au droit de propriété.

Elle a donc solennellement réaffirmé son attachement à la jurisprudence antérieure relative à la compatibilité des dispositions internes et conventionnelles *(21 février 1996, Bull. n ˚86 ; 19 novembre 1997, Bull. n ˚ 393),* comme elle l'avait fait aussi à propos de la réglementation de la publicité comparative *(16 octobre 1996, Bull. n ˚364),* de l'interdiction du démarchage en matière juridique *(28 octobre 1998, Bull. n ˚280)* ou du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse *(31 janvier 1996 : Bull. n ˚57),* pour ne s'en tenir qu'à des infractions autres que celles définies dans le Code pénal.

Le premier arrêt est commenté sous la rubrique Presse du chapitre VII, page 553.

5. Protocole additionnel : droit d'ester en justice

Chambre commerciale, 8 juillet 2003 (Bull. n ˚121)

Pour déclarer irrecevable une action en paiement de sommes intentée en France par une personne morale étrangère, une cour d'appel a retenu que les dispositions de la loi du 30 mai 1857 subordonne le droit d'agir des sociétés de capitaux étrangères, à l'exception des sociétés de droit belge (article1er), à un autorisation délivrée par décret (article 2).

Dans la ligne des arrêts de la Cour de cassation (Crim., 12 novembre 1990, Bull. n˚ 377 ; Civ., 1ère, 25 juin 1991, Bull. n˚ 207 ; Com., 15 novembre 1994, Bull. n˚ 335), la chambre commerciale a censuré un arrêt de cour d'appel ayant fait application de ce texte de loi en relevant qu'il résulte des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de son premier protocole additionnel que toute personne morale quelle que soit sa nationalité a droit au respect de ses biens et à ce que sa cause soit entendue par un tribunal

indépendant, ces dispositions ayant en vertu de l'article 55 de la Constitution, une valeur supérieure à la loi interne du 30 mai 1857.

C. CONFLIT DE JURIDICTION

Compétence internationale - Immunité de juridiction - Etats étrangers - Contrat de travail - Exclusion - Acte de gestion
Chambre mixte, 20 juin 2003 (Bull. n˚4)

Les Etats étrangers et les organismes qui en constituent l'émanation ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces Etats et n'est donc pas un acte de gestion.

L'acte consistant pour un Etat étranger à ne pas déclarer un des employés à un régime français de protection sociale en vue de son affiliation n'est qu'un acte de gestion administrative non couvert par l'immunité de juridiction.

Cet arrêt de la chambre mixte présente un intérêt certain dans la mesure où il précise un critère d'application de l'immunité de juridiction des Etats étrangers en matière de contrat de travail ; la difficulté tient à ce que, contrairement à d'autres systèmes de droit étrangers (notamment les pays anglo-saxons), pour les immunités accordées aux Etats, ces principes ne sont définis en France par aucun texte de droit interne, ni aucun texte de droit international directement applicable en France ; ils résultent essentiellement de la jurisprudence des juridictions judiciaires.

Cette décision rappelle d'abord que l'immunité de juridiction est fondée sur les principes de droit international se référant au respect de la souveraineté des Etats.

L'arrêt réaffirme ensuite la conception restrictive des immunités qui se fait jour dans beaucoup de pays et qui est adoptée par de nombreuses conventions internationales.

A travers toutes les activités publiques ou quasi privées de l'Etat, la jurisprudence a peu à peu dégagé un critère pour reconnaître ou non à un Etat le bénéfice de l'immunité de juridiction : celui fondé sur la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion appliquée non seulement aux activités commerciales mais aussi à toutes les activités civiles ou administratives en cause. Dans cette conception, l'accent n'est plus mis sur la responsabilité du bénéficiaire de l'immunité mais sur la nature de l'activité exercée au regard de

l'acte litigieux ; ce critère a été affirmé avec force par l'arrêt *Sté Levant Express Transport* de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation du 25 février 1969 (Civ. 1ère, Bull. n° 86 ; Rev Crit DIP, 1970, p. 98 note Bourel), qui énonce : *"Attendu que les Etats étrangers et les organismes agissant par leur ordre et pour leur compte ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige constitue un acte de puissance publique ou a été accompli dans l'intérêt du service public ; d'où il suit qu'après avoir justement énoncé que cette immunité est fondée sur la nature de l'activité et non sur la qualité de celui qui l'exerce, la cour d'appel a.... justifié sa décision".*

Pour préciser cette distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion, la jurisprudence, qui ne se limite pas à faire une simple application du principe de séparation des pouvoirs au sens de la loi des 16-24 août 1790, s'est fondée sur deux critères :
- le critère objectif ou formaliste, qui prend en considération la forme dans laquelle l'acte a été passé ; l'État étranger pourra se prévaloir de l'immunité de juridiction chaque fois que l'acte litigieux comporte des clauses exorbitantes du droit commun, si elles se rattachent à des prérogatives de puissance publique et à l'activité exercée ;
- le critère subjectif ou finaliste, qui s'attache au but poursuivi par l'auteur de l'acte, et qui reconnaît à l'État le bénéfice du privilège pour les actes accomplis en vue ou dans l'intérêt du service public étranger.

La jurisprudence de la Cour de cassation a utilisé chacun de ces deux critères soit alternativement soit cumulativement, étant précisé que la qualification de l'acte se fait au regard des règles de conflits selon la lex fori (cf. Civ. 1ère, 2 mars 1966, JCP 1966, éd. G, II,1483 1, note Ancel). Lorsque l'acte qui est à l'origine du litige met en cause un contrat de travail, il doit également être tenu compte du niveau de responsabilité du salarié dans l'exécution du service public pour apprécier la qualification de l'acte ou des faits incriminés, c'est-à-dire que l'on doit prendre en compte l'ensemble de la relation contractuelle, le contrat de travail, sa formation, son exécution et sa rupture.

Dans le cas d'espèce, la chambre mixte a d'abord recherché quel était la nature de l'acte pour lequel l'État opposait son immunité d'exécution. Constatant qu'il ne s'agissait aucunement d'un licenciement ou d'un litige relatif à l'exécution du contrat de travail, mais uniquement du refus de cet État d'affilier à un régime de sécurité sociale français un employé ne relevant pas du régime de protection de la Convention de Vienne, ce qui ne constituait qu'un acte de pure gestion administrative, exclusif de toute considération de souveraineté ou de prérogative de puissance publique, la Cour Suprême a écarté l'exception d'immunité de juridiction, sans même avoir à rechercher si le salarié était ou non en charge de responsabilité particulière pour le compte de l'État.

Ce faisant la chambre mixte a voulu marquer sa volonté de ne pas privilégier un critère formaliste ou finaliste mais de recentrer les immunités sur leur fondement : le respect de la souveraineté de l'État étranger dans les relations internationales, mais de façon restrictive.

Voir également l'étude de Monsieur le premier avocat général de Gouttes, page 249.

D. ARBITRAGE INTERNATIONAL

Exequatur des sentences arbitrales - Juge compétent
1ère Chambre civile 9 décembre 2003, (pourvoi n°01-13.341)

Cet arrêt tranche deux questions importantes :

1°) L'article 1er de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 exclut de son champ d'application l'arbitrage en tant que matière dans son ensemble; en sont écartées non seulement les sentences arbitrales mais aussi les décisions des tribunaux étatiques statuant sur des recours contre la sentence ou sur une demande en exequatur.

2°) En application des articles 1477, 1478, 1498, 1500 du nouveau Code de procédure civile, et de l'article L. 311-11 alinéa 1 du Code de l'organisation judiciaire, le Président du tribunal de grande instance, statuant à juge unique par ordonnance sur requête non contradictoire, a seul compétence pour connaître d'une demande d'exequatur en France d'une sentence arbitrale ou d'une décision judiciaire étrangère statuant sur un recours contre la sentence; le tribunal de grande instance, saisi directement dans sa formation collégiale selon la procédure de droit commun, est donc incompétent pour connaître des demandes d'exequatur de telles décisions.

Sur le premier point :

Les Conventions de Bruxelles du 27 septembre 1968, modifiée, et de Lugano du 16 septembre 1988, qui instituent un régime spécifique de reconnaissance et d'exécution des décisions communautaires, excluent de leur champ d'application l'arbitrage. En décidant que cette exclusion s'étendait non seulement aux sentences arbitrales mais également aux décisions qui en sont le préliminaire (problèmes de constitution du tribunal arbitral) ou la suite (recours contre la sentence) ou même l'exécution (soumises le plus souvent à la Convention de New-York du 10 juin 1958), la 1ère chambre s'est référée à une décision de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 25 juillet 1991 aff Marc Rich, pt 17 et 18, qui énonce que "c'est la matière de l'arbitrage dans son ensemble, y compris les procédures introduites devant des juridictions

étatiques"qui est exclue du domaine d'application de ces conventions.

Cette solution, qui rejoint celles données par des juridictions étrangères (notamment en Allemagne), est approuvée par l'ensemble de la doctrine cf. H. Gaudemet-Tallon, Compétence et exécution des jugements en Europe, 3ème éd 2002, LGDJ n° 49. Elle a le mérite de créer des blocs de compétence; elle soumet au même régime juridique de contrôle en France, dérogatoire de droit commun, la sentence arbitrale et la décision étatique, en incorporant la seconde à la première, en *fusionnant* en quelque sorte le jugement dans la sentence arbitrale qui en est l'origine et la cause.

Sur le second point :

Pour obtenir l'exequatur de deux sentences arbitrales rendues à Stockholm (Suède) pour lesquelles les recours en annulation avaient été rejetés par deux décisions des juridictions suédoises, le demandeur avait saisi le TGI de Paris en sa formation collégiale, par voie d'assignation selon la procédure contentieuse de droit commun.

Par son arrêt du 9 décembre 2003, la 1ère chambre affirme le caractère dérogatoire et exclusif de la procédure d'exequatur en matière d'arbitrage. Seul, le TGI pris en la personne de son président ou de son délégué, a compétence pour statuer par ordonnance non contradictoire rendue sur requête.

Cette solution se justifie par les textes, par le régime des voies de recours qui sont d'ordre public, et par les principes généraux de l'arbitrage.

- La réforme de 1980 et 1981 avait attribué cette compétence au *juge de l'exécution*; en l'absence de mise en place de ce juge jusqu'en 1990, c'était le président du TGI qui, saisi sur requête, accordait ou refusait l'exequatur. Aux termes de l'article L. 311-11 (art. 9 de la loi du 9 juillet 1991), le TGI connaît à juge unique des demandes en exequatur... des sentences arbitrales françaises ou étrangères. Ce n'est donc plus le juge de l'exécution, car l'exequatur ne relève pas du droit de l'exécution; cf. Ph. Théry, Rev. arb. 1991 p. 727 et 1993 p.159. L'article 1498 du nouveau Code de procédure civile n'ayant pas été mis en conformité avec la loi de 1991, la première chambre civile dans un arrêt du 29 juin 1994, Bull. n° 224 ; Rev arb. 1996 p. 400 note Hory a précisé : "*le juge de l'exécution désigné par l'article 1498 pour déclarer exécutoires les sentences arbitrales rendues à l'étranger est le TGI siégeant à juge unique"*, cassant pour excès de pouvoir un arrêt ayant admis la compétence du juge des référés, saisi sur assignation.
Aux termes de l'article 1477 et 1478 du nouveau Code de procédure civile, auquel renvoie l'art. 1500, la décision d'exequatur est une ordonnance apposée, au vu d'un exemplaire de la convention d'arbitrage, sur la minute même de la

sentence ; cette ordonnance n'est motivée qu'en cas de refus d'exequatur. Le juge statue au vu de ces pièces sans débat contradictoire, en procédant à un contrôle *prima facie*, vérifiant seulement qu'il s'agit bien d'une sentence arbitrale et que son exequatur n'est pas *manifestement contraire à l'ordre public international*.
Cette pratique constante et générale de la procédure sur requête non contradictoire est unanimement approuvée par la doctrine ; cf. Fouchard, Gaillard, Goldman, traité sur l'arbitrage, Litec 1996 n°1572; elle a été reprise dans un arrêt très motivé de la cour d'appel d'Orléans du 5 octobre 2000, Rev arb 2001 p. 354 note H Muir Watt, confirmant la compétence du président du TGI statuant par voie d'ordonnance sur requête.

- La procédure sur requête correspond à la volonté législative de concentrer l'examen des griefs articulés à l'encontre de la sentence *au second degré ;* la réforme fondamentale de l'arbitrage en 1980 et 1981 a eu pour but de simplifier la procédure d'exequatur des sentences, d'assurer son efficacité et de supprimer les multiples recours dilatoires pouvant paralyser son exécution ; le législateur a voulu concentrer *le contrôle de la sentence devant une seule juridiction, la cour d'appel*, (appel ou recours en annulation contre la sentence ou contre l'ordonnance d'exequatur) en limitant le contrôle devant le premier juge à un examen quasi-formel.

En saisissant le TGI en sa formation collégiale, par assignation selon la procédure contentieuse de droit commun, le demandeur provoque en première instance un débat contradictoire sur les causes d'annulation de la sentence, ce qui n'est pas prévu par le législateur. Par cette initiative, il institue, de fait, deux degrés de juridiction quant à l'examen de la validité de la sentence, alors que l'organisation des voies de recours est d'ordre public et n'est pas à la libre disposition des parties ; la jurisprudence veille rigoureusement au respect de ce principe, cf. Civ. 1ère, 6 avril 1994, Bull. n° 135, en déclarant irrecevables : - une demande de rétractation d'une ordonnance d'exequatur d'une sentence pour instaurer un débat contradictoire, TGI Paris, réf. 22 janvier 1997, Rev arb 1997 p. 569 note Rivier ;- une demande tendant à faire déclarer l'inopposabilité en France d'une sentence rendue à l'étranger, TGI Paris, 22 novembre 1989, Rev arb 1990 p. 693 note B. Moreau.

Enfin, la procédure contentieuse devant le TGI avait permis à la partie de demander et d'obtenir un jugement assorti de l'exécution provisoire, ce qui relevait du pouvoir des arbitres et non du juge de l'exequatur statuant par ordonnance sur requête, ce qui a conduit le premier président de la cour d'appel de Paris à arrêter cette exécution provisoire en décidant "qu'il n'appartient pas au juge de l'exequatur, investi du seul pouvoir de rendre exécutoires les sentences arbitrales ... de décider qu'elles seront exécutoires nonobstant les recours dont elles peuvent faire l'objet" ord. réf. 27 juillet 2000.

- Cette solution satisfait enfin aux impératifs de l'arbitrage, notamment de l'arbitrage international : célérité, simplicité, efficacité; elle répond aux buts recherchés par la réforme de 1981 qui a voulu assurer, par une procédure adaptée, la reconnaissance et l'exécution effectives des sentences arbitrales, et la place de la France en tant que centre d'arbitrage international, ainsi que son crédit à l'étranger. Elle rejoint également le mouvement législatif et conventionnel tendant à simplifier les procédures d'exequatur des jugements étrangers ; ainsi, pour assurer la libre circulation des décisions étatiques communautaires, la Convention de Bruxelles a institué, en première instance, une procédure de reconnaissance par ordonnance sur requête non contradictoire du Président du TGI ; puis, le règlement communautaire du 22 décembre 2000 a écarté tout contrôle de fond de la régularité du jugement étranger, réservant cette vérification au seul recours devant la cour d'appel, comme en matière d'arbitrage. Enfin, la procédure contradictoire contentieuse devant le TGI imposerait, à la partie assignée, un alourdissement de la procédure et surtout des frais supplémentaires contraires a la Convention de New-York du 10 juin 1958, ratifiée par la France le 26 juin 1959.

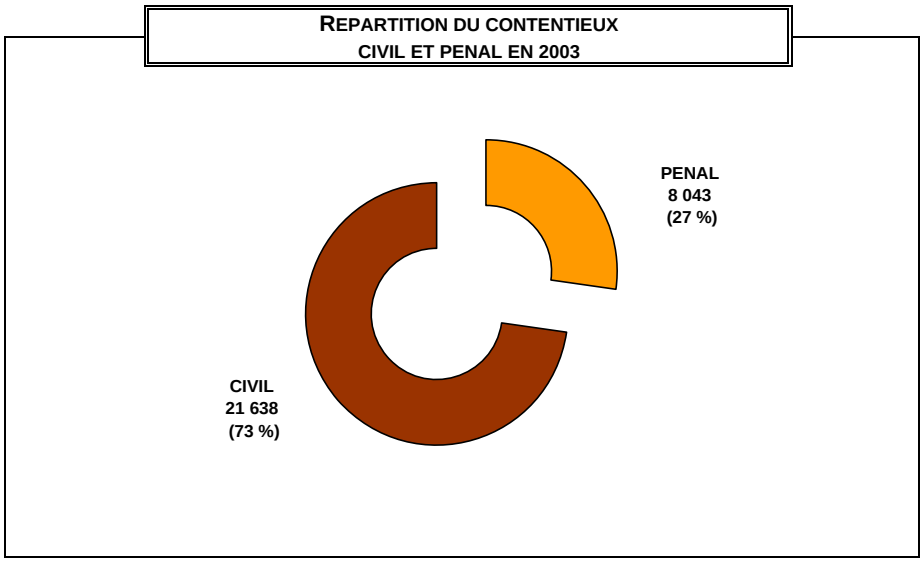
Quatrième partie

L’ACTIVITÉ DE LA COUR

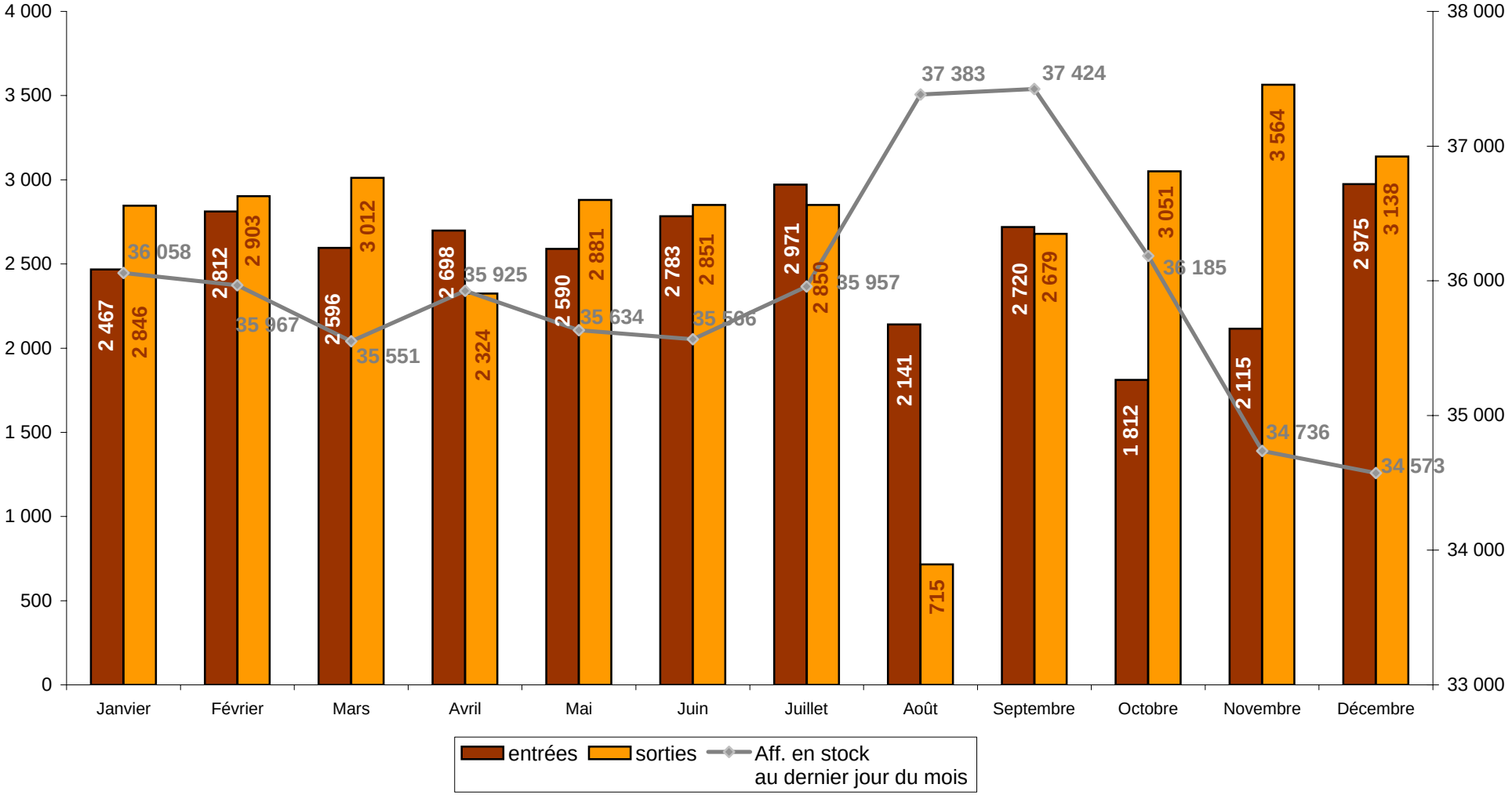
REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

I. STATISTIQUES ANNÉE 2003

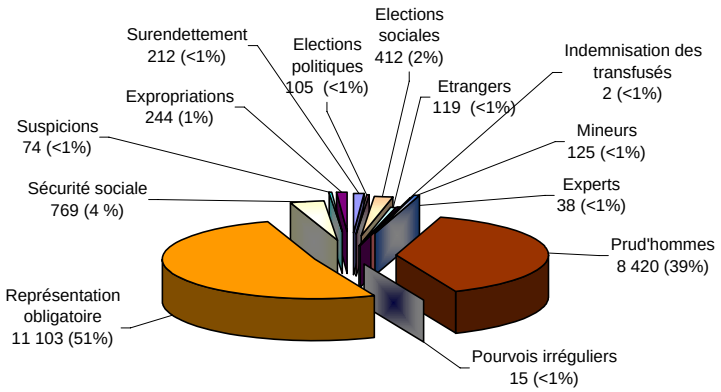
REPARTITION DU CONTENTIEUX CIVIL ET PENAL EN 2003



EVOLUTION DU STOCK GENERAL - ANNEE 2003

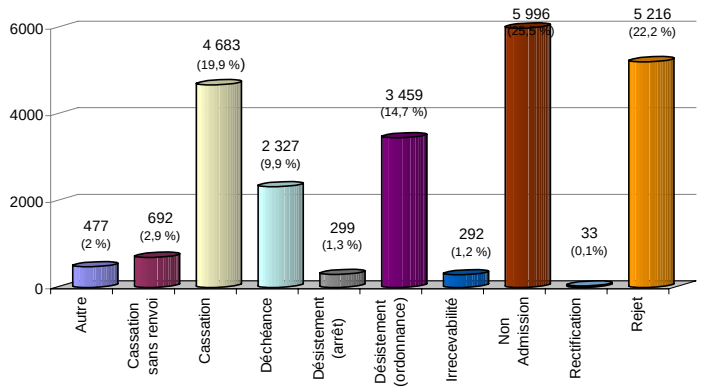


REPARTITION DU CONTENTIEUX CIVIL, COMMERCIAL ET SOCIAL EN 2003 PAR CATEGORIE D'AFFAIRES



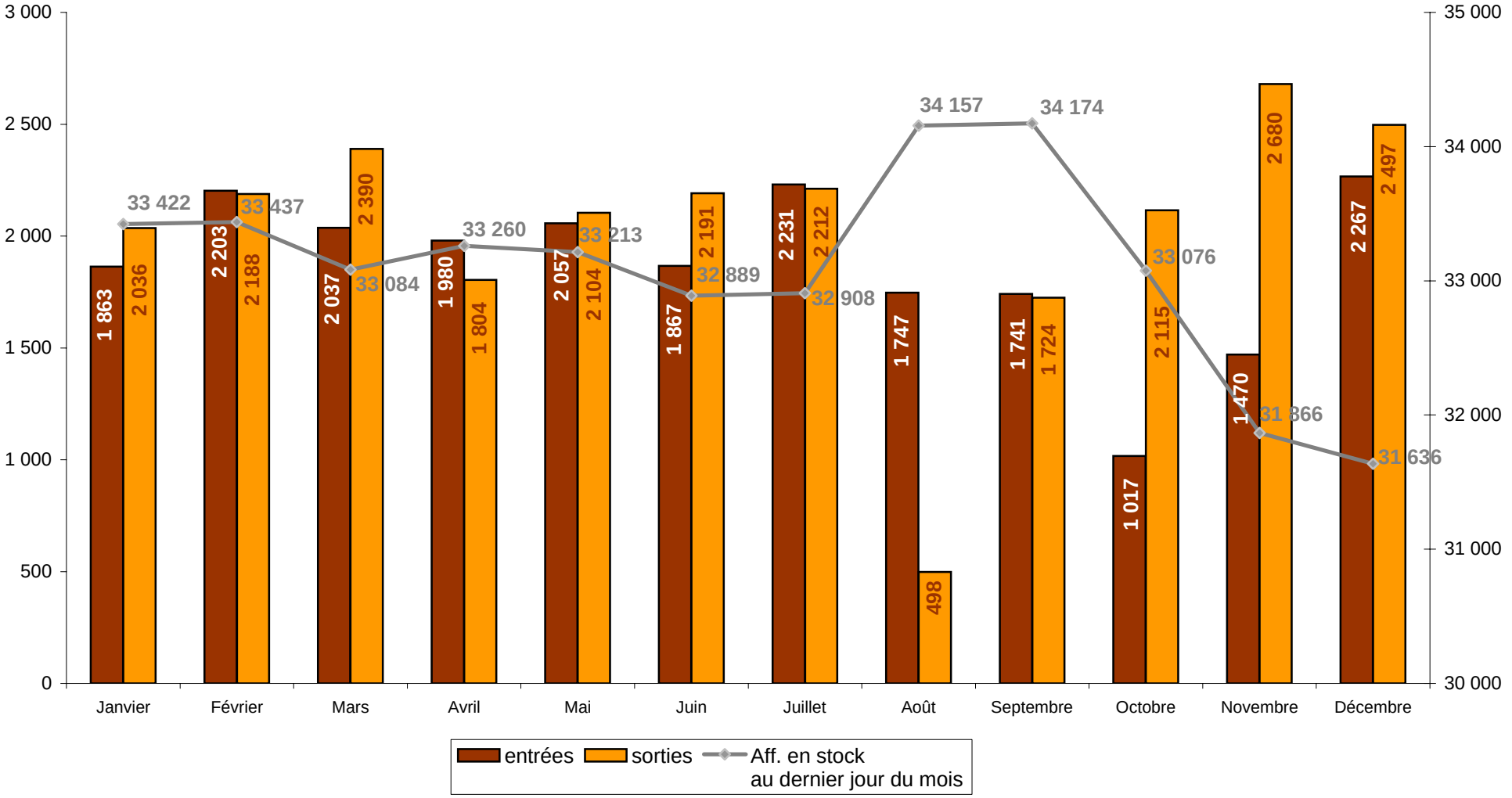
En ces matières, la Cour de cassation a reçu, en 2003, 21 638 pourvois nouveaux, soit une diminution de 3 % par rapport à 2002 (22 324 pourvois). 55 % de ce contentieux concerne des affaires avec représentation obligatoire (y compris la Sécurité sociale) et 45 % des affaires sans représentation obligatoire.

REPARTITION DES DOSSIERS CIVILS JUGES EN 2003 PAR CATEGORIE DE DECISIONS

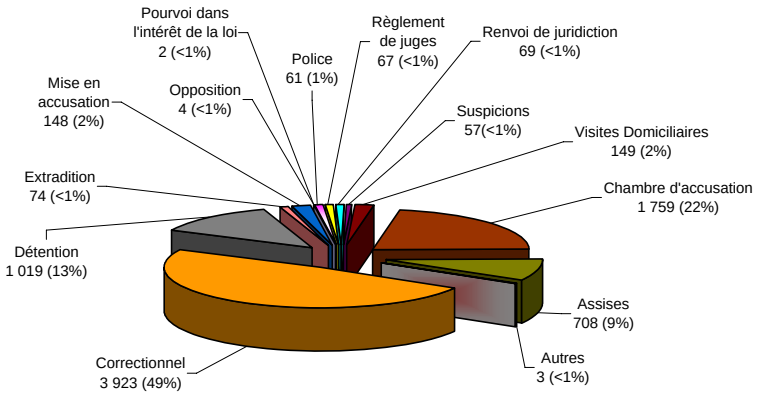


23 474 affaires ont fait l'objet d'une décision en matière civile, soit une stabilisation (- 0,03%) par rapport à 2002 (23 482 affaires). La procédure de non admission, introduite en 2002, a amené la Cour à prononcer 5 996 décisions (25,5 %) de non admission, alors que 10 591 décisions ont été rendues réellement au fond, compte tenu des 3758 désistements, de 2 327 déchéances et des 802 décisions diverses (irrecevabilité, péremption...).

EVOLUTION DU STOCK DES AFFAIRES CIVILES - ANNEE 2003

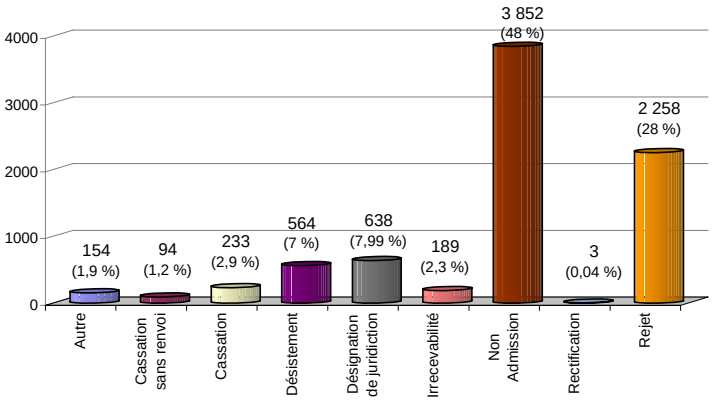


REPARTITION DU CONTENTIEUX PENAL EN 2003 PAR CATEGORIE D'AFFAIRES



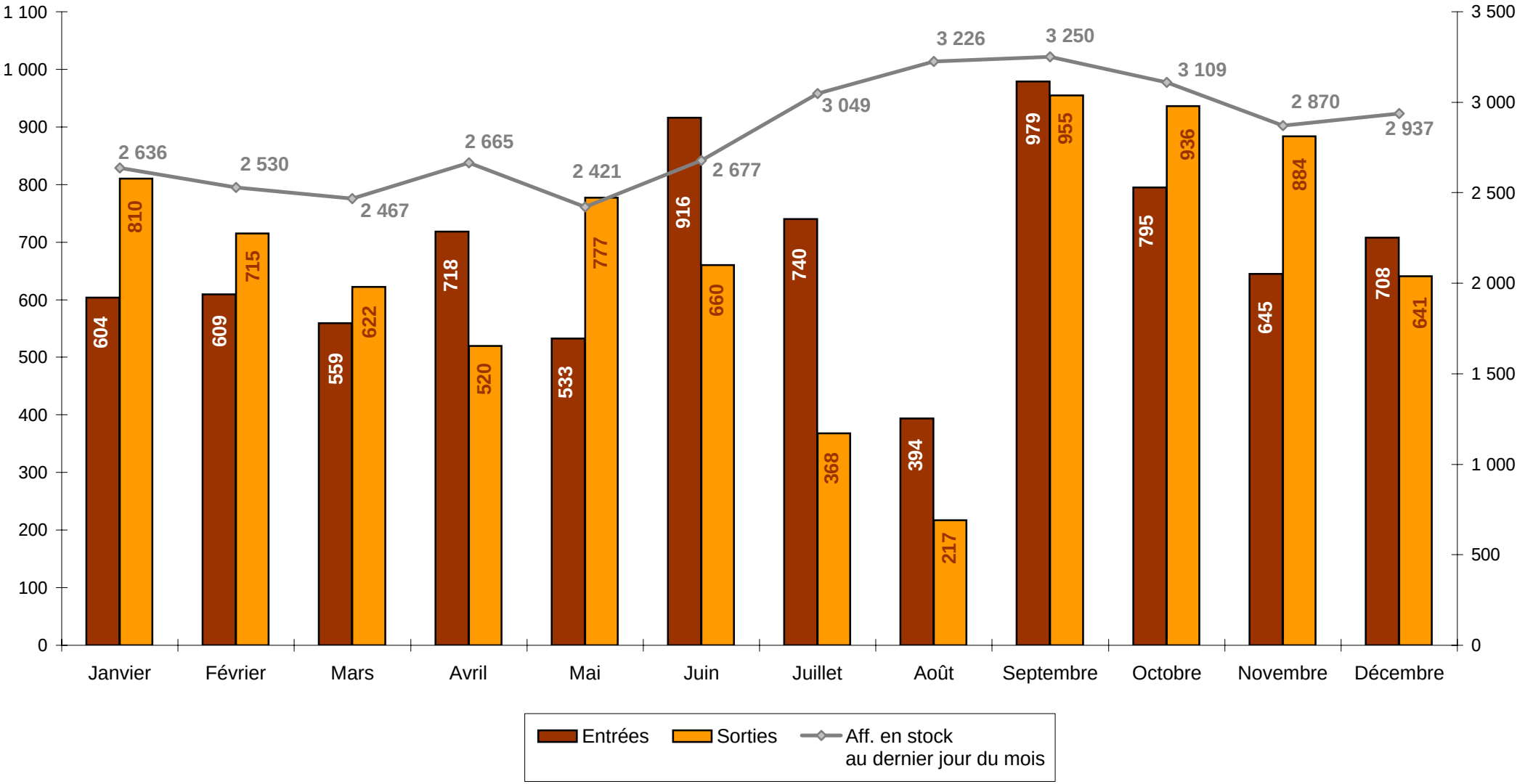
La Chambre Criminelle a reçu, en 2003, 8 043 affaires, soit une diminution de 3 % par rapport à 2002 (8 310 affaires).

REPARTITION DES DOSSIERS PENAUX JUGES EN 2003 PAR CATEGORIE DE DECISIONS



En raison de la diminution du nombre des pourvois**, le nombre des affaires terminées est passé de 8 814 en 2002 à 7 985 en 2003.** L'introduction de la procédure de non admission, introduite en 2002, a amené la Chambre criminelle à prononcer 3 852 décisions de non admission (48 %) qui faisaient l'objet au cours des années précédentes essentiellement de décisions de rejet et dans une moindre mesure d'irrecevabilité.

EVOLUTION DU STOCK DES AFFAIRES PENALES - ANNEE 2003

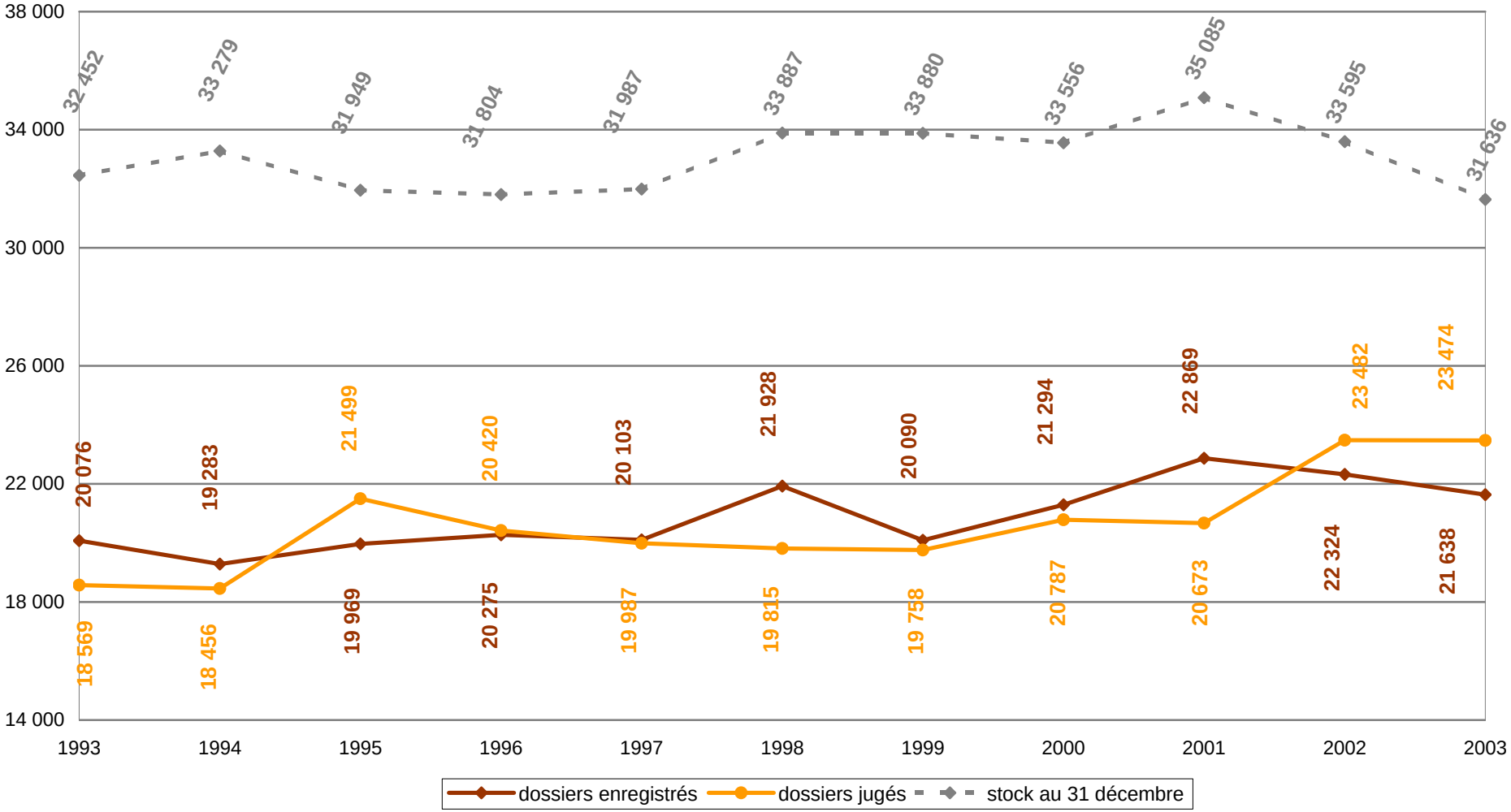


II. ÉVOLUTION DU STOCK

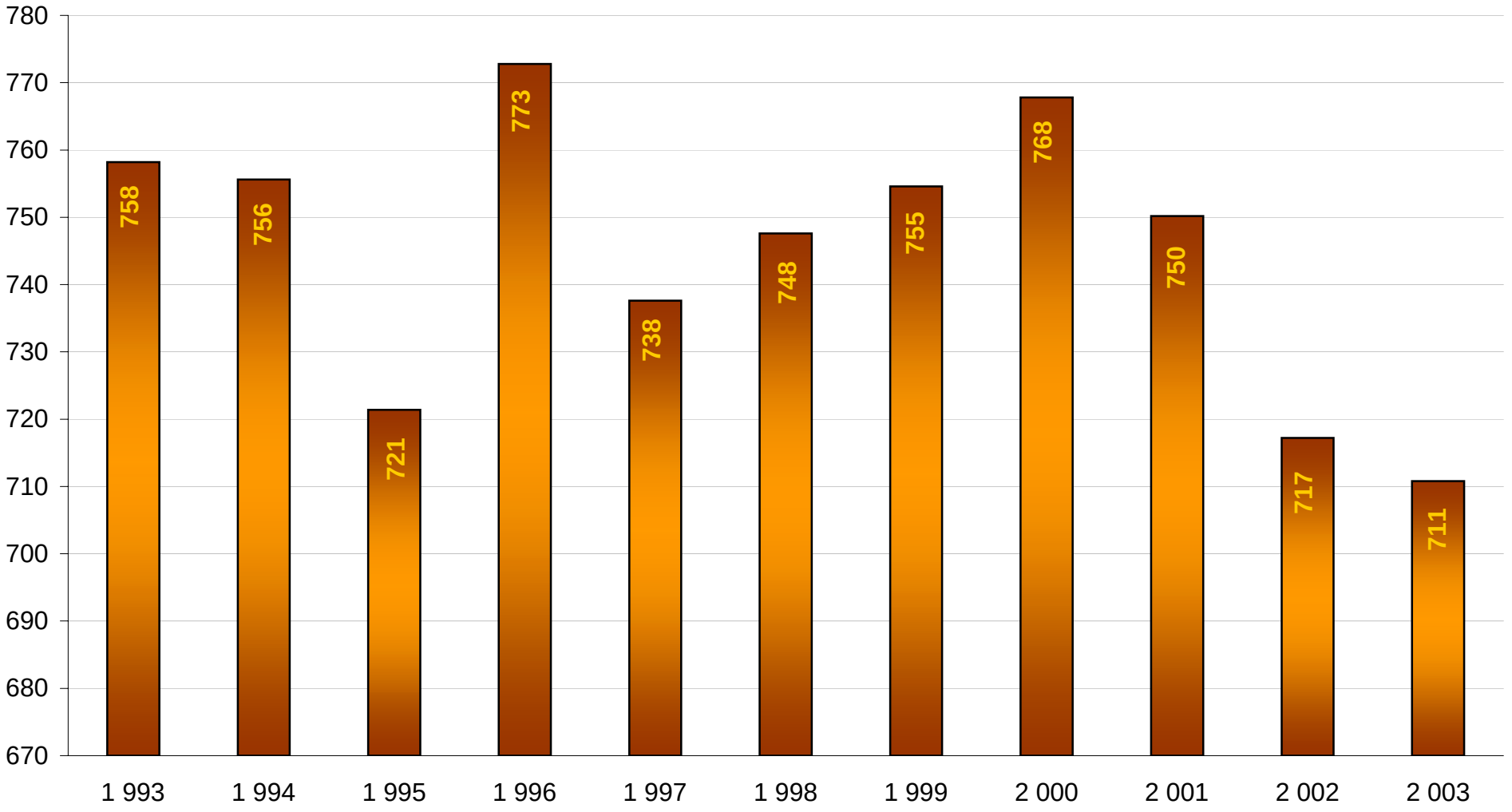
ET DE LA DURÉE DES AFFAIRES

CIVILES ET PÉNALES

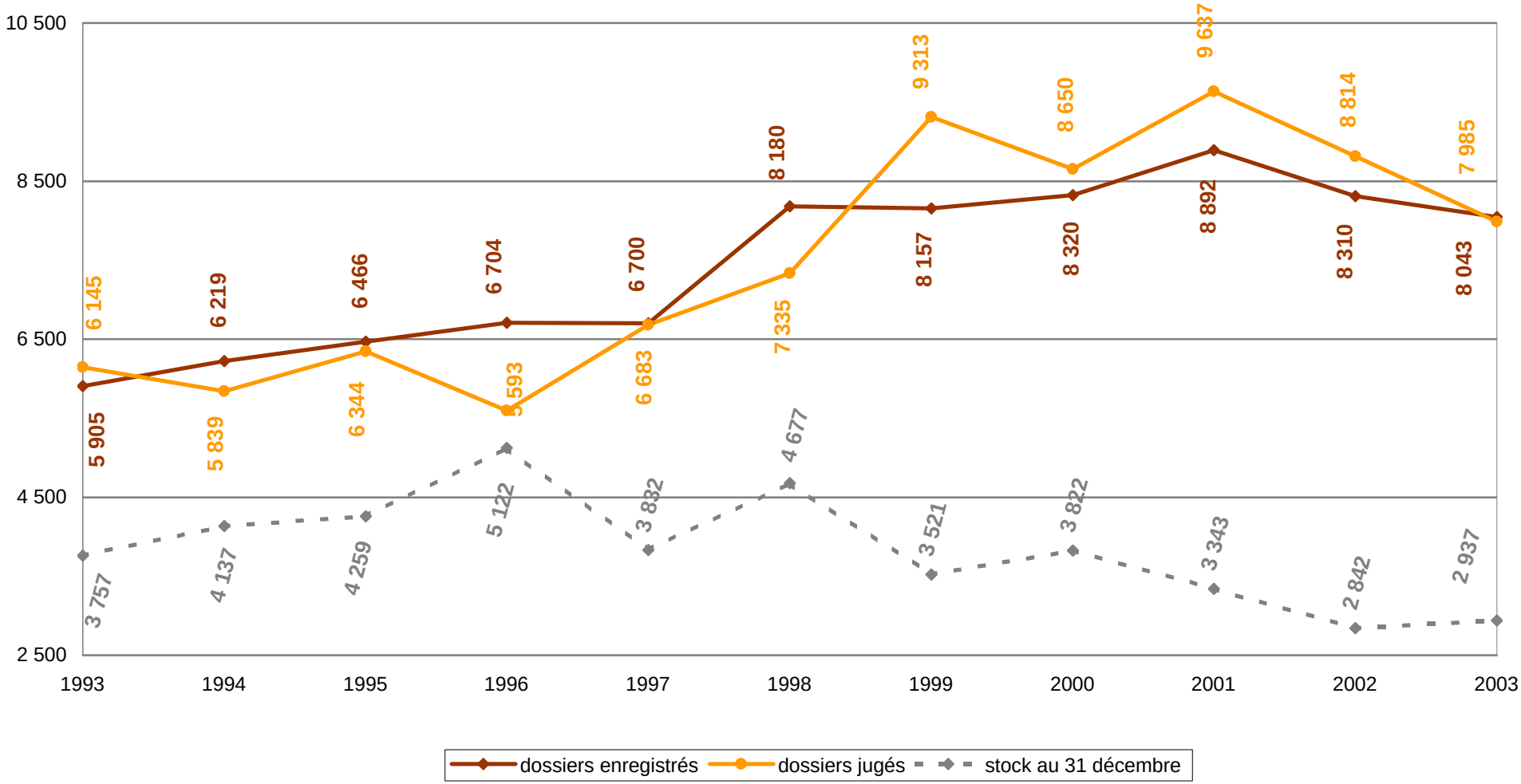
EVOLUTION DU STOCK DES AFFAIRES CIVILES DE 1993 A 2003



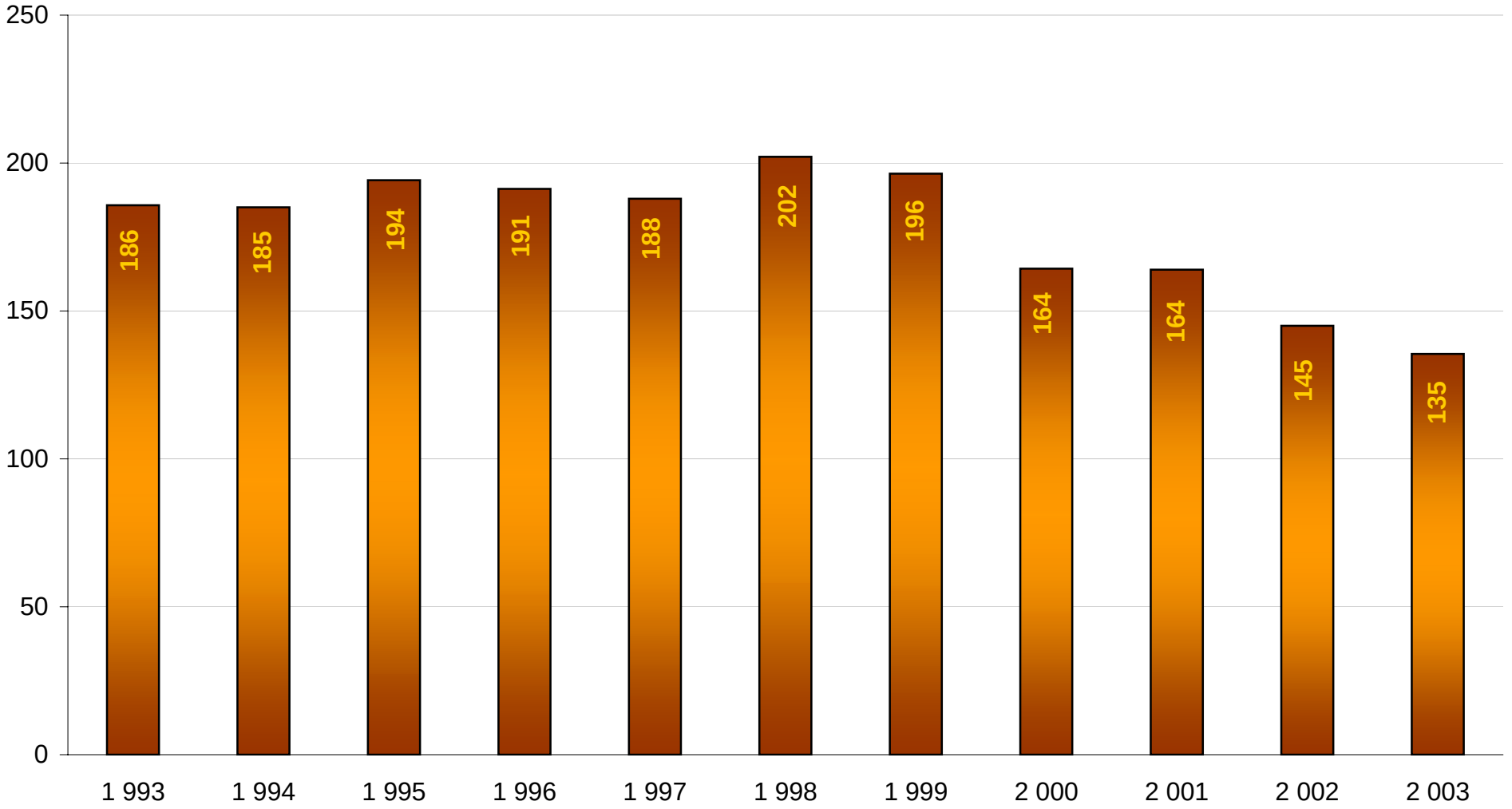
DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRES CIVILES



EVOLUTION DU STOCK DES AFFAIRES PENALES DE 1993 A 2003

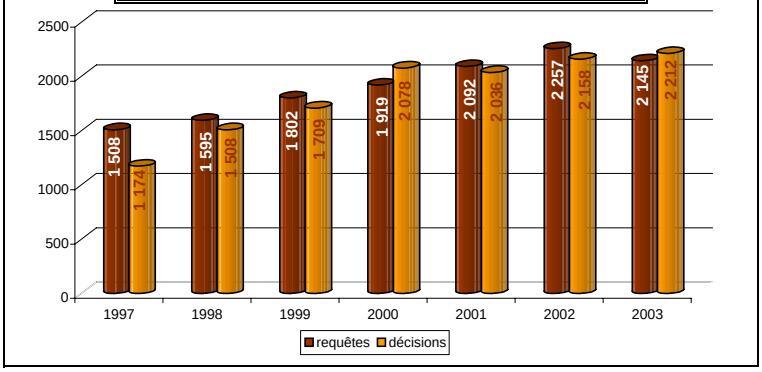


DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRE CRIMINELLE

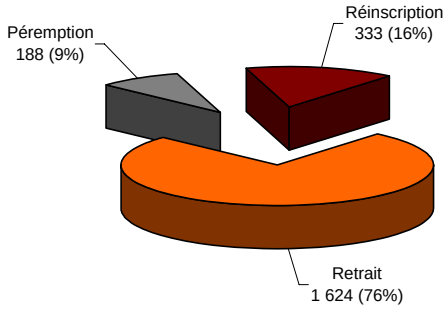


PROCEDURE DE RETRAIT DU ROLE (ART. 1009-1 du NCPC)

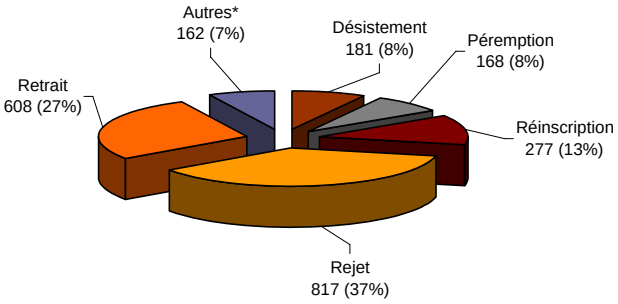
REQUETES ET DECISIONS 1009-1



REPARTITION DES REQUETES 1009-1 EN 2003



REPARTITION DES DECISIONS 1009-1 EN 2003



* requête sans objet, irrecevabilité, ...

OBSERVATIONS

1. La Cour de cassation a reçu, en 2003, 29 681 affaires nouvelles, ce qui représente :

- une diminution de 3,11 % par rapport à 2002 où 30 634 affaires nouvelles avaient été reçues ;

- une augmentation de 14,24 % par rapport à 1993 où le chiffre des affaires nouvelles était de 25 981.

2. 31 459 affaires ont été jugées dans le même temps soit :

- une diminution de 2,59 % par rapport à 2002 où 32 296 affaires avaient reçu une solution ;

- une augmentation de 27,29 % par rapport à 1993, où les affaires terminées étaient au nombre de 24 714.

3. 6 350 affaires se sont achevées par une ordonnance de désistement ou déchéance, ce qui représente :

- une diminution de 3,23 % par rapport à 2002 (6562 ordonnances).

25 109 affaires ont donc été effectivement examinées par les chambres concernées.

4. Le nombre d'affaires restant à juger s'élève au 31 décembre 2003 à 34 573 dossiers soit :

- une diminution de 5,12 % par rapport à 2002 où 36 437 affaires étaient en instance ;

- une diminution de 4,52 % par rapport à 1993 où 36 209 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 2003, 21 638 pourvois nouveaux soit une diminution de 3,07% par rapport à 2002 (22 324 pourvois).

11 872 pourvois avec représentation obligatoire ont été reçues en 2003, soit une diminution de 7,50 % par rapport à 2002 (12 834 pourvois).

9 713 pourvois sans représentation obligatoire ont été reçues en 2003, soit une augmentation de 3,14% par rapport à 2002 (9 417 pourvois).

38 pourvois ont été enregistrés en matière d'expert, ainsi que 15 pourvois irréguliers.

2. 23 474 affaires ont fait l'objet d'une décision en matière civile, soit une stabilisation (- 0,03%) par rapport à 2002. Parmi ces décisions, 5 786 constatent des ordonnances de désistement ou déchéance soit une diminution de 4,33% par rapport à 2002.

La procédure de non admission mise en place au début de l'année 2002 a amené la Cour à prononcer 5 996 décisions de non admission, alors que 10 591 décisions ont été rendues au fond.

3. Le délai moyen de traitement d'une affaire civile était de 711 jours (1 an, 11 mois, et 12 jours) en 2003, soit une diminution de 6 jours par rapport à 2002.

4. Le délai moyen de traitement d'une affaire pénale était de 135 jours (soit 4 mois et 15 jours) en 2003, soit une diminution de 10 jours par rapport à 2002.

EN MATIÈRE CRIMINELLE

1. La Chambre criminelle a reçu en 2003, 8 043 affaires soit une diminution de 3,21% par rapport à 2002.

2. Le nombre des affaires terminées est passé de 8 814 en 2002 à 7 985 en 2003, soit une diminution de 9,41%.

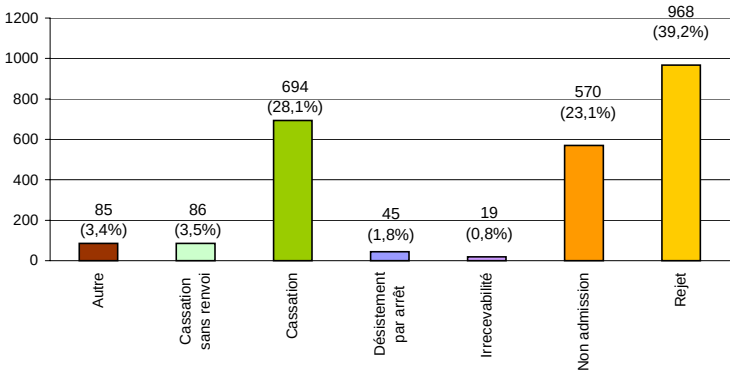
3. Le nombre d'affaires restant à juger s'élève à 2 937 contre 2 842 en 2002 soit une augmentation de 3,34 %.

III. APPRÉCIATION PAR CHAMBRE

DE L'ACTIVITÉ CIVILE, COMMERCIALE ET SOCIALE

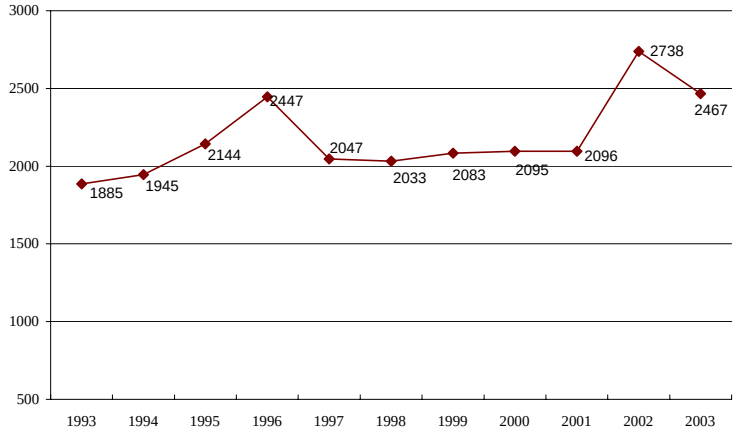
ET EN MATIÈRE CRIMINELLE

REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2003 PAR LA PREMIERE CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIE DE DECISIONS



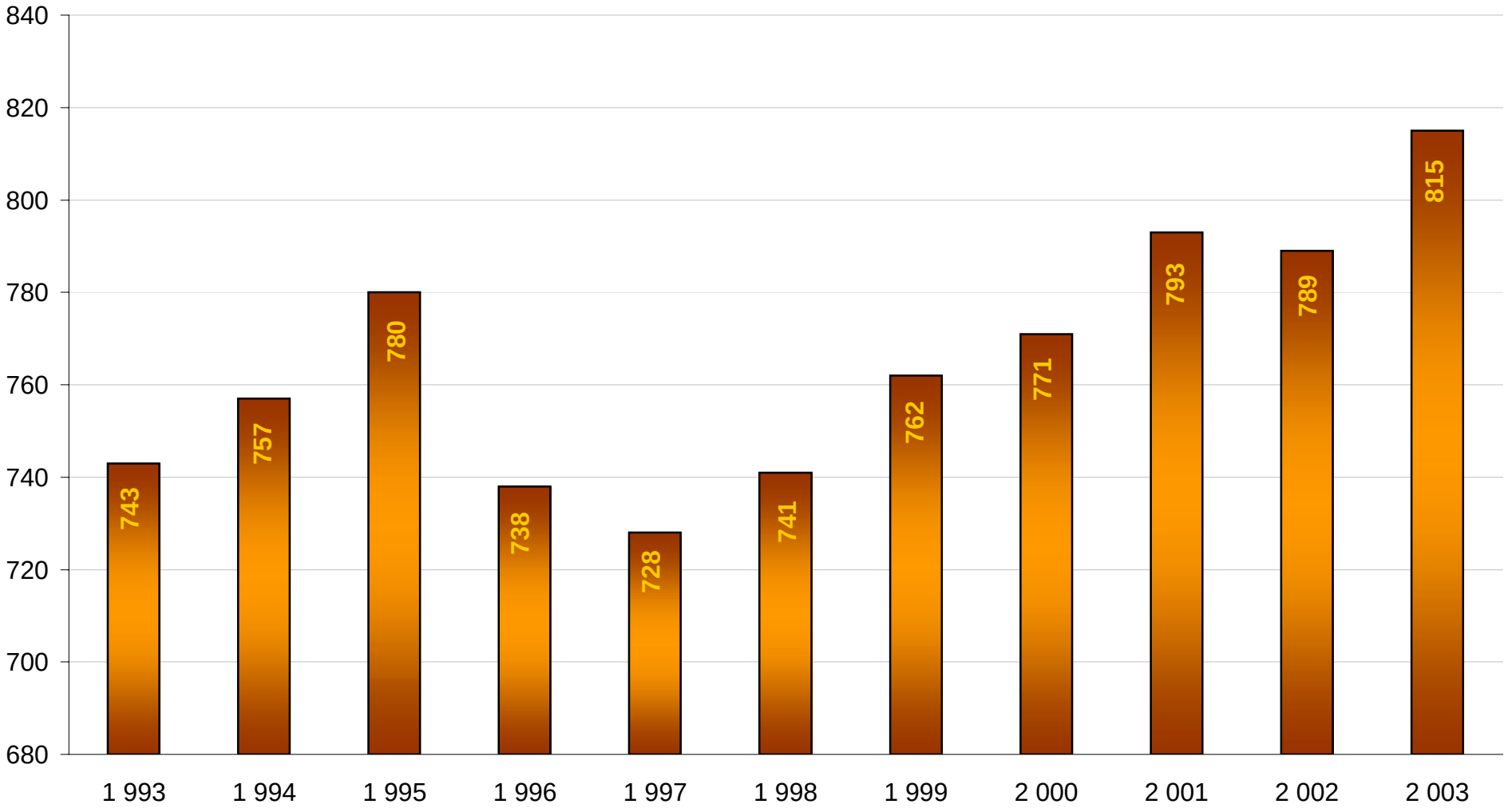
La première chambre civile a jugé, en 2003, 2 467 affaires, soit une diminution de 10 % par rapport à 2002 (2 738 affaires).
Suite à la mise en place de la procédure de non admission, elle a prononcé 570 décisions (23 %) à ce titre, alors que 1 748 décisions ont été rendues réellement au fond (71%).

EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES PREMIERE CHAMBRE CIVILE

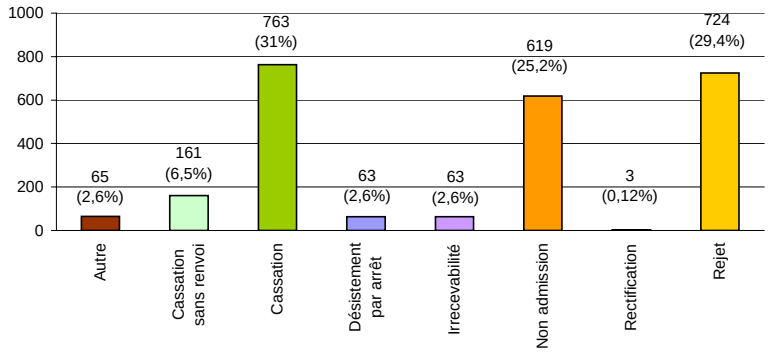


Jusqu'en 1997, une partie des ordonnances de déchéance, désistement et retrait de rôle du Premier Président était comptabilisée sur la chambre.

DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - PREMIERE CHAMBRE CIVILE



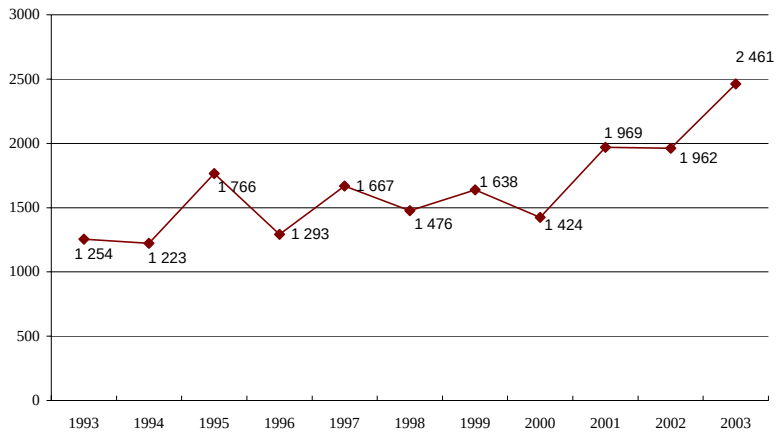
REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2003 PAR LA DEUXIEME CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIE DE DECISIONS



La deuxième chambre civile a jugé, en 2003, 2 461 affaires, soit une augmentation de 25% par rapport à 2002 (1 962 affaires). Le contentieux de la sécurité sociale est passé de la chambre sociale à la deuxième chambre civile en mars 2003 et le contentieux des assurances terrestres et de la navigation de plaisance est passé de la première chambre civile à la deuxième chambre civile en octobre 2003.

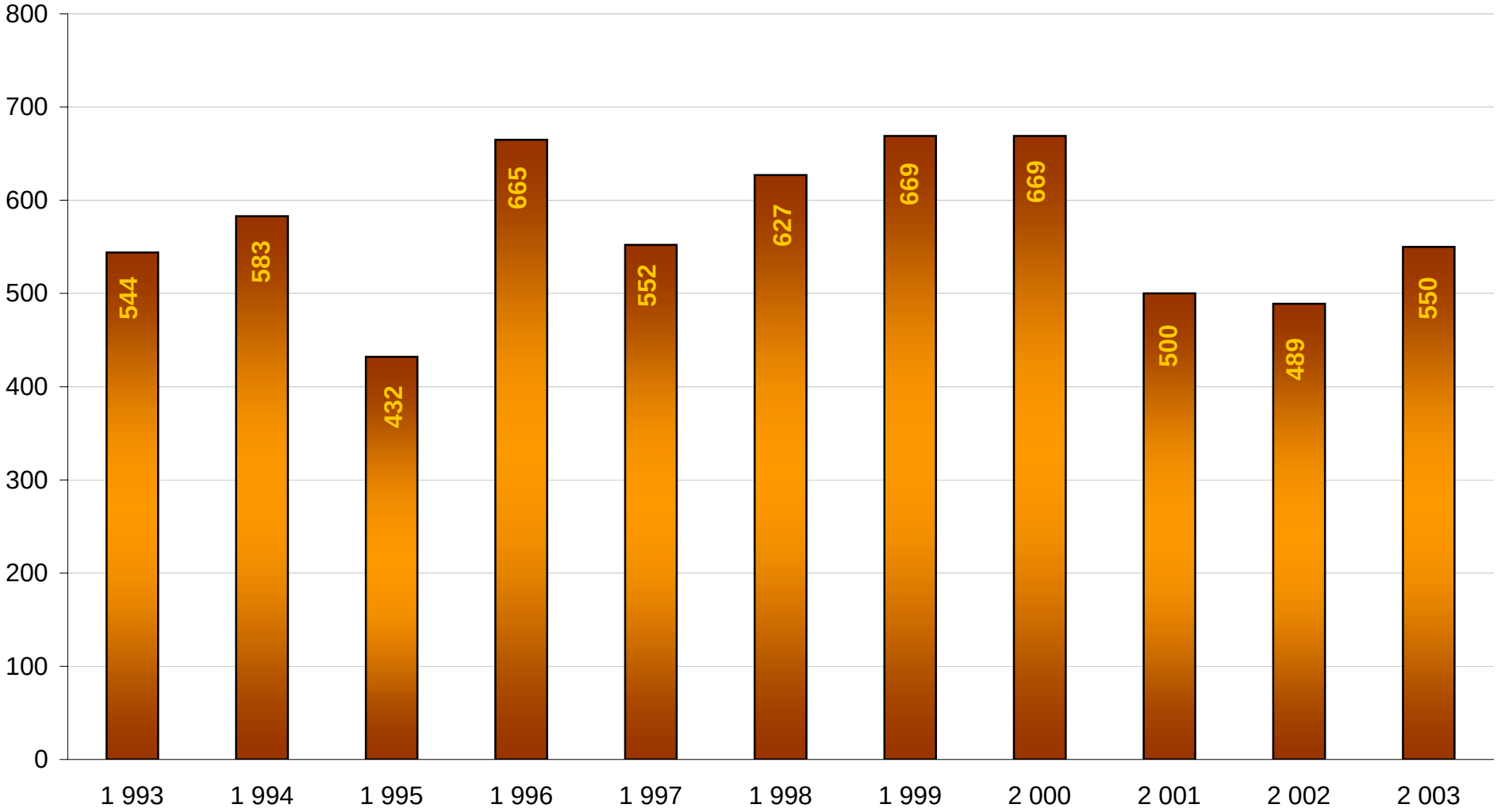
Suite à la mise en place de la procédure de non admission, elle a prononcé 619 décisions (25%) à ce titre, alors que 1 648 décisions ont été rendues réellement au fond (67%).

EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES DEUXIEME CHAMBRE CIVILE

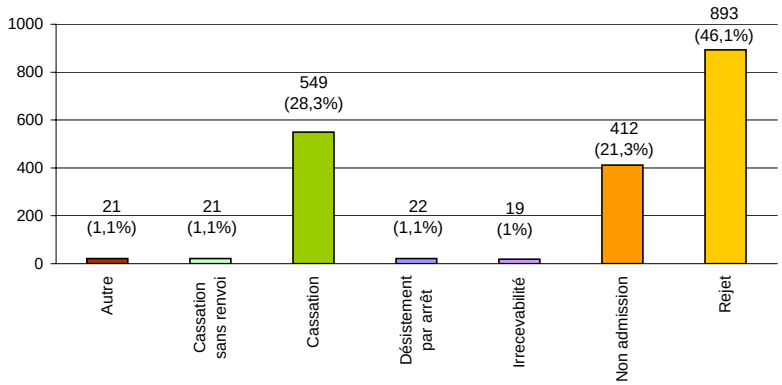


Jusqu'en 1997, une partie des ordonnances de déchéance, désistement et retrait de rôle du Premier Président était comptabilisée sur la chambre.

DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - DEUXIEME CHAMBRE CIVILE

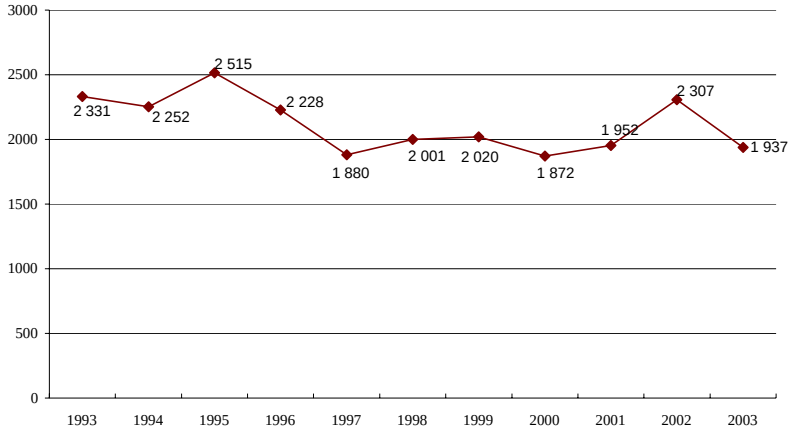


REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2003 PAR LA TROISIEME CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIE DE DECISIONS



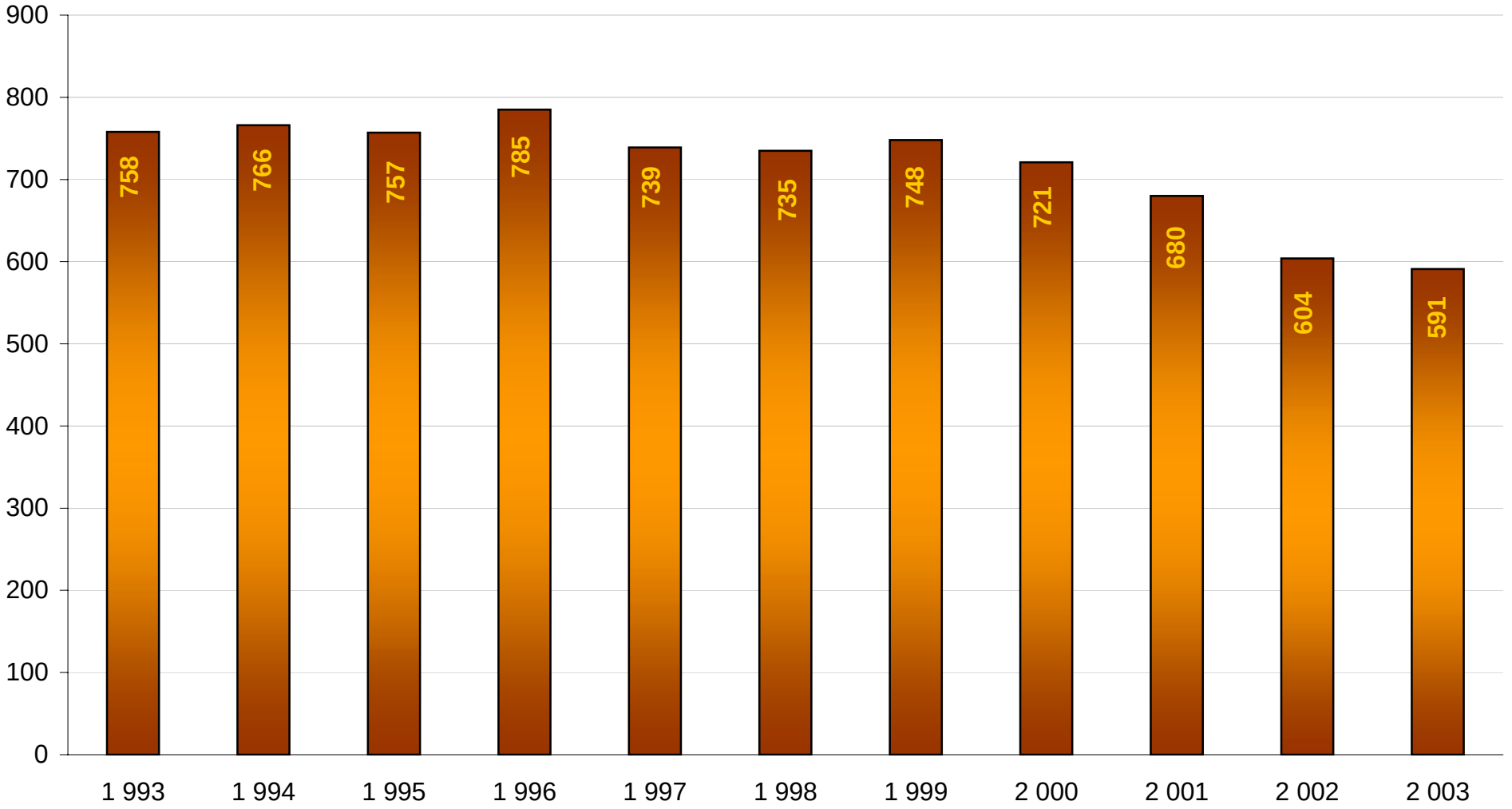
La troisième chambre civile a jugé, en 2003, 1 937 affaires, soit une diminution de 16 % par rapport à 2002 (2 307 affaires). Le contentieux des assurances en matière de construction est passé de la première chambre civile à la troisième chambre civile en octobre 2003.
Suite à la mise en place de la procédure de non admission, elle a prononcé 412 décisions (21%) à ce titre, alors que 1 463 décisions ont été rendues réellement au fond (75,5%).

EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES TROISIEME CHAMBRE CIVILE

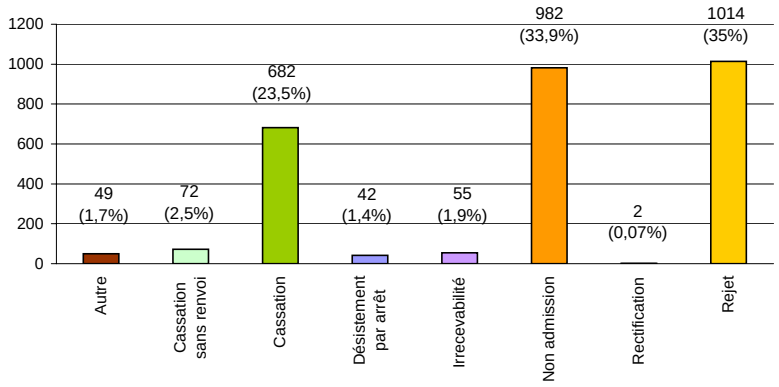


Jusqu'en 1997, une partie des ordonnances de déchéance, désistement et retrait de rôle du Premier Président était comptabilisée sur la chambre.

DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - TROISIEME CHAMBRE CIVILE

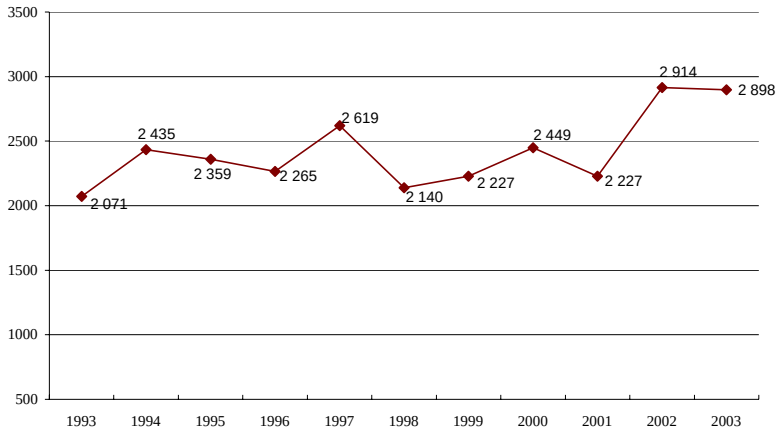


REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2003 PAR LA CHAMBRE COMMERCIALE PAR CATEGORIE DE DECISIONS



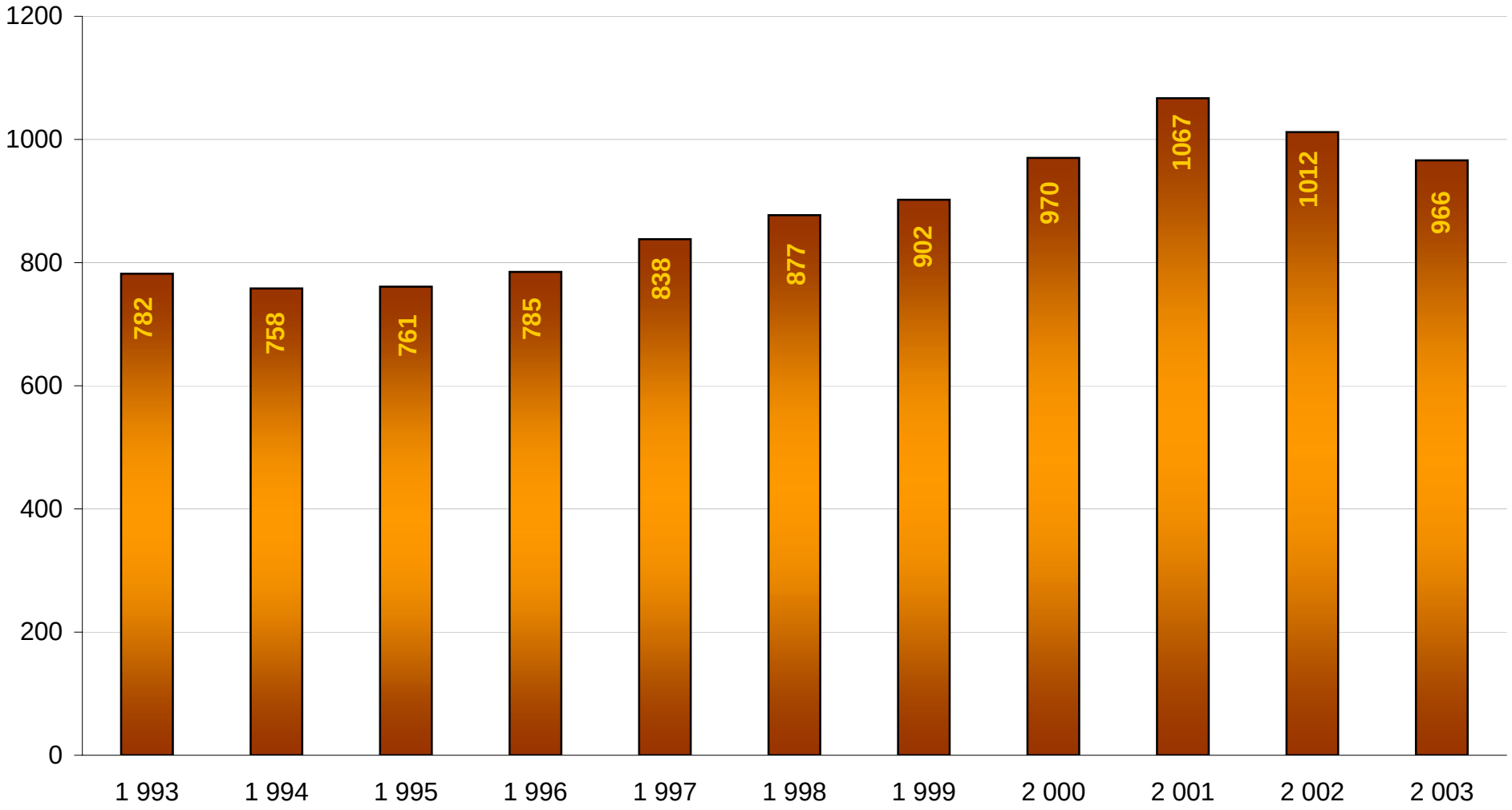
La chambre commerciale a jugé, en 2003, 2 898 affaires, soit une diminution de 1 % par rapport à 2002 (2 914 affaires).
Suite à la mise en place de la procédure de non admission, elle a prononcé 982 décisions (34%) à ce titre, alors que 1 768 décisions ont été rendues réellement au fond (61%).

EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES CHAMBRE COMMERCIALE

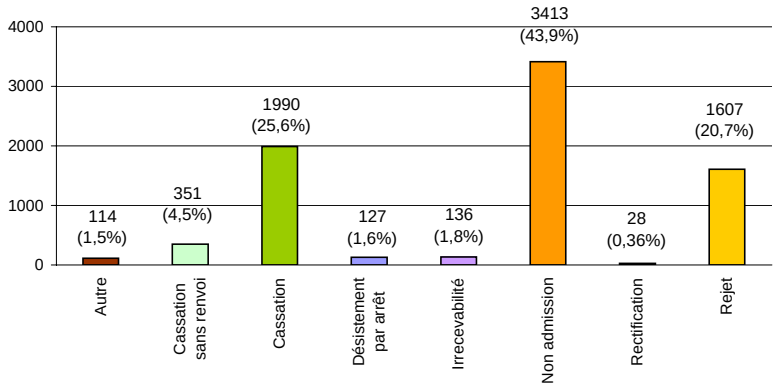


Jusqu'en 1997, une partie des ordonnances de déchéance, désistement et retrait de rôle du Premier Président était comptabilisée sur la chambre.

DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) -CHAMBRE COMMERCIALE



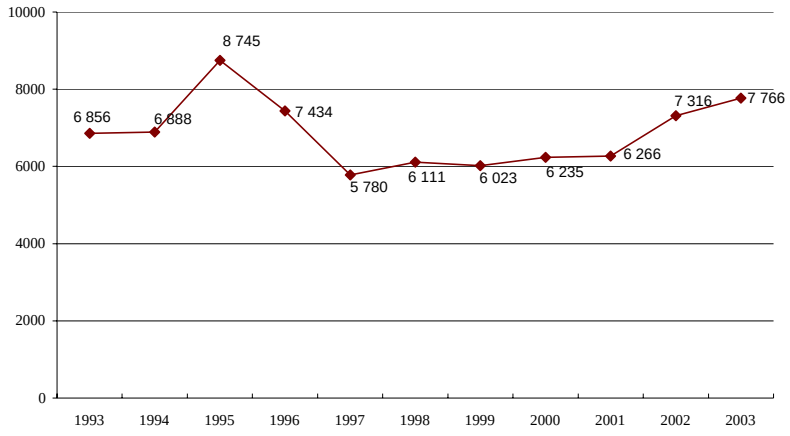
REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2003 PAR LA CHAMBRE SOCIALE PAR CATEGORIE DE DECISIONS



La chambre sociale a jugé, en 2003, 7 766 affaires, soit une augmentation de 6 % par rapport à 2002 (7 316 affaires). Le contentieux de la sécurité sociale est passé à la deuxième chambre civile en mars 2003.

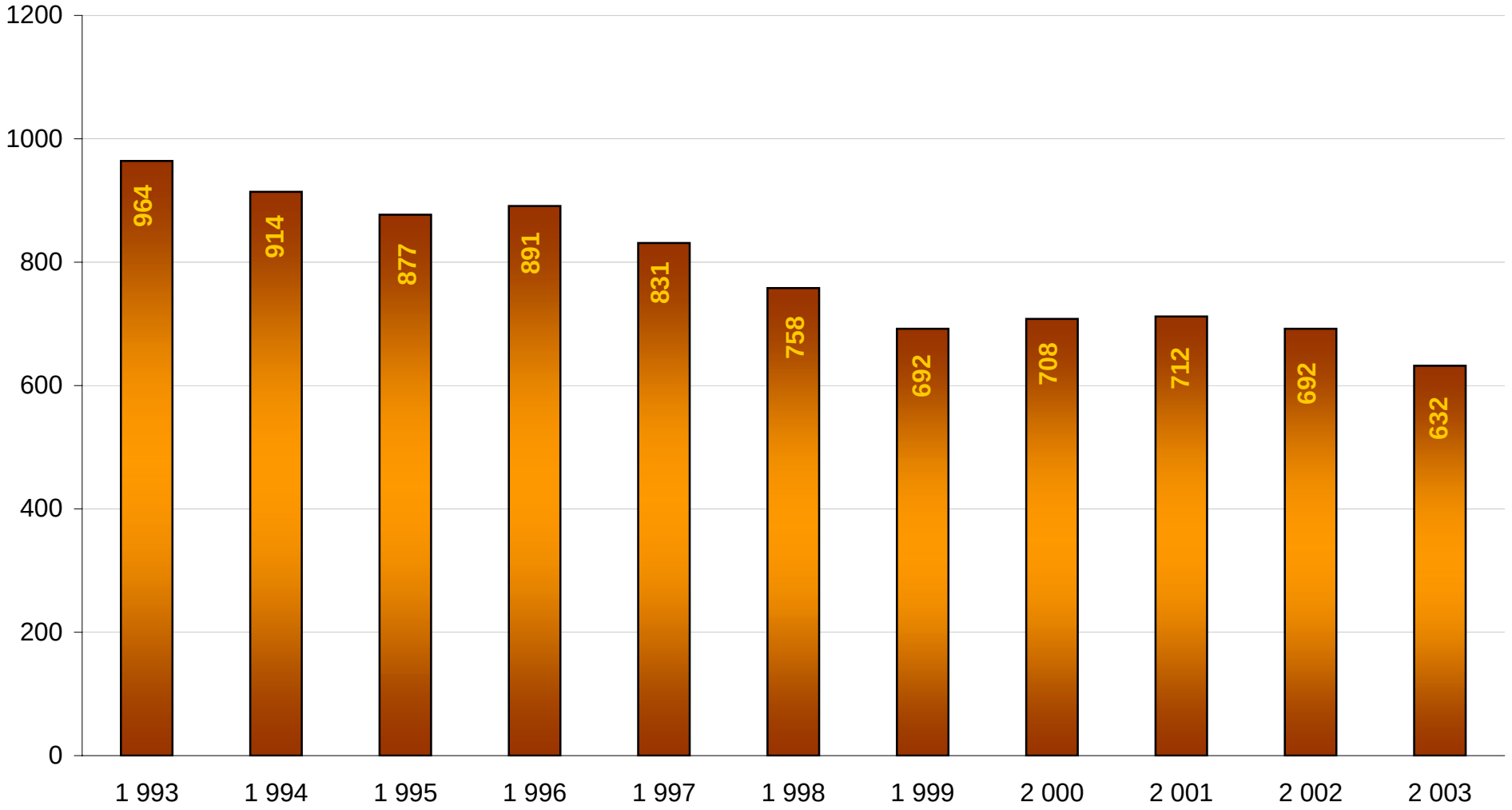
Suite à la mise en place de la procédure de non admission, elle a prononcé 3 413 décisions (44%) à ce titre, alors que 3 948 décisions ont été rendues réellement au fond (50,8%).

EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES CHAMBRE SOCIALE

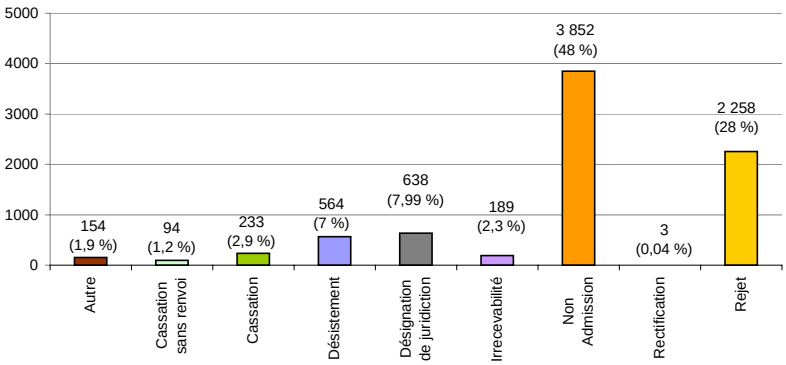


Jusqu'en 1997, une partie des ordonnances de déchéance, désistement et retrait de rôle du Premier Président était comptabilisée sur la chambre.

DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRE SOCIALE



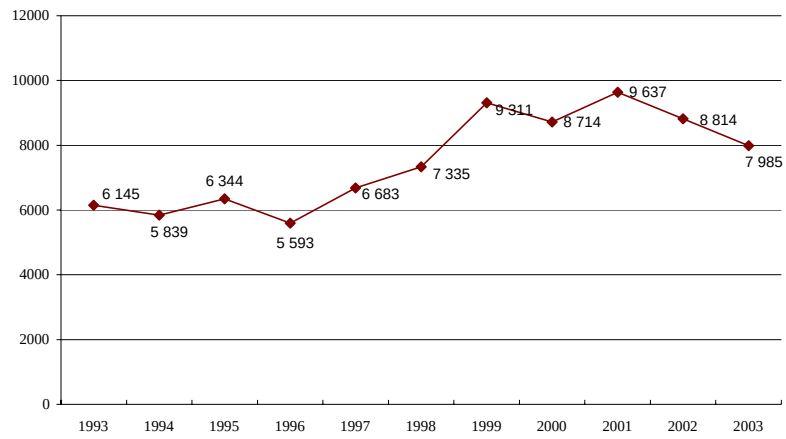
REPARTITION DES DOSSIERS PENAUX JUGES EN 2003 PAR CATEGORIE DE DECISIONS



Le nombre des affaires terminées est passé de 8814 en 2002 à 7 985 en 2003, soit une diminution de 9%.

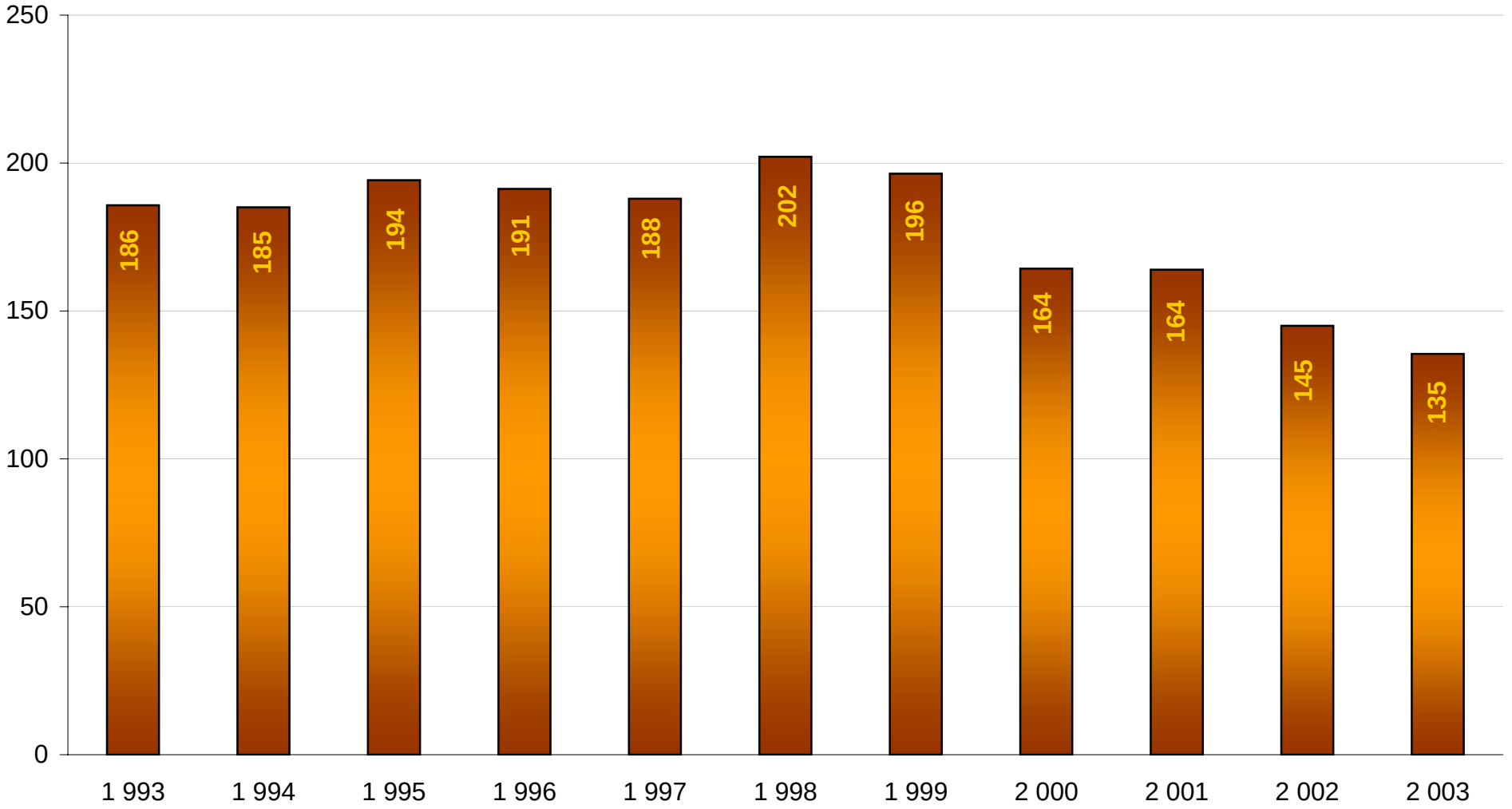
L'introduction de la procédure de non admission a amené la chambre criminelle à prononcer 3852 décisions de non admission (48 %) qui faisaient l'objet au cours des années précédentes essentiellement de décisions de rejet et dans une moindre mesure d'irrecevabilité.

EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES CHAMBRE CRIMINELLE



Jusqu'en 1997, une partie des ordonnances de déchéance, désistement et retrait de rôle du Premier Président était comptabilisée sur la chambre.

DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRE 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 2003, la Cour de cassation a été appelée à statuer sur deux demandes d'avis en matière civile. Le nombre de demandes avait été de 8 en 2002 et en 2001, de 13 en 2000 et en 1999, de 16 en 1997 et de 11 en 1996.

En 1994, sur 29 demandes présentées à la Cour, 12 avaient reçu une réponse au fond ; à l'inverse, aucune des procédures dont a été saisie la formation compétente de la Cour de cassation au cours de l'année 2003 n'a donné lieu à une telle réponse.

Mais comme l'écrit M. Jean Buffet, président de chambre à la Cour de cassation, dans sa présentation des données chiffrées de la procédure d'avis : *"A vrai dire, il est difficile de tirer un enseignement de ces chiffres en dents de scie"*.

Dans le premier avis rendu (avis du 7 juillet 2003 n° 03-00.001), la question portait sur l'impartialité d'un juge eu égard à des activités juridictionnelles successives ; le magistrat, qui a eu à connaître précédemment de la situation de l'une des parties en qualité de juge de l'exécution, devant instruire, juger et assurer le suivi d'une mesure de protection en qualité de juge des tutelles, offre-t-il des garanties suffisantes d'impartialité au sens des dispositions de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme? Telle était la question posée.

La Cour de cassation a estimé que l'une au moins des conditions posées par l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire n'était pas réunie, à savoir que la question ne pouvait pas être considérée comme nouvelle ; comme le souligne le rapport, il est en effet difficile de retenir le caractère de nouveauté s'agissant d'une question relative à un texte applicable depuis environ 30 ans et ayant donné lieu à de nombreuses décisions ayant permis d'appréhender sa portée.

On rappellera, en effet, que figure parmi les conditions de fond qui régissent la procédure d'avis celle du caractère nouveau de la question posée qui doit par ailleurs présenter une difficulté sérieuse et se poser dans de nombreux litiges.

La seconde demande d'avis (avis du 1er décembre 2003 n° 03-00.002) a conduit la Cour, après avoir relevé que la demande supposait l'examen des

conditions de fait et de droit dans lesquelles des ruptures de contrat de travail prévues par un plan social étaient intervenues, à affirmer que la question de la compatibilité d'une disposition de droit interne prévoyant l'application immédiate d'un décret à un plan social en cours avec la Convention européenne des droits de l'homme relevait de l'office du juge du fond.

C'est cette même formulation faisant référence à l'office du juge qu'avait déjà retenue la Cour de cassation dans un avis rendu le 16 décembre 2002 pour conclure que la question posée ne relevait pas de la procédure d'avis.

La demande ayant donné lieu à l'avis du 1er décembre 2003 mérite d'être commentée au regard d'un autre élément : à savoir les observations du ministère public.

Aux termes du premier alinéa de l'article 1031-1 du nouveau Code de procédure civile : "*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 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*".

Or, en l'espèce, si un premier jugement du 3 mai 2001 mentionnait qu'il convenait de recueillir les observations des parties sur la demande d'avis, en revanche il ne résultait d'aucune mention ni d'aucune pièce de la procédure que le ministère public eût été avisé et invité à présenter ses observations préalablement à la décision sollicitant l'avis.

Toutefois, le ministère public avait visé le jugement même saisissant la Cour de cassation de la demande.

Si, comme l'indique le rapporteur dans ses travaux, le ministère public doit en principe être préalablement avisé de la demande d'avis et se voir impartir un délai pour produire ses observations, la Cour de cassation a toutefois retenu, dans cette espèce où un délai important s'était écoulé entre la date du jugement et celle de sa saisine effective, de ne pas statuer au fond sans pour autant se situer sur le terrain de l'irrecevabilité : elle a estimé que la question ne relevait pas de la procédure d'avis.

On rappellera à cet égard que ce n'est que si les questions posées répondent aux conditions légales **(**question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges) que la procédure d'avis

pourra atteindre les objectifs voulus par le législateur, à savoir permettre une unification rapide de l'interprétation des règles de droit nouvelles, assurer la prévention du contentieux en faisant préciser par la Cour de cassation, sans tarder, la portée de la loi.

V. LE SERVICE DE DOCUMENTATION ET D'ETUDES DE LA COUR DE CASSATION

TAUX DE PUBLICATION DE 1993 à 2003 des chambres civiles et criminelle

Année	Chambres civiles															Chambre criminelle		
	1ère chambre			2ème chambre			3ème chambre			Chambre commerciale			Chambre sociale			Pénal		
	Total	Publiés		Total	Publiés		Total	Publiés		Total	Publiés		Total	Publiés		Total	Publiés	
1993	1725	383	22%	1223	369	30%	2025	181	9%	1955	483	25%	5060	317	6%	4508	397	9%
1994	1747	386	22%	1172	262	22%	2007	230	11%	2309	384	17%	5266	345	7%	4386	389	9%
1995	1960	485	25%	1689	315	19%	2190	268	12%	2273	312	14%	6724	353	5%	4335	385	9%
1996	2150	465	22%	1228	310	25%	1962	243	12%	2012	315	16%	5711	456	8%	3664	421	11%
1997	1913	377	20%	1575	323	21%	1761	231	13%	2194	350	16%	5464	468	9%	4617	427	9%
1998	1929	368	19%	1407	305	22%	1882	256	14%	2022	299	15%	5784	578	10%	5250	338	6%
1999	1953	355	18%	1554	193	12%	1940	250	13%	2028	234	12%	5643	491	9%	6725	310	5%
2000	1880	343	18%	1426	179	13%	1879	200	11%	1766	208	12%	4268	442	10%	6002	387	6%
2001	1974	329	17%	1832	206	11%	1818	160	9%	2101	197	9%	5150	412	8%	5530	248	4%
2002	2631	321	12%	1779	294	17%	2224	275	12%	2683	199	7%	6233	417	7%	6557	230	4%
2003	2309	258	11%	2281	404	18%	1844	248	13%	2738	211	8%	5576	334	6%	5776	247	4%

Remarque : Le total comprend les seules décisions de cassation, de rejet et d'irrecevabilité. Sur la période 1993-2001 le total comprend les seules décisions de cassation et de rejet ; en revanche, à partir de 2002,il inclut aussi les décisions d'irrecevabilité dans le cadre de la procédure de non admission du pourvoi.

RAPPORT D'ACTIVITÉ DU SERVICE DE DOCUMENTATION ET D'ÉTUDES DE LA COUR DE CASSATION

De nouvelles responsabilités

Cinquième compte rendu d'activité publié depuis 1999 au Rapport annuel de la Cour de cassation, il permet, d'une part, de mesurer le chemin parcouru par la présentation des actions du Service consolidées en 2003 (I), d'autre part et surtout de souligner l'importance de l'enjeu fondamental que représente la responsabilité qui lui est aujourd'hui confiée de la collecte et de la diffusion de la sélection de la jurisprudence des juridictions du fond (II).

I. La consolidation des actions engagées

Elle a été facilitée par la délocalisation du Service, le 24 janvier 2003, dans les locaux fonctionnels dits du Carré Saint-Germain. Il occupe désormais un plateau de 603 mètres carrés de surface utile accueillant 51 personnes (9 magistrats, 22 greffiers en chef, 4 greffiers, 10 agents ou adjoints administratifs et 6 assistants de justice) et dispose à proximité immédiate de ses bureaux de l'annexe de la bibliothèque centrale de la Cour. Priorité est donnée à l'accès à la documentation numérique disponible soit sur cédéroms, soit sur internet. La gestion du fonds documentaire numérique est assurée en association avec la bibliothèque de la Cour. Par ailleurs, le service dispense une formation à l'utilisation des bases de données.
Ces améliorations sensibles apportées aux conditions d'exercice de ses missions ont permis de densifier les efforts entrepris dans plusieurs directions.

I-1. La recherche systématique des voies de rationalisation du traitement des contentieux

- au stade de **l'orientation des pourvois**, la conception d'un outil de prétitrage des moyens des pourvois est en cours de redéfinition. Cet outil devrait tenir compte de la récupération des mémoires sous forme numérique grâce à la communication électronique avec les avocats aux Conseils ; en outre à la recherche par champs (n° de pourvoi, libellé de la matière, prétitrage, textes cités, décision attaquée, rapprochement d'affaires comportant le même prétitrage, regroupement des pourvois frappant une même décision attaquée, chambre, etc ..) serait ajoutée une recherche en texte intégral portant sur le texte

des mémoires ;

- lors de **l'instruction des pourvois**, outre l'assistance apportée aux conseillers rapporteurs et aux avocats généraux dans les dossiers soumis à l'Assemblée plénière (11), à une chambre mixte (4), une très sensible augmentation de la production des travaux de recherche, souvent accompagnés de notes de synthèse, a été enregistrée (527 en 2003 contre 349 en 2002). Dans le même temps, il convient de relever la diminution des saisines émanant des juridictions du fond (214 en 2003 contre 335 en 2002). La cause est sans doute à rechercher dans l'enrichissement de l'offre éditoriale des sites intranet et internet de la Cour. Enfin il convient de relever le faible nombre de recours à la procédure de saisine pour avis de la Cour de cassation (2 en 2003 contre 8 en 2002) ;

- par l'intensification de **la veille juridique** désormais rythmée par des réunions mensuelles au cours desquelles sont présentées au Premier président les divergences de jurisprudence réelles ou supposées parfois constatées au sein même de la Cour ainsi que les commentaires de la doctrine. Initiées depuis deux ans, ces réunions, dont les analyses sont ensuite restituées et débattues avec les présidents de chambre, contribuent aux efforts qui tendent à rendre plus lisible et plus cohérente la jurisprudence de la Cour régulatrice.

Cette recherche de rationalisation du traitement des pourvois postule le raffermissement de la **méthodologie de l'enrichissement des arrêts**.
Dans la ligne de l'important travail de présentation des Tables analytiques de jurisprudence publié au Rapport 2002, un vade-mecum est en cours d'achèvement qui fournira les clés de la rédaction des sommaires des arrêts, de la confection de leurs titres, et unifiera, à partir d'une définition plus rigoureuse des concepts, les normes de présentation des rapprochements proposés avec les précédents. Cette exigence de rigueur a dominé la réalisation des Tables de jurisprudence 1995-2000 dont la sortie a marqué l'activité de publication en 2003.

I-2. La sortie attendue des Tables analytiques de jurisprudence

Outre la publication habituelle des différents bulletins de jurisprudence et la parution - après celui portant sur "l'intervention judiciaire dans le maintien des étrangers en rétention administrative et en zone d'attente"- d'un second numéro spécial du Bulletin d'information consacré à la restitution des "Rencontres Université - Cour de cassation" sur les thèmes de procédure civile de "l'arbitrage interne, l'appel et l'exécution provisoire", l'année 2003 est celle de la parution des Tables analytiques de jurisprudence criminelle et civile - pour

la première fois sexennale - 1995-2000. Le souhait de proposer au lecteur un classement incluant l'année 2000 et de couvrir, par là-même le siècle et le millénaire, a prévalu sur l'usage constant consistant à orienter le chercheur dans un fonds jurisprudentiel quinquennal. La Cour de cassation a pris le parti, tout en continuant à publier les deux tables sur support papier, de le compléter d'une version numérique dont la plus-value majeure est l'accession par lien hypertexte au texte intégral des arrêts cités qui sont mis en ligne sur le site www.legifrance.gouv.fr. Une diffusion à titre gracieux plus large qu'à l'accoutumée a été réalisée en direction des cours et tribunaux.

I -3. Le champ des " Etudes" dont il est mensuellement rendu compte dans les rapports d'activité des cellules du service a connu une extension notable

La mise en place de l'Observatoire du droit européen, dont les moyens doivent être ajustés aux attentes considérables de l'institution judiciaire nées de l'impact des ordres juridiques européens sur le droit interne, a permis de réaliser plusieurs travaux de caractère général et de répondre à des sollicitations plus spécifiques. L'accentuation de la diffusion de la jurisprudence des Cours européennes doit prochainement trouver son expression dans le renforcement de la rubrique consacrée au droit européen dans le Bulletin d'information de la Cour.
Il convient surtout de souligner, car ce mode d'intervention est nouveau et prometteur, l'association à la réflexion des membres de la Cour de plusieurs professeurs de l'Université très avertis des sujets traités. Ainsi ont- ils contribué aux réponses apportées par la Cour de cassation au questionnaire de la Commission sur "Les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans les procédures pénales dans l'Union européenne" et animé la réflexion de la Cour, dans une perspective purement juridictionnelle, sur le "Plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent".
Dans une formation également ouverte aux juges, aux avocats et avocats aux Conseils, un groupe de travail dont le Service assure principalement la régulation réfléchit à la question controversée de l'application dans le temps de la règle jurisprudentielle.

I -4. Le développement de l'informatique documentaire

Trois axes principaux de développement ont marqué l'année 2003 : l'accroissement de l'offre éditoriale sur les sites internet et intranet de la Cour,

la nécessité d'apporter aux juridictions un soutien méthodologique et de favoriser l'interactivité entre les juges du fond et la Cour de cassation, le renforcement de la coopération dans le domaine juridictionnel.

L'enrichissement des sites internet et intranet de la Cour s'est accéléré. Il convient en particulier d'en souligner quelques traductions.
Espace de mise en ligne, dès leur prononcé, des arrêts les plus marquants de la Cour de cassation (10 à 20 arrêts par mois) la rubrique "Actualité jurisprudence"du site internet (www.courdecassation.fr) est désormais la plus consultée. En outre, plus de 1000 décisions sont aujourd'hui accessibles sous la rubrique "Grands arrêts". Le Rapport annuel de la Cour a pu être mis en ligne le jour de sa présentation à la presse. Par ailleurs, la rubrique "manifestations" s'est enrichie du texte de nombreuses interventions.

Sur un plan général, le nombre de visiteurs du site enregistre une nouvelle progression (3785 visiteurs par jour au mois de décembre 2003 contre 3203 en décembre 2002).
Le nombre d'abonnés par courrier électronique au Bulletin d'information est supérieur à 23.000 contre 5891 au 1er janvier 2001. 1791 messages ont été adressés au webmestre.
Parallèlement à sa diffusion sélective sur son site propre, le Service a continué à participer aux travaux du Comité du service public de la diffusion du droit sur l'internet.
Il convient de noter que les recettes procurées par la délivrance hebdomadaire des arrêts sont en progression de 13% (559.129 euros contre 414.059 euros en 2002).
Par ailleurs le site internet dédié à la célébration du bicentenaire du Code civil (www.bicentenaireducodecivil.fr) renseigne sur le programme des manifestations et fournit de nombreux éléments bibliographiques.
Le site intranet de la Cour de cassation sur le réseau privé virtuel justice (intranet.justice.gouv.fr) s'est également étoffé : la rubrique "Actualités" donne accès par liens hypertextes aux rôles des formations solennelles de la Cour avec l'énoncé des problèmes juridiques devant être tranchés et comporte des notes rédigées à propos d'arrêts récents. La base de jurisprudence Jurinet a été retravaillée notamment au niveau de la recherche par la nomenclature du classement des arrêts, par l'ouverture de la rubrique "cours d'appel" destinée à accueillir le contenu de la base "Juridice" ainsi que l'ensemble des décisions rendues par les premiers présidents de cours d'appel ou leurs délégués en matière de réparation des détentions. La rubrique documentation s'est enrichie de près de 70 études, le plus souvent publiées au Rapport annuel au cours des six dernières années et renvoie par liens à la rubrique "manifestations" du site internet de la Cour. Une base unique des experts agrées par la Cour de cassation

et des experts inscrits sur les listes des cours d'appel est en construction.

Deuxième axe de développement : la création au sein du site intranet d'un outil de soutien méthodologique à l'intention des juridictions du fond**.** Aux formulaires de la procédure de saisine pour avis a été ajouté en 2003 un modèle de rédaction des en-têtes des arrêts de cours d'appel afin d'éviter des moyens de cassation fondés sur des irrégularités formelles parfois relevées. Cet effort, qu'il convient d'amplifier, s'est également accompagné de la mise en place d'une session de formation à la maîtrise des outils de recherche juridique organisée dans le cadre de l'Ecole nationale de la magistrature.

Enfin, parmi les nombreuses actions de coopération internationale, il faut relever la création au sein de la rubrique "Relations internationales" d'un espace consacré au Comité Franco-Britannique de coopération judiciaire.

L'année 2003 a donc d'abord été celle de la consolidation des actions rendues possibles par l'usage des technologies de l'information et de la communication. Elle est sans doute encore davantage une année charnière pour le service de documentation et d'études qui doit aujourd'hui relever le défi de l'extension de ses missions à la prise en charge de la collecte et de la diffusion de la sélection de jurisprudence des juridictions du fond.

II. Le transfert à la Cour de cassation du dispositif de diffusion des décisions des juridictions du fond

L'énonciation des engagements des pouvoirs publics en matière d'accès à la jurisprudence des juridictions du fond n'a jusqu'à présent pas connu de traduction concrète de réelle envergure. Les difficultés d'alimentation de la base Juridice, créée en rupture avec la politique ayant jusqu'alors consisté à confier à une société privée le soin de produire et de diffuser la base de jurisprudence des juridictions du fond, ont en effet conduit la chancellerie à réexaminer, après la réalisation d'un audit par l'Inspection générale des services judiciaires, les conditions les plus adéquates de diffusion des juridictions du fond.

La décision de transfert à la Cour de cassation de cette diffusion doit se traduire par la constitution d'un **pôle national public de jurisprudence judiciaire**. Les forts enjeux de cette entreprise qui

doit rencontrer l'adhésion des juridictions (II - 1) place le service de documentation et d'études au coeur d'un dispositif qu'il lui appartient, avec ses interlocuteurs locaux, de promouvoir (II - 2)

II - 1 Les enjeux du transfert

- Il s'agit d'abord d'améliorer la connaissance par l'institution judiciaire de sa production. La base de jurisprudence Jurinet, initialement constituée de plus de 320.000 arrêts de la Cour de cassation, intégrera progressivement une sélection des décisions du fond. A partir d'une nomenclature de classement largement unifiée, elle autorisera les recherches transversales sur les contentieux soumis à la Cour de cassation et devra permettre de suivre le cheminement des procédures. Par ailleurs, elle diffusera des jurisprudences sur des contentieux dont la Cour n'est pas ou peu saisie. Cette diffusion au plan national a ainsi vocation à compléter les foyers locaux de jurisprudence qui répondent en outre à des besoins spécifiques tels que les nombreuses données quantitatives nécessaires en certaines matières à la cohérence des réponses judiciaires.

- en second lieu et surtout, la création de ce pôle unique de jurisprudence doit contribuer :

. à rationaliser le traitement des contentieux par le repérage des évolutions, des résistances, des solutions innovantes, des interprétations des textes nouveaux. Ainsi le débat juridique peut-il s'engager de façon plus précoce et plus large qu'aujourd'hui et contribuer, avec le concours de la doctrine, à dégager les voies d'une meilleure régulation juridique ;

. à développer l'interactivité entre émetteurs de normes jurisprudentielles. Il convient en particulier de densifier les flux d'informations émanant des juridictions du fond ;

. à améliorer la sécurité juridique.

- l'information ainsi recueillie doit naturellement alimenter la base de jurisprudence Legifrance d'accès libre et gratuit sur le réseau internet sous réserve qu'une solution soit trouvée pour la prise en charge, au stade de la diffusion, de l'anonymisation des décisions

selon la recommandation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Il s'agit là de l'accomplissement de la mission de service public de diffusion de la jurisprudence[1].

- enfin l'enjeu de cette diffusion est aussi celui du rayonnement de notre droit au plan international. A ce titre, une priorité pourrait être donnée au développement des échanges avec les cours suprêmes des pays européens.

Pour tenir ces ambitions qui ne peuvent être que celles de l'ensemble de juridictions, et pour ce qui le concerne, le service de documentation et d'études, dont les effectifs sont progressivement renforcés, a commencé avec l'appui du service informatique de la Cour à jeter les bases d'un dispositif adéquat.

II - 2. Une mise en oeuvre progressive

La sélection par les juridictions du fond de décisions présentant un intérêt particulier est déjà prévue par le dispositif réglementaire en vigueur (article R. 131 - 16 du Code de l'organisation judiciaire). Il convient désormais de lui redonner une réelle efficacité.
A cette fin, à la suite d'une communication adressée aux premiers présidents de cour d'appel lors de leur réunion annuelle à la Cour de cassation, une première circulaire de la chancellerie a confirmé les principaux volets de la reprise par la Cour de cassation du chantier ouvert avec Juridice.
Un groupe de travail a été constitué pour traiter les aspects organisationnels et techniques de ce transfert.
Sur le plan de l'organisation, en application des textes réglementaires dont l'actualisation est en cours, sera définie l'architecture du réseau de collecte des décisions et seront précisées les responsabilités des acteurs locaux. Il importe en particulier que

1 Sur cette question, voir l'article publié au présent Rapport, 2ème partie, sous le titre " la diffusion de la jurisprudence, mission de service public".

le service de documentation et d'études puisse, au quotidien, s'appuyer sur des correspondants locaux permanents. La sélection des arrêts s'effectuera au niveau des formations juridictionnelles et la rédaction des sommaires sera soumise à leur visa. Pour sa part, le service de documentation et d'études procédera au titrage des décisions.
Les aspects techniques ont donné lieu à de premiers échanges de vue entre la Cour de cassation et la chancellerie avant la rédaction prochaine d'un cahier des charges qui concrétisera les modalités organisationnelles et les choix techniques arrêtés.

Un comité de pilotage de ce transfert associant plusieurs chefs de cour doit être prochainement mis en place.

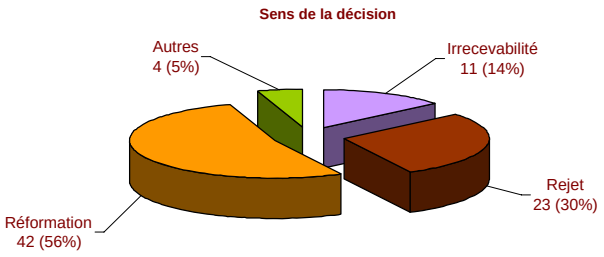
Ainsi, l'année 2004 devra être celle d'une profonde mutation dans l'activité du service de documentation et d'études. Il se voit confier une mission majeure au service de l'institution judiciaire, des professionnels du droit et des citoyens. En étroite liaison avec les juridictions du fond, il lui appartient en effet de répondre à l'exigence de service public que constitue la diffusion de la jurisprudence judiciaire.

VI. ACTIVITÉ DE LA COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS

COMMISSION NATIONALE DE REPARATION DES DETENTIONS
STATISTIQUES - ANNEE 2003

Cour d'appel	Nb de recours enregistrés	Nb de décisions	Sens de la décision							
			Rejet	%	Réformation	%	Irrecevabilité	%	Autres*	%
AGEN	1	1					1	9%		
AIX-EN-PROVENCE	6	8	2	9%	4	10%	2	18%		
AMIENS	1	1			1	2%				
ANGERS	1	0								
BASSE-TERRE	5	2	1	4%	1	2%				
BESANCON	1	1					1	9%		
BORDEAUX	6	8	4	17%	4	10%				
BOURGES	2	0								
CAEN	1	1			1	2%				
COLMAR	3	4	1	4%	2	5%			1	25%
DIJON	1	0								
DOUAI	4	8	6	26%	2	5%				
DRAGUIGNAN	1	1							1	25%
FORT-DE-FRANCE	11	11			11	26%				
GRENOBLE	0	2	1	4%	1	2%				
LYON	2	3	1	4%	1	2%	1	9%		
MONTPELLIER	1	2					1	9%	1	25%
NANCY	3	0								
ORLEANS	1	1					1	9%		
PARIS	14	13	2	9%	10	24%	1	9%		
PAU	1	1	1	4%			1	9%		
POITIERS	1	1	1	4%						
REIMS	1	1	1	4%			1	9%		
RENNES	0	1	1	4%						
RIOM	1	0								
ROUEN	0	1	1	4%			1	9%		
SAINT-DENIS-DE-LA-REUNION	1	0								
TOULOUSE	1	2			1	2%			1	25%
VERSAILLES	5	3			3	7%				
TOTAL	76	77	23	30%	42	56%	11	14%	4	5%

* dessaisissement, incompétence, désistement, rectification d'erreur matérielle.



Au cours de l'année 2003, 76 recours ont été enregistrés. Ce sont les demandeurs qui ont majoritairement formé les recours (45), alors que l'agent judiciaire du Trésor n'en a introduit qu'un total de 13. En outre, l'existence d'un double appel, du demandeur et de l'agent judiciaire du Trésor, a concerné 16 dossiers. Un seul recours a été déposé par un procureur général.

Comme l'année passée, le délai moyen de traitement des dossiers a été de 7 mois, durée qui s'explique par l'instruction des affaires et l'échange des conclusions réglementés aux articles R. 40-4 et suivants du Code de procédure pénale.

77 décisions ont été rendues par la Commission sur des recours exercés contre des décisions de premiers présidents de 2002 et 2003.

L'irrecevabilité des recours a été prononcée dans 11 affaires soumises à la Commission, ce qui représente un taux de 14%. Ces décisions ont sanctionné le défaut de remise de la déclaration au greffe de la cour d'appel concernée.

Sur les décisions au fond rendues par la Commission, 42 ont fait l'objet d'une réformation, ce qui porte le taux de réformation à 56%.
Dans 23 affaires, la juridiction nationale a rejeté le recours. Le taux de rejet s'établit donc à 30 %.

Le tableau ci-contre détaille, par cour d'appel, le sens des décisions rendues en dernier ressort par la Commission nationale, ainsi que le taux de rejet et le taux de réformation.

Le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation est chargé, en étroite collaboration avec le service informatique, de la constitution d'une base de données comportant, en plus des décisions de la Commission nationale, l'ensemble des décisions rendues par les premiers présidents de cours d'appel ou leurs délégués depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 qui a confié à ces derniers une compétence d'attribution en matière de réparation des détentions.

L'intégration à l'application *Jurinet*, accessible sur l'intranet justice, du stock des décisions rendues, sera achevée en fin d'année 2004. Le flux des décisions qui parviennent à la Cour de cassation est quant à lui mis en ligne au fur et à mesure des transmissions. A partir de la fin de l'année 2004, ce flux parviendra à la Cour de cassation dans le cadre de la mission de diffusion de la jurisprudence des cours et tribunaux dont la Cour de cassation vient d'être chargée par le ministre de la justice[1], selon des modalités en cours de définition.

[1] *Cf* le rapport d'activité du Service de documentation et d'études

ACTIVITÉ 2003 DE LA COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS [1]

Au cours de l'année 2003, la Commission nationale de réparation des détentions a rendu 77 décisions, qui permettent de préciser le régime procédural de l'action en réparation d'une détention injustifiée (I), ainsi que les éléments pris en compte aux fins d'évaluation du préjudice subi (II).

I - LE RÉGIME DE L'ACTION EN RÉPARATION

On examinera la procédure devant le premier président (1) avant d'évoquer celle engagée par le recours formé devant la Commission nationale de réparation (2).

1-1 La procédure devant le premier président de la cour d'appel

1.1-1 Contenu de la requête

Selon les dispositions de l'article R. 26 du Code de procédure pénale, l'action en réparation est introduite par une requête qui contient certaines indications (exposé des faits, montant de la réparation accordée, ainsi que tous éléments utiles sur la décision qui a ordonné la mesure de détention, la juridiction qui a prononcé la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement et l'adresse des notifications faites au demandeur).

A la question de savoir si les éléments précités devaient figurer dans la requête à peine d'irrecevabilité, la Commission a répondu par la négative, en relevant que les dispositions de l'article R. 26 se bornent à énumérer une liste non exhaustive d'informations et de documents utiles. Aussi appartient-il au premier président, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de l'article R. 34, de procéder ou de faire procéder à toutes mesures d'instruction utiles, y compris en faisant compléter le dossier du requérant [2].

1.1-2 Délai de dépôt de la requête

Le délai de six mois prévu à l'article 149-2 du Code de procédure pénale étant un délai préfix d'ordre public, il appartient au premier président de vérifier, au besoin d'office, la recevabilité de la requête [3]. La Commission a précisé le

---

[1] D. Karsenty, conseiller référendaire.

[2] CRD, 14 novembre 2003, 03 CRD 029.

[3] CRD, 28 juin 2002, 02-99.002

point de départ de ce délai dans plusieurs hypothèses : ce délai court, pour une ordonnance de non-lieu, à compter de l'expiration du délai de 10 jours suivant sa notification faite dans les formes prévues par l'article 186 dudit Code [4]. Dans l'hypothèse d'un arrêt d'acquittement, la juridiction nationale s'est démarquée de la jurisprudence de la Commission d'indemnisation instituée avant la réforme du 15 juin 2000, en énonçant que ce délai part, non à compter du prononcé de la décision, mais de l'expiration du délai de 5 jours ouvert au ministère public pour former un pourvoi dans les conditions de l'article 597 du Code de procédure pénale.

1.1-3 La présence du demandeur est-elle nécessaire à l'audience ?

Un demandeur n'ayant pas comparu à l'audience, après avoir introduit une requête en indemnisation, fallait-il constater la caducité de la demande en application de l'article 468 du nouveau Code de procédure civile qui sanctionne le défaut de comparution du demandeur, en l'absence de motif légitime ? Pour rejeter le recours du procureur général d'une cour d'appel contre une décision ayant accordé une indemnisation à un requérant, absent à l'audience, la Commission nationale rappelle que l'article 149-2 alinéa 2 du Code de procédure pénale prévoit des débats publics au cours desquels le demandeur est entendu à sa demande, de sorte que sa présence n'est pas requise à peine de caducité [5].

1.2 La procédure devant la Commission nationale de réparation

1.2-1 Formes et modalités du recours

Selon les dispositions de l'article R. 40-4 du Code de procédure pénale, la déclaration de recours est remise au greffe de la cour d'appel, qui en constate le dépôt.

En application de ce texte, après s'être assurée que l'auteur du recours avait été précisément informé par le greffe de la cour d'appel des formes et modalités de recours, la Commission a déclaré irrecevable un recours formé par déclaration au greffe de la Cour de cassation [6] ou encore un recours par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le demandeur étant tenu de déposer sa déclaration. La même sanction est appliquée au recours formé par télécopie.

---

[4] CRD, 20 décembre 2002, 02-99.047

[5] CRD,14 novembre 2003, 03 CRD 017, en cours de publication.

[6] CRD, 31 janvier 2003, 02-99.067

En revanche, le défaut de remise du recours en quatre exemplaires est sans incidence sur sa validité, le greffe devant seulement inviter le demandeur à compléter le nombre d'exemplaires requis [7].

La situation des personnes détenues pour autre cause fait l'objet d'une solution spécifique, la Commission ayant admis que *«doit être tenue pour régulière, au regard de l'article R. 40-4 du Code de procédure pénale, la déclaration de recours formée par le demandeur au greffe de la maison d'arrêt, dès lors qu'il s'y trouve détenu»*[8]. Un recours par simple lettre est donc irrecevable [9].

La déclaration de recours est la condition préalable de toute contestation : aussi, lorsqu'elle résulte de simples conclusions en défense, une demande tendant à la réformation de la décision attaquée est irrecevable [10].
En effet, les dispositions réglementaires ne prévoient pas de recours incident, formé par simple dépôt de conclusions, après qu'ait été formé un recours principal [11].

1.2-2 Délai du recours

Selon les articles 149-3 et R. 38 du Code de procédure pénale, le recours doit être exercé dans le délai de 10 jours de la notification de la décision.

L'article 669 du nouveau Code de procédure civile prévoit que la date de notification par voie postale est celle de la réception de la lettre recommandée apposée par l'administration des postes lors de la remise de cette lettre à son destinataire, établi par le cachet de l'administration des postes figurant sur l'avis de réception [12].

En l'absence de remise de la lettre recommandée à son destinataire, le délai ne court pas, comme l'a décidé la Commission nationale : «*Attendu qu'aux termes de l'article 669, alinéa 3 du NCPC, la date de notification par voie*

---

[7] CRD, 20 décembre 2002, 02-99.068

[8] *CRD*, 20 décembre 2002, Bul. Crim. 2002, N°11, p.25

[9] CRD, 6 février 2004, 03 CRD 022, en cours de publication.

[10] CRD, 11 juin 2003, CRD 089, 4 avril 2003, 02-99.083, Bull.crim N°3, p.7

[11] CRD, 21 novembre 2002, 02-99.030

[12] CRD, 14 novembre 2003, 03 CRD 026.

postale est celle de la réception de la lettre recommandée apposée par l'administration des postes lors de la remise de cette lettre à son destinataire».

La Commission en a tiré toutes les conséquences quant aux diligences qui incombent à la partie adverse : « *En l'absence de retour de l'avis de réception seul en mesure d'attester de la remise effective de la lettre à son destinataire, le secrétaire de la juridiction doit, en application de l'article 670-1 du même code, inviter la partie à procéder par voie de signification »*[13].

1.2-3 Régime des conclusions

Le dépôt des conclusions en demande, en défense et en réponse obéit à un régime réglementaire développé aux articles R. 40-8 et suivants du Code de procédure pénale.

Selon ces dispositions, l'auteur du recours remet ses conclusions dans le délai d'un mois de la notification qui lui est faite par le greffe. Passé ce délai, les conclusions en demande sont tardives et dès lors écartées des débats, *«une telle sanction étant justifiée tant par les dispositions susvisées que par le respect du principe de la contradiction et proportionnée à son but»* [14].

Les conclusions en défense tardives, transmises postérieurement au délai de 2 mois prévu à l'article R. 40-9 du même code, suivent le même sort [15].

Enfin, comme le prévoit l'article R. 40-12 du Code de procédure pénale, les conclusions produites après le délai en demande et en défense, et en réponse sont recevables pourvu que leur auteur les aient communiquées aux autres parties [16].

II - L'ÉVALUATION DE LA RÉPARATION DES PRÉJUDICES SUBIS

Selon l'article 149, le demandeur a droit à la réparation intégrale de son préjudice matériel et moral. La Commission a été appelée à préciser le régime et

---

[13] CRD, 14 novembre 2003, 03 CRD 027

[14] CRD, 21 novembre 2002, 02-99.031.

[15] CRD, 20 décembre 2002, 02-99.043.

l'évaluation de ces préjudices. S'efforçant de disposer d'éléments objectifs d'évaluation, elle a institué une mise en état plus active des affaires, comme le prévoit l'article R. 40-15 du Code de procédure pénale, qui permet à son président ou au rapporteur désigné de faire procéder à toutes mesures d'instruction complémentaires, en invitant notamment le demandeur à fournir des pièces justificatives complémentaires.

2.1 Le préjudice matériel

Le préjudice matériel englobe les préjudices économiques et financiers, mais aussi, selon la jurisprudence de la Commission nationale, le préjudice corporel résultant d'atteintes physiques ou de dommages psychiques [17].

2.1-1 Le préjudice économique

La personne qui a fait l'objet d'une détention a droit à la réparation intégrale de ses préjudices économiques, pourvu que ceux-ci aient été causés par l'incarcération. La Commission a posé le principe que le demandeur peut rapporter la preuve de son préjudice par tous moyens (1), mais celui-ci doit avoir été causé par la détention (2), pour être pris en compte dans l'évaluation de la réparation accordée à ce titre (3).

1° Le régime des preuves et les justificatifs produits au soutien de la demande

L'intéressé peut rapporter la preuve de son préjudice économique par tous moyens. En réponse à l'agent judiciaire du Trésor soutenant que le demandeur qui invoquait un préjudice économique devait produire ses déclarations fiscales, la Commission nationale s'est prononcée en faveur du régime de la liberté des preuves[18]. Dans le cas où le contrat de travail et les bulletins de salaire antérieurs à la détention ont été jugés suffisants pour établir la perte de revenu subie, la Commission a précisé qu'il n'est pas nécessaire d'enjoindre à l'intéressé de communiquer sa déclaration de revenus et ses déclarations sociales, comme le demandait l'agent judiciaire du Trésor [19]. Aussi, la réalité du préjudice peut être établie par la production de toutes pièces justificatives, outre celles dont la juridiction peut demander communication sur le fondement de l'article R. 40-15 du Code de procédure pénale et en réservant

[17] CRD, 19 décembre 2003.

[18] CRD, 11 octobre 2002, 02-99.021.

[19] CRD, 3 mars 2003, 02-99.074.

l'hypothèse d'une mesure d'expertise qui s'avérerait nécessaire dans les cas les plus complexes.

2° Le lien de causalité entre la détention et les préjudices subis

La Commission a rappelé la nécessité de ce lien de causalité dans les hypothèses suivantes :

- Le préjudice en raison de la suspension provisoire des fonctions de l'intéressé ne peut être réparé sur le fondement de l'article 149 car il n'est pas la conséquence même de l'incarcération, mais celle de la mesure de suspension provisoire de ses fonctions [20].

- Pour obtenir réparation de son préjudice économique résultant de l'échec de la tentative de reprise de son activité artisanale, il ne suffit pas que le requérant prouve la réalité de son préjudice économique ; il faut également établir que cet échec est imputable à la détention, ce qui n'est pas le cas «lorsque rien ne permet d'affirmer que l'activité aurait prospéré ou se serait maintenue au rythme des bilans antérieurs ayant donné lieu à des résultats modestes » [21].

- La démission de l'intéressé de ses fonctions de direction et la cession volontaire de ses participations dans diverses sociétés civiles et commerciales du groupe postérieures à sa remise en liberté ont été motivées par le placement de l'intéressé sous contrôle judiciaire, conséquence des poursuites engagées contre lui et non de sa privation de liberté. Il ne peut donc pas obtenir réparation de ces préjudices[22].

3° L'évaluation du préjudice économique

Le préjudice économique tient compte des pertes de traitements, de salaires (a) ou de revenus de remplacement (b). Lorsqu'il ne percevait aucun revenu avant sa détention, le demandeur n'est pas pour autant privé de toute réparation, qui peut être fondée sur la perte de chance de retrouver un emploi, spécialement dans les cas de longues détentions (c). Enfin les frais de justice font partie du préjudice économique, à condition qu'ils soient justifiés selon les

[20] CRD, 19 septembre 2002, 02-99.010.

[21] CRD, 19 septembre 2002, 02-99.009.

[22] CRD, 21 novembre 2002, 02-99.001.

modalités du décret du 27 novembre 1991 relatives à la rémunération de l'avocat (d).

a) La perte des traitements et salaires

Lorsque l'intéressé a subi une suspension ou un arrêt de ses traitements ou salaires, la Commission s'est prononcée sur l'étendue de la réparation en intégrant au calcul de la réparation les éléments suivants :

- Le salaire net perdu au cours de la période de détention ainsi que la perte des congés payés à raison de cette même période [23].
- La perte de salaire pendant la période de recherche d'un emploi nécessaire compte tenu de la profession de l'intéressé [24], en retirant du montant de son indemnisation, le cas échéant les allocations de remplacement qu'il aurait perçues [25] .
- Elle a précisé que les rémunérations au titre d'un travail en prison ne sont pas déduites de l'indemnisation pour les pertes de salaires pendant la durée de l'incarcération [26], ni le montant des impôts qui aurait été dus si la personne avait perçu ses revenus [27].

b) La suspension des allocations de remplacement

Lorsqu'au moment de l'incarcération l'intéressé percevait des allocations ASSEDIC, l'article R. 311-3-3 du Code du travail prévoit que ce revenu de remplacement est suspendu au delà d'une durée de 15 jours de détention ; la Commission a donc calculé la réparation due en prenant comme base la somme journalière allouée à ce titre, multipliée par le nombre de jours de détention, résultat auquel on retire une durée de 15 jours au bout desquels l'allocation est suspendue [28].

Dans le cas où l'intéressé percevait une allocation d'adulte handicapé lors de son incarcération, l'article R. 821-14 du Code de la Sécurité sociale

---

[23] CRD, 31 janvier 2003, 02-99.059

[24] CRD 11 octobre 2002, 02-99.013.

[25] CRD, 21 novembre 2002, 02-99.051.

[26] CRD, 19 septembre 2002, 02-99.019.

[27] CRD, 20 décembre 2002, 02-99.043.

[28] CRD, 24 juin 2003, 091.

prévoit que cette allocation se trouve diminuée de 80% au bout de 45 jours. La Commission a décidé que sa réduction devait être intégralement compensée [29].

c) L'absence de tout revenu au moment du placement en détention

L'évaluation du préjudice économique d'une personne qui ne percevait, avant la détention, aucun revenu à quelque titre que ce soit repose sur l'établissement d'une perte de chance de retrouver un emploi et fait l'objet d'une jurisprudence nuancée.

- L'intéressé ayant établi avoir eu plusieurs offres d'embauche qu'il n'a pu honorer en raison de son incarcération, la commission a jugé qu'il avait perdu une chance sérieuse d'occuper une emploi et a fixé la réparation de ce préjudice sur la base de la moitié des salaires qu'il aurait pu percevoir pendant son incarcération.
- Le demandeur est indemnisé de la perte de revenu due à l'impossibilité de poursuivre son contrat de travail, mais une fois celui-ci expiré, s'il est encore en détention, il est indemnisé, pour la durée restante de l'incarcération, de sa perte de chance de retrouver un emploi [30].
- Même en l'absence d'offre d'embauche, la commission a jugé, lorsque la durée d'incarcération avait été particulièrement longue, que le demandeur avait perdu une chance (directement liée à la détention) de retrouver un emploi [31].
- Lorsque l'intéressé était au chômage lors de son incarcération, sa perte de chance de rechercher et de retrouver un emploi a été évaluée par la Commission nationale à hauteur d'un cinquième du montant de l'allocation chômage qu'il percevait avant son incarcération et qui a été suspendue de ce fait [32]. Dans les autres cas, elle a été évaluée à hauteur d'une somme calculée par référence au SMIC ou au RMI pour une personne [33].

d) Les frais de justice

Les seuls frais de justice pris en compte par la juridiction au titre du préjudice économique du demandeur sont ceux répondant au régime prévu par l'article 245 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991. La Commission a

---

[29] CRD, 15 juillet 2003, 02 CRD 088

[30] CRD, 20 décembre 2002, 02-99.061.

[31] CRD, 20 décembre 2002, 02-9.056.

[32] CRD, 31 janvier 2003, 02-99.038.

[33] CRD, 31 janvier 2003, 02-99.073.

rappelé ce principe dans les termes suivants : «Pour justifier de ce chef du préjudice matériel, il suffirait que [le demandeur] produise le compte nécessairement établi par son défenseur avant tout paiement définitif, conformément aux dispositions de l'article 245 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, détaillant les prestations fournies en raison de son placement en détention, en particulier les visites à l'établissement pénitentiaire et les diligences effectuées pour faire cesser cette situation par des demandes de mise en liberté» [34].

2.1-2 Le préjudice corporel

La réparation d'un préjudice corporel souffert par une personne détenue entre-t-elle dans les prévisions de l'article 149 du Code de procédure pénale ? Telle était la question posée à la Commission nationale dans une affaire où le demandeur invoquait le préjudice corporel résultant du fait que, venant d'être opéré d'une hernie discale avant son placement en détention, il n'avait pu bénéficier des soins appropriés en maison d'arrêt et de la rééducation post-opératoire nécessaire. L'agent judiciaire du Trésor soutenait qu'un tel préjudice est étranger aux dispositions de l'article 149 précité. La Commission nationale a répondu que le préjudice corporel, pourvu qu'il ait été causé par la détention, est un des éléments du préjudice matériel lorsqu'il est constitué par des dommages physiques ou des troubles psychiques, indépendamment de toute autre action fondée sur les dispositions du titre VIII du Code de l'organisation judiciaire relatives à la responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service de la justice [35].

2-2 Le préjudice moral

Au cours de l'année 2003, la Commission nationale a engagé une démarche visant à évaluer l'intensité de la souffrance morale de la façon la plus objective possible : avec l'appui technique d'un groupe de travail constitué d'experts psychiatres, chefs de services médicaux psychologiques régionaux d'établissements pénitentiaires [36], cette juridiction s'est attachée à identifier des indices de souffrance en prison permettant une évaluation du préjudice moral précise et objective. Les décisions rendent compte de ces indices, qui sont de

---

[34] CRD, 11 juin 2003, 093.

[35] CRD, 19 décembre 2003, 03 CRD 012, en cours de publication.

[36] Le groupe de travail était constitué de Mme Brahmi, chef du SMPR de Fleury Mérogis, M. Archer, chef du SMPR de Loos et M. Lamothe, chef du SMPR des prisons de lyon.

deux sortes : certains tiennent aux conditions et circonstances de la détention, d'autres sont inhérents à la personnalité des demandeurs.

- Il est reconnu que le choc carcéral, qui intervient au moment du placement en détention et pendant les jours qui suivent, sur une durée approximative d'environ 30 jours, correspond à une période de souffrance psychique d'une intensité particulière : ce constat vient récemment d'être rappelé dans un rapport relatif à la prévention des suicides en prison, soulignant que 9% des suicides se produit pendant la première semaine de détention, 17% pendant le premier mois et 34% durant les trois premiers mois [37]. Pour les personnes qui découvrent la prison, l'évaluation de leur préjudice moral tient compte de ce temps particulièrement difficile de leur détention.

- Les conditions de la détention (mesure d'isolement, interdiction de parloirs, promiscuité) contribuent aussi à aggraver la souffrance morale et pour statuer, la Commission s'efforce de disposer d'éléments lui permettant d'apprécier concrètement les conditions de détention : ainsi, dans une espèce où un demandeur prétendait avoir souffert de conditions de détention particulièrement difficiles, en raison notamment de la promiscuité d'autant plus pénible compte tenu de son âge, la juridiction, sur le fondement des articles 149 et R. 40-15 du Code de procédure pénale, a sollicité du directeur de l'administration pénitentiaire des précisions sur les conditions matérielles de détention du requérant. Les informations communiquées sur le taux d'occupation de l'établissement pénitentiaire et les conditions matérielles d'encellulement ont permis à la Commission d'évaluer de façon objective, abstraction faite de toute recherche d'une faute du service de la justice, la réparation du préjudice subi [38]. La juridiction tient compte d'autres éléments aggravant les conditions de détention, tels que l'incarcération dans un établissement éloigné des racines de l'intéressé, circonstance pesant sur la fréquence des visites et contribuant, par là même, à l'isolement du demandeur.

- Les violences et menaces exercées par d'autres codétenus sont bien entendu au nombre des facteurs aggravant le préjudice moral, la Commission relevant, dans un tel cas, les conditions particulièrement difficiles dans lesquels la détention a été subie [39].

- Il faut encore préciser que si les circonstances de l'arrestation du demandeur sont sans incidence sur la réparation allouée, en revanche l'existence d'une pluralité de placements dans une même procédure entre dans le calcul de la réparation accordée, la Commission jugeant que le préjudice s'est renouvelé à

---

[37] Le Monde, 5 décembre 2003, sur le rapport relatif à la prévention des suicides de décembre 2003, établi par le professeur Terra.

[38] CRD, 19 décembre 2003, n° 02 CRD 081 , en cours de publication.

[39] CRD, 19 septembre 2002, n° 02-99.018

chacune des incarcérations auxquelles le requérant a été soumis. Ainsi, dans une espèce où le demandeur, après avoir été remis en liberté au cours de l'instruction, avait été condamné par une cour d'assises avant d'être acquitté en appel, la Commission, pour évaluer la réparation du préjudice moral, a relevé que la détention, d'une durée de 379 jours, avait été subie au cours de deux périodes séparées de plus de 15 mois[40].

- L'âge de l'intéressé, sa situation familiale et la rupture de liens affectifs causés par la détention, sont autant d'éléments analysés et pris en compte pour apprécier le préjudice moral.

- L'état de santé du demandeur, dans le cas où il était atteint d'une affection préexistante, a une incidence sur la réparation du préjudice moral, lorsqu'il contribue à aggraver la souffrance de l'intéressé. Ainsi, la Commission a jugé que les graves souffrances subies par une requérante atteinte de lombo-sciatique ont rendu beaucoup plus pénible son séjour en prison, en retardant le traitement qui était prévu dans le cadre d'une hospitalisation programmée avant son incarcération. Dans un tel cas, ces souffrances sont un des éléments du préjudice moral réparable [41]. Dans une espèce où le demandeur, adulte handicapé, avait été exposé à des conditions de vie en prison plus pénibles, en raison de ses déficiences psychiques importantes, la Commission a relevé l'existence de brimades fréquentes et d'humiliations répétées dont elle a tenu compte dans la réparation du préjudice moral [42].

---

[40] CRD, 3 mars 2003, 02-99.071.

[41] 11 juin 2003, 02-999, JOVANOVIC.

[42] CRD, Le Bouler, 15 juillet 2003, 02 CRD 088.

VII. ACTIVITÉ DE LA COMMISSION DE RÉVISION DES CONDAMNATIONS PÉNALES

COMMISSION DE REVISION

Années	Nombre de requêtes reçues	DECISIONS RENDUES						Reste
		Irrecevabilité	Désistement	Divers	Rejet	Saisine	Total	
1989	51							51
1990	160	51	---	---	19	5	75	136
1991	100	63	8	---	70	4	145	91
1992	95	41	4	---	50	2	97	89
1993	74	30	---	1	31	5	67	96
1994	143	76	5	2	60	3	146	93
1995	114	81	2	---	46	2	131	76
1996	130	76	---	---	42	7	125	81
1997	142	86	2	1	56	4	149	74
1998	130	67	3	---	50	5	125	79
1999	142	67	2	---	39	3	111	110
2000	174	112	1	3	46	3	165	119
2001	180	98	2	---	58	6	164	135
2002	142	132	3	1	47	3	186	91
2003	136	102	4	---	33		139	88
TOTAL	1913	1082	36	8	647	52	1825	

CHAMBRE CRIMINELLE STATUANT COMME COUR DE REVISION

Année	Saisine	Annulation	Rejet
1990	5		
1991	4	6	---
1992	2	1	1
1993	5	1	---
1994	3	5	2
1995	2	1	1
1996	7	1	---
1997	4	3	5
1998	5	3	---
1999	3	4	---
2000	3	1	6
2001	6	1	2
2002	3	3	2
2003	0	2	1
Total	52	32	20

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 2003, sur un total de 139 décisions, la commission a rendu 102 décisions d'irrecevabilité et 33 décisions de rejet.

Elle n'a transmis aucune demande en révision à la Chambre criminelle.

Les affaires restant à examiner sont au nombre de 98, dont 47 sont en cours d'examen chez les conseillers désignés comme rapporteurs.

La commission rencontre les mêmes difficultés, déjà signalées dans le rapport de l'année 2001, 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

COMMISSION DE REEXAMEN

(article 626-1 et suivants du Code de procédure pénale)

Années	Requêtes			Décisions						Reste à juger
	Reste à juger	Reçues	Total	Irrecev.	Désist.	A.d.d.	Rejet	Renvoi	Total	
2000	--	4	4					1	1	3
2001	3	11	14	4			3	1	8	6
2002	6	2	8	2			1	5	8	0
2003	0	6	6			1			1	5
Total		23		6		1	4	8	18	

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 (articles 626-1 à 626-7 du Code de procédure pénale), 2003 a constitué la troisième 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 2003, six requêtes, dont trois groupées, ont été adressées à la Commission de réexamen entre mai et octobre.

La Commission a rendu deux décisions :

- la première dans l'affaire Goth, à l'audience du 24 avril 2003: la Commission a ordonné le réexamen et le renvoi devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Le demandeur avait été déchu de son pourvoi en cassation faute de mise en état. La Cour de Strasbourg a considéré que la France avait violé l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme et la Commission a fait application de sa jurisprudence, notamment affirmée dans l'affaire Kalfaoui ;

- la seconde décision est une décision avant dire droit relative à l'affaire Papon. Le 16 octobre 2003, la Commission, statuant sur la recevabilité de l'intervention des parties civiles devant elle, énonce, au visa de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, *"que la procédure pénale doit être équitable et préserver l'équilibre des droits des parties et que l'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute la procédure pénale"*. Elle en conclut qu'il résulte de ce texte que les parties civiles qui en font la demande peuvent, en audience publique devant la Commission de réexamen, présenter des observations orales ou écrites (décision 03-RDH. 005 ; BICC du 1er février 2004 n° 165 page 24).

IX. ACTIVITÉ DE LA JURIDICTION NATIONALE DE LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE

JURIDICTION NATIONALE DE LA LIBERATION CONDITIONNELLE

Années	Nombre de dossiers			Décisions rendues						Reste à juger
	Reste à juger	Reçus	Total	Irrecev.	Désist.	Annulation	Confirmation	Infirmation	Total	
2001		79	79	1	6	1	29	3	40	39
2002	39	119	158	---	10	1	101	14	126	32
2003	32	120	152	4	7	2	91	15	119	33
Total		318		5****	23	4***	221*	32**	285	

* Dont 12 confirmations sur appel PG
** Dont 9 infirmations sur appel PG
*** Dont 1 annulation sur appel PG
**** Dont 2 irrecevabilités sur appel PG

AGEN	4 (dont 1 PG)
AIX EN PROVENCE	39 (dont 1 PG)
AMIENS	10
BASTIA	8
BORDEAUX	4
BOURGES	38
CAEN	13 (dont 6 PG)
CAYENNE	1
COLMAR	5
DIJON	1
DOUAI	19 (dont 1 PG)
FORT DE France	3
LYON	1
MONTPELLIER	3

NANCY	18 (dont 1 PG)
PAPEETE	4
PARIS	17 (dont 3 PG)
PAU	15 (dont 3 PG)
POITIERS	14 (dont 2 PG)
REIMS	11 (dont 2 PG)
RENNES	16 (dont 1 PG)
RIOM	31 (dont 1 PG)
ROUEN	21 (dont 8 PG)
ST DENIS	2
TOULOUSE	6
VERSAILLES	11
SAISINE DIRECTE	3

ACTIVITÉ DE LA JURIDICTION NATIONALE DE LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE AU COURS DE L'ANNÉE 2003

I - CRÉATION

La juridiction nationale de la libération conditionnelle, qui siège à la Cour de cassation, a été créée par la loi du 15 juin 2000, complétée par le décret du 13 décembre de la même année. Une circulaire d'application a été prise par le Garde des sceaux le 18 décembre 2000.

L'article 722-1 du Code de procédure pénale dispose que cette juridiction est présidée par le Premier président de la Cour de cassation ou son représentant. C'est en l'occurrence un ancien président de chambre, maintenu en activité, qui a été désigné pour une durée de 3 ans, conformément à l'article D. 521 du Code de procédure pénale.

Quatre autres magistrats du siège de la Cour ont été désignés, deux comme titulaires et deux comme suppléants, par le bureau de celle-ci. Deux responsables des associations nationales d'aide aux victimes et deux responsables des associations nationales de réinsertion des condamnés, avec dans chaque cas un titulaire et un suppléant, ont été nommés par arrêté du Garde des sceaux du 20 février 2001.

Les fonctions du ministère public sont remplies par le parquet général de la Cour de cassation.

Enfin la juridiction nationale est dotée d'un secrétariat greffe.

II - ELÉMENTS STATISTIQUES

Au 1er janvier 2003, 32 dossiers restaient à traiter par la juridiction nationale de la libération conditionnelle.

Au cours de l'année, cette formation a reçu 120 nouveaux dossiers, soit un total global de 152 dossiers à traiter.

Le délai moyen d'instruction d'un dossier, entre la date d'arrivée et celle de la décision, est d'environ 3 mois.

Après avoir été mensuelles, les audiences sont devenues bimensuelles,

compte tenu du nombre d'affaires à juger, ce qui a conduit à faire siéger alternativement les titulaires et les suppléants.

Au 31 décembre 2003, 119 dossiers avaient fait l'objet d'une décision, répartis comme suit :

- 7 désistements ;
- 2 annulations dont 1 sur appel P.G. ;
- 91 confirmations dont 12 sur appel P.G. ;
- 15 infirmations dont 9 sur appel P.G. ;
- 4 irrecevabilités.

Il restait 33 dossiers n'ayant pas fait l'objet d'une décision.

III - FONCTIONNEMENT

Chaque dossier est, dès son arrivée, confié à un membre de la juridiction, magistrat ou non, qui, après étude, établit un rapport reprenant les principaux éléments des documents produits, mais ne comportant pas d'avis sur la solution proposée.

Les pièces estimées manquantes peuvent être réclamées aux autorités compétentes.

Le rapport est annexé au dossier. Celui-ci est transmis à l'avocat général puis, au moins trois semaines avant l'audience, déposé au greffe, où il peut être consulté par l'avocat.

Le débat contradictoire a lieu en chambre du conseil. Jusqu'à présent la juridiction nationale n'a pas cru devoir user du pouvoir, qui lui a été conféré par le décret, de faire entendre un condamné par un de ses membres, avant l'audience.

L'avis du rapporteur et les projets de décision ne sont portés qu'à la connaissance des membres de la juridiction, magistrats du siège et représentants des associations, au moment du délibéré.

La juridiction nationale se prononce tant en droit qu'en opportunité.

En droit, elle a eu notamment à décider que c'est à la date à laquelle statue la juridiction régionale que doit s'apprécier le reliquat de peine qui détermine la compétence de cette juridiction. Si, à cette date, la durée de la peine

restant à accomplir est devenue inférieure à trois ans, seul le juge de l'application des peines est compétent et la décision de la juridiction régionale se prononçant néanmoins sur la demande est donc nulle, même si c'est par suite du caractère non définitif d'une peine, apparu postérieurement à cette décision, que le reliquat a été ramené au dessous de la limite légale (n° 01 JLC 014 du 2 novembre 2001).

La juridiction nationale a également jugé que si, en vertu de l'article D 524 du Code de procédure pénale, elle peut être saisie directement, par le condamné, lorsque la juridiction régionale ne statue pas dans les six mois du dépôt de la demande, cette saisine directe n'est recevable que lorsque le délai de six mois est expiré (n° 01 JLC 005 du 29 juin 2001).

L'article D 527 du Code de procédure pénale énonce que la juridiction qui envisage d'accorder une libération conditionnelle est tenue de demander l'avis du procureur de la République du tribunal de grande instance dans le ressort duquel le condamné souhaite établir sa résidence si cet avis ne figure pas déjà dans le dossier.

C'est en application de ces dispositions que la juridiction nationale a sanctionné le jugement d'une juridiction régionale qui avait accordé une mesure de libération conditionnelle sans recueillir l'avis du procureur de la République compétent.

La juridiction nationale ayant elle-même demandé et reçu cet avis, a pu évoquer et se prononcer sur la demande (n° 01 JLC du 21 décembre 2001).

L'essentiel du rôle de la juridiction nationale porte néanmoins sur l'appréciation de l'opportunité d'accorder la mesure sollicitée.

Le fait que cette juridiction ne connaisse que du cas de ceux qui ont à subir les peines les plus lourdes et la proportion non négligeable de demandes présentées par des condamnés à des peines perpétuelles, non commuées en peines à temps, et qui n'ont pu de ce fait bénéficier des mesures probatoires préalables, telles que le travail à l'extérieur ou la permission de sortie, rendent particulièrement délicat l'examen de ces situations et expliquent pour partie le faible taux des infirmations prononcées.

La lecture des décisions montre que la juridiction nationale attache une importance particulière, ne se fondant notamment sur les observations faites en détention ainsi que sur les expertises psychiatriques et psychologiques, à la prise en compte, par le détenu, de la gravité des faits qui ont conduit à sa condamnation, à son souci de réparer et aux garanties qu'il offre quant à son

évolution personnelle ainsi qu'à l'encadrement social et professionnel dont il pourrait bénéficier à sa sortie.

Il s'agit en définitive de rechercher, dans chaque cas, s'il est justifié des efforts sérieux de réadaptation sociale exigés par l'article 729 du Code de procédure pénale, c'est-à-dire de concilier les impératifs de réinsertion sociale des condamnés et de prévention de la récidive.

X. ACTIVITÉ DU BUREAU

D’AIDE JURIDICTIONNELLE

A - EVOLUTION DE L'ACTIVITE DU BUREAU D'AIDE JURIDICTIONNELLE DE 1993 à 2003

Années	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Affaires restant à examiner au 01/01	3 671	2 860	2 653	3 123	3 889	4 570	5 331	6 571	4 746	3 933	1 907
Affaires reçues	7 097	-	8 704	9 714	10 334	10 357	10 334	10 555	10 130	10 125	9 478
Dont nouvelles délibérations	-	-	-	747	806	715	802	767	593	919	946
Décisions intervenues dans l'année	7 900	-	8 234	9 249	9 653	9 596	9 883	12 380	10 943	12 448	9 939
Dont suppléments d'information	-	-	-	307	617	535	431	514	507	297	223
Affaires restant à examiner au 31/12	2 868	2 653	3 123	3 889	4 570	5 331	6 571	4 746	3 933	1 907	1 446

B - DECISIONS INTERVENUES DANS L'ANNEE

Années	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Rejet	6 072	6 702	6 386	6 988	7 167	7 359	7 726	9 746	7 966	9 766	8 003
Admissions	1 828	1 887	1 580	1 954	1 869	1 680	1 726	2 097	2 451	2 385	1 936
Total	7 900	8 589	8 234	8 942	9 036	9 039	9 452	11 843	10 417	12 151	9 939

OBSERVATIONS

Les données statistiques de l'année 2003 appellent les observations suivantes :

- demandes nouvelles :
9 478, soit une baisse par rapport à 2002 où 10 125 demandes avaient été enregistrées (- 6,39 %).

- décisions prononcées :
9 939 au lieu de 12 448 en 2002, soit une diminution de 20,16 %.

- Affaires restant à examiner :
1 446 pour 1 907 en 2002, soit une diminution de 24,17 %.

Pour ce qui concerne les dossiers examinés au fond, les décision de rejet (qui représentent 80,52 % du total des décisions) sont en diminution de 18,05 % par rapport à l'année 2002, et les décisions d'admission (19,48 % du total) sont également en diminution, dans une proportion de 18,83 %.

Le nombre de recours devant le premier président a été de 1 623 en 2003, soit 41,98 % des décisions de rejet fondées sur l'absence de moyen sérieux, contre 1 965, soit 33,83 %, en 2002.

En 2003, il y a eu 946 demandes de nouvelle délibération (919 en 2002).

XI. RELATIONS INTERNATIONALES

RELATIONS INTERNATIONALES

I. MISSIONS A L'ETRANGER

A. Europe

1. Allemagne

Les travaux du quatrième colloque de droit européen qui avaient pour thème central la prohibition des discriminations entre les salariés, organisé les 15 et 16 mai 2003 au tribunal fédéral du travail à Erfurt, ouverts par le professeur docteur Wissmann, président du tribunal fédéral du travail, ont été suivis par Mme Indgrid Andrich, conseiller référendaire à la chambre sociale. Le programme comportait pour l'essentiel l'introduction du professeur docteur Brun Otto-Pryde, juge au tribunal constitutionnel fédéral, portant sur les droits fondamentaux du travail et le droit européen et les exposés du docteur Kuras, conseiller à la Cour suprême d'Autriche, et de M. Linsenmaier, juge au tribunal fédéral du travail, sur la prohibition des discriminations liées à l'âge et l'intervention du professeur doyen de l'université d'Avignon, Martine Le Friant et celle du professeur docteur Spiros Simitis de l'université de Francfort sur la protection des données de la vie personnelle du salarié.

2. Bosnie

Mme Frédérique Agostini, conseiller référendaire à la chambre criminelle, a assisté à un séminaire organisé par le Conseil de l'Europe à Sarajevo du 15 au 17 juillet 2003 sur le thème "L'expertise de projet de texte sur l'organisation judiciaire de la Bosnie-Herzégovine".

3. Espagne

M. Guy Canivet, premier président, a participé à Barcelone le 4 octobre 2003 aux journées d'études de la Ligue internationale du Droit de la concurrence.

4. Grèce

M. Guy Canivet, premier président, et M. Jean-François Burgelin, procureur général, ont assisté à Athènes du 1er au 4 mai 2003 au 2ème congrès des juristes européens.

5. Italie

Madame Carole Champalaune, conseiller référendaire à la chambre commerciale, s'est déplacée à Florence les 6 et 7 juin 2003 pour la huitième rencontre sur le droit et la politique européenne de la concurrence organisée par l'Institut universitaire européen de Florence.

M. Jean-Pierre Gridel, conseiller à la première chambre civile, a participé à la réunion de l'Académie des juristes européens de Pavie les 28 et 29 juin 2003.

M. Pierre Sargos, président de la chambre sociale, a assisté à Florence le 24 octobre 2003, à la 11ème réunion des juges des cours européennes du travail.

6. Prague

M. Guy Canivet, premier président, a donné le 20 octobre 2003 à l'université Charles de Prague une conférence sur les Cours suprêmes nationales dans les ordres juridiques européens. Il a également eu des entretiens avec Mme Brozova, présidente de la Cour suprême de la République Tchèque.

7. Roumanie

Du 17 au 22 juin 2003, M. Jean-Pierre Ancel, président de la deuxième chambre civile, et M. le professeur Joël Monéger, vice-président de la Société de législation comparée, ont assisté à Bucarest et à Constanta aux 12es journées juridiques franco-roumaines.

8. Royaume-Uni /Ecosse

Du 2 au 4 octobre 2003, le comité Franco-Britannique de coopération judiciaire a tenu à Londres son colloque sur la réparation du préjudice en matière contractuelle et délictuelle et sur la fin de la vie et le droit. Cette manifestation réunissait comme à l'habitude avec des juges anglais, écossais et irlandais, des membres des juridictions judiciaires et administratives, dont pour la Cour de cassation, M. Guy Canivet, premier président et Mme Anne Pascal, conseiller à la première chambre civile.

Le 10 mai 2003, Monsieur Guy Canivet, premier président, a pris part à Londres au Conseil d'administration de la Ligue internationale du droit de la concurrence.

M. Daniel Tricot, président de la chambre commerciale, M. Ghislain de

Monteynard, conseiller référendaire à la chambre commerciale, M. Alain Lacabarats, président de chambre à la cour d'appel de Paris, ont pris part au premier forum des juges commerciaux européens qui s'est tenu à Londres les 5, 6 et 7 juin 2003 à l'invitation du Lord Chancellor, Lord Irvine of Lairg. Cette première manifestation qui a permis de réunir une soixantaine de magistrats des juridictions et chambres commerciales des pays membres de l'Union Européenne et des pays candidats a été organisée par Sir Anthony Colman, juge à la Commercial Court anglaise, avec le soutien financier de la Commission européenne. Au cours de la conférence, qui se tenait en anglais, allemand et français, M. Daniel Tricot a présidé une séance de travail sur la présentation des moyens de preuve dans les procès commerciaux et M. Alain Lacabarats a présenté un rapport sur la médiation judiciaire et la juridiction des référés.

Du 19 au 21 septembre 2003, M. Guy Canivet a assisté au colloque annuel de l'Association des juristes franco-britanniques à Glasgow.

9. Russie

Le premier président de la Cour de cassation M. Guy Canivet, MM. Jean-Pierre Ancel, Roger Beauvois, Jean-Pierre Dumas et Jacques Lemontey, présidents de chambre, et M. Dominique Hascher, se sont rendus à Moscou du 27 au 29 octobre 2003 à l'invitation de la Cour suprême d'arbitrage de Russie et de son président, M. Yakovlev. Les entretiens ont porté sur l'organisation de la justice commerciale en Russie, y compris dans ses aspects internationaux pour ce qui concerne l'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales. La délégation française a d'abord présenté, lors d'une conférence organisée pour les juges et les membres des services juridiques de la Cour suprême, les institutions françaises et notre droit dans ces domaines. D'autres discussions sur ces mêmes questions ont ensuite eu lieu à la Cour d'arbitrage fédérale de la région de Moscou, à la Cour d'arbitrage de la ville de Moscou et du 30 au 31 octobre, à St Pétersbourg, avec les juges de la Cour d'arbitrage fédérale de la région du Nord-Ouest.

La délégation de la Cour de cassation a également été reçue à la Cour suprême russe de droit commun, où ont été plus particulièrement abordées les questions tenant à l'éthique et la discipline des juges et à leur formation, ainsi qu'à la Douma d'Etat.

B. Afrique - Moyen Orient - Proche Orient

1. Algérie

M. Daniel Tricot, président de la chambre commerciale, M. Francis Assié, conseiller à la troisième chambre civile et M. Ghislain de Monteynard, conseiller référendaire à la chambre commerciale, ont participé les 1er et 2 décembre 2003 à Alger au titre de la convention de jumelage avec la Cour suprême de la République algérienne démocratique et populaire, à des journées d'études sur le droit commercial, le droit maritime et les mutations économiques.

2. Azerbaïdjan

M. Tony Moussa, conseiller à la deuxième chambre civile, a participé du 20 au 24 mai 2003 à Bakou à un séminaire organisé par l'Ecole nationale de la magistrature dans le cadre de la coopération instaurée avec le ministère de la Justice de la République d'Azerbaïdjan sur "L'exécution des décisions de justice" au profit des magistrats et fonctionnaires du ministère de la justice dont dépend l'exécution des décisions en matière civile en l'absence d'huissiers de justice.

Ont été traités l'effectivité de la justice et le procès équitable au regard de la CEDH ; la réforme française des voies d'exécution ; les organes de l'exécution en France ; les principales mesures conservatoires et d'exécution forcée et un aperçu sur l'exécution des décisions pénales.

3. Liban

M. Guy Canivet, premier président, s'est rendu à Beyrouth du 9 au 11 juin 2003 pour la séance de signature de l'édition du code civil en langue arabe, puis, du 6 au 9 novembre, pour assister avec Mme Renée Koering-Joulin, conseiller à la chambre criminelle, à un colloque sur le thème "Les droits fondamentaux : inventaire et théorie générale" organisé par le Centre d'Etudes des Droits du Monde Arabe (Cédroma) et la Société de législation comparée.

M. Bruno Cotte, président de la chambre criminelle, M. Jean-Pierre Ancel, président de la deuxième chambre civile, et M. Emmanuel Tois du service de documentation et d'études, sont partis en mission du 1er au 5 décembre à la Cour de cassation du Liban dans le cadre de la convention de jumelage signée le 21 décembre 2001.

4. Nigéria

M. Jean-Pierre Dumas s'est rendu à Abuja entre le 5 et le 8 février 2003 pour la conférence panafricaine sur le droit, la justice et le développement à laquelle il a présenté une communication sur "L'expérience française en matière de réforme de la justice et ses leçons".

C. Amériques

1. Brésil

M. Guy Canivet, premier président, a participé à Rio de Janeiro du 11 au 13 septembre 2003 à un colloque franco-brésilien sur l'analyse comparative des systèmes de régulation.

2. Canada

M. Guy Canivet, premier président, a présidé l'une des séances de la conférence internationale organisée à Québec en l'honneur du juge Claire L'Heureux-Dube du 18 mars au 24 mars 2003. Il a également été reçu à Ottawa par le Ministre de la justice canadien M. Cauchon ainsi qu'à la Cour Suprême du Canada.

3. Etats-Unis

A l'invitation de l'International Judicial Academy, la Cour de cassation a été représentée au "Medina Seminar" organisé par le Federal Judicial Center du 12 au 17 juin 2003 à l'Université de Princeton.

4. Haïti

M. Dominique Ponsot, conseiller référendaire à la chambre criminelle, a pris part à un séminaire sur la réforme du droit des affaires haïtien à Port au Prince du 6 au 8 janvier 2003 en vue d'apporter un soutien à l'élaboration d'un projet de réforme du droit commercial.

D. Asie/Pacifique

Australie

M. Guy Canivet, premier président, a assisté à la commémoration du centenaire de la Haute Cour d'Australie à Canberra du 9 au 12 octobre 2003.

II. PARTICIPATION AUX TRAVAUX D'INSTITUTIONS INTERNATIONALES

Quatrième partie : l'activité de la Cour

A Union européenne

1. Programme PHARE

Lettonie
le 23 mai 2003

Mme Lolita Peka et Marcis Esmits, magistrats, ont été reçus au Service de documentation et d'études.

Slovaquie
le 23 octobre 2003

M. Jozef Hrabovsky, vice-président, président de chambre à la Cour régionale de Banska Bystrica, M. Peter Brnak, juge à la Cour suprême, M. Jan Drgonec, président de la Commission des Lois et de la Constitution du Parlement Slovaque, Mme Ida Hanzelova, présidente de chambre à la Cour suprême, M. Juraj Majchrak, vice-président de la Cour suprême, M. le Professeur Mojmir Mamojka, M. Juraj Seman, président de chambre à la Cour suprême, M. Jan Vanko, président de la Cour régionale de Nitra, Mme Aikarerini Tschli, Mme Antonia Ilia, juge à Athènes, M. Julius Kralik, chef de l'unité Phare au Ministère de la Justice, ont été reçus avec M. Denis Jardel, conseiller pré-adhésion en poste à Bratislava, par M le premier président Guy Canivet.

2. Projet TACIS

Un séminaire a été organisé à l'académie de justice de Moscou avec le financement de la commission de l'Union européenne dans le cadre d'un programme sur deux ans de formation des juges russes animé par l'association ACOJURIS, l'Ecole Nationale de la Magistrature, Thales ainsi que les écoles espagnoles et portugaises de formation des magistrats pour mettre au point les modalités de la formation des juges, des administrateurs des Tribunaux, et de formation des formateurs. Cette rencontre a réuni les responsables de l'académie de justice de Russie, les enseignants de cet établissement qui sont en charge de chacun des thèmes, les responsables de la formation dans les quatre filiales de l'académie qui accueilleront les séminaires en région (Vorogène, Krasnodar, Rostov-sur-le-Don et Saint Pétersbourg), les responsables européens de chaque thème ainsi que les représentants à Moscou d'Acojuris et de l'Union européenne. M. Jean-François Weber, président de la troisième chambre civile, responsable de la formation pour la procédure civile, et M. Louis Di Guardia, avocat général à la chambre criminelle, responsable de la formation en procédure pénale, ont participé du 19 au 21 novembre 2003 à ces échanges qui ont permis de préciser

le contenu et les modalités concrètes des séminaires qui se dérouleront au cours des années 2004 et 2005.

B Organisations des Nations Unies

1. Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE)

A la suite du symposium de Johannesburg en août 2002 sur le développement durable, une conférence à Nairobi au siège du PNUE du 29 janvier au 1er février 2003, à laquelle a participé le premier président Guy Canivet, a décidé la constitution de réseaux de juges au niveau régional et un colloque international a ensuite été réuni à Rome, les 9 et 10 mai 2003, à l'initiative des autorités judiciaires italiennes et du ministère italien de l'environnement pour constituer un réseau des juges européens du développement durable.

2. Institut Inter-régional des Nations Unies pour la recherche sur la criminalité et la justice (UNICRI)

Mme Elisabth Ponroy, conseiller à la chambre criminelle, et M. Régis de Gouttes, premier avocat général, ont reçu les 3 et 4 avril 2003 M. Alberto Bradini, directeur de UNICRI, dont le siège est à Turin, et M. Hugo Leone, consultant général, pour évoquer la présence française au sein de cet Institut.

3. Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD)

M. Régis de Gouttes, premier avocat général, a participé aux 62ème et 63ème sessions du CERD à Genève.

Au cours de la 62ème session (3-21 mars 2003), le comité a examiné la situation de quatorze Etats (dont le Maroc, la Tunisie, l'Arabie Saoudite, la Fédération de Russie, la Pologne, la Slovénie, la Côte d'Ivoire, l'Equateur), pour vérifier les conditions d'application dans ce pays de la convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1969. Il a, par ailleurs, été saisi de quatre plaintes individuelles, dont une contre la France (Nikolas Regerat et autres c/France), qui a été déclarée irrecevable. Enfin, il a adopté une déclaration générale sur la situation en Irak.

Au cours de sa 63ème session (4-22 août 2003), le CERD a examiné la situation de onze pays (dont l'Albanie, la Finlande, la Lettonie, la Norvège, le Royaume-Uni, la République tchèque, l'Iran, la République de Corée, la Bolivie). Il a fait application de la procédure d'action urgente et d'alerte rapide pour deux Etats : Israël et le Laos. Il a été saisi en outre de deux nouvelles plaintes individuelles, concernant le Danemark. Enfin, il a tenu une réunion de concertation avec un certain nombre de représentants des 169 Etats parties à la convention de 1969.

C. Autres organisations

1. Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)

La Cour de Cassation a accueilli pendant deux jours, les vendredi 25 avril et samedi 26 avril 2003, la 3e Réunion du Bureau de l'Association des Hautes Juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF).

La réunion a rassemblé, autour des présidents et premiers présidents des sept institutions membres du Bureau (Maroc, France, Canada, Sénégal, Cameroun, Albanie, Bénin), les autres chefs de Cours, et des représentants d'institutions invitées (Tribunal fédéral suisse, Cour suprême du Tchad, Agence intergouvernementale de la Francophonie).

La réunion a permis l'admission de nouveaux membres observateurs. Ainsi, l'Association, créée en mai 2001 par 36 Cours suprêmes, compte à présent, sous réserve de ratification par la prochaine assemblée générale, 44 membres, dont deux juridictions internationales d'Afrique. L'Europe y est représentée par 12 juridictions (Albanie, Bulgarie, France, Hongrie, Macédoine, Moldavie, Monaco, Pologne, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, Suisse). Il y a 4 juridictions d'Amérique et d'Asie (Canada, Haïti, Vanuatu, Cambodge). Les 28 autres juridictions forment le bloc de l'Afrique et du Moyen-Orient : Bénin, Burkina Faso, Burundi, Cameroun, Cap-Vert, Comores, Congo Brazzaville, République démocratique du Congo, Côte d'Ivoire, Égypte, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Équatoriale, Liban, Madagascar, Mali, Maroc, Maurice, Mauritanie, Niger, Rwanda, Sao Tomé et Principe, Sénégal, Tchad, Togo, OHADA, CEMAC.

Le Bureau a confirmé l'organisation à Marrakech en mai 2004 du premier Congrès de l'Association sur le thème "Le juge de cassation au XXI e siècle", de la première assemblée générale statutaire, et d'un séminaire sur les

nouvelles technologies.

La décision a été prise, par ailleurs, de créer une base de données de jurisprudence francophone des Cours suprêmes qui sera accessible par le site internet de l'Association (projet JURICAF). L'Agence intergouvernementale de la Francophonie et le Ministère de la Justice sont partenaires de ce projet, qui est mis en oeuvre par six cours pilotes.

L'Association a été représentée par son secrétaire général, en juin 2003, à Ottawa, au congrès de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF). Elle a participé à Paris aux échanges internationaux francophones de la Cour de cassation avec les membres des Cours suprêmes ou de cassation d'Albanie, Algérie, Bénin, Cameroun, Liban, Mali, Maroc, Tchad.

2. Colloque du Centre pour la démocratie

M. Roger Beauvois, président de chambre, a représenté la Cour de Cassation au colloque organisé à Washington les 23 et 24 mai 2003 par le Centre pour la démocratie.

Les sujets traités au cours de cette réunion où étaient rassemblés les membres des plus hautes juridictions de quatre-vingt pays, portaient sur la réaction judiciaire face au terrorisme, la lutte contre la corruption au sein du monde judiciaire, le rôle des associations dans la coopération judiciaire et les stratégies de gestion des affaires par les cours suprêmes.

Le premier sujet a donné lieu à des échanges, sur notamment la création de commissions militaires pour le jugement des détenus de la base de Guantanamo ainsi que sur l'opportunité de mettre en oeuvre des procédures spéciales applicables aux personnes poursuivies pour des actes de terrorisme.

Les exposés et interventions sur les autre sujets, moins passionnés, ont permis d'aborder des problèmes communs aux différents systèmes judiciaires et de comparer les solutions adoptées dans les divers pays participant au colloque.

III. CONFÉRENCES ORGANISÉES SUR LE DROIT EUROPÉEN ET INTERNATIONAL ET SUR LE DROIT COMPARÉ

a) Le 6 février 2003, conférence du professeur Patrick Glenn sur "la tradition juridique nationale" organisée avec la Société de législation comparée.

b) Le 26 mars 2003, plus de 250 personnes, dont Madame Noëlle Lenoir, Ministre des Affaires européennes et Monsieur Jean Foyer, ancien Garde des Sceaux, membre de l'Institut, représentant le Chancelier Monsieur Pierre Messmer, ont assisté, dans la Grand'chambre de la Cour de cassation, à l'inauguration du site (www.ucl.ac.uk/laws/global_law/cases/) organisé par l'Institute of Global Law de Londres et l'Institute of Transnational Law de l'Université du Texas sur les Grands arrêts français traduits en anglais sous la direction de M. Basil Markesinis, professeur à University College de Londres et membre de l'Académie britannique.

Au cours de cette manifestation, Lord Irvine of Lairg, The Lord High Chancellor of Great Britain, a prononcé l'allocution principale sur "Les législateurs, la liberté et le droit: une analyse comparée des systèmes juridiques anglais et français". Les chefs des juridictions anglaises, Lord Woolf of Barnes, Lord Chief Justice of England and Wales, Lord Phillips of Worth Matravers, Master of the Rolls, se sont aussi exprimés sur les aspects communs des deux systèmes juridiques et sur ce qui rapproche nos deux écoles de droit. M. Yves Guéna, président du Conseil constitutionnel, et M. Renaud Denoix de Saint Marc, vice-président du Conseil d'Etat, dont les décisions sont avec celles de la Cour de cassation, en ligne sur le site, ont salué l'initiative du professeur Markesinis qui permet une diffusion en anglais de la pensée juridique française. Le premier président Guy Canivet et le procureur général Jean-François Burgelin ont rappelé la nécessité du dialogue entre les cultures juridiques.

Le projet, formé il y a à peine un an, par le professeur Markesinis et le premier président Guy Canivet, est déjà un considérable succès avec plus de 150 000 connexions au site, et environ 21% d'utilisateurs aux Etats-Unis et 75% en Europe. A l'occasion de cette conférence, a été également annoncée la création à University college d'une charge d'enseignement au profit d'un conseiller à la Cour de cassation auquel Lord Woolf of Barnes a d'ores et déjà souhaité la bienvenue aux Royals Courts of Justice.

c) Le 13 mai 2003, conférence de M. George A. Bermann, professeur à la Columbia University School of Law (New-York), sur "Le droit comparé et le droit international : alliés ou ennemis ?" organisée avec la Société de législation comparée.

d) Le 23 juin 2003, un colloque sur l'arbitrage en Amérique Latine a été conjointement organisé par la Cour de cassation, le comité français de l'arbitrage, la Société de législation comparée et le comité brésilien de l'arbitrage.

e) Les 27 et 28 juin 2003, une conférence sur "La clause générale dans le droit européen des contrats" a été organisée avec l'association Henri Capitant et la Society of European Contract Law.

f) Le 14 octobre 2003, M. Jean-François Poudret, professeur honoraire à l'Université de Lausanne, a donné une conférence sur "L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé" organisée avec la Société de législation comparée et le soutien du Comité français de l'arbitrage et de l'Institut international pour l'arbitrage avec M. Philippe Fouchard, professeur émérite à l'Université de Paris II, discutant.

g) Le 23 octobre 2003, une conférence sur le thème "Le nouveau règlement automobile" organisée par l'association des juristes européens et son président, M. Marco Darmon, avec la participation de M. Christian Bourgeon, avocat au barreau de Paris, Mme Andrée Brunet, professeur à l'Université de Paris-Dauphine, M. Louis Vogel, avocat, professeur à l'Université de Paris II - Panthéon-Assas.

h) Les 14 et 15 novembre 2003, s'est tenu un colloque franco-britannique sur "Rendre compte de la qualité de la justice" organisé conjointement avec le British Institute of International and Comparative Law, l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice et la Société de législation comparée.

i) Le 18 novembre 2003, M. Jiri Malenovsky, juge à la Cour constitutionnelle de la République tchèque, a tenu une conférence organisée avec l'association Masaryk sur le thème des "Confiscations et droit à restitution en République tchèque".

j) Le 9 décembre 2003, conférence organisée avec la Société de législation comparée de M. Attila Harmaty, juge à la Cour constitutionnelle de Hongrie, "A propos des principes généraux du droit civil".

IV. MISSIONS DE MAGISTRATS ETRANGERS A LA COUR DE CASSATION

Cour suprême de la République algérienne démocratique et populaire
(du 12 au 23 mai 2003)

M. Nadir Biout, président de la chambre foncière

Mme Hakima Bourokba, présidente de section à la chambre criminelle
M. Mostifa Bouabedelah, conseiller à la chambre criminelle
M. Abdelkader Boukessissa, conseiller à la chambre des délits
M. Mohamed Lamouri, conseiller à la chambre sociale
M. Mouloud Mokdadi, avocat général.

(du 06 au 17 octobre 2003)

M. Bouabdallah Mokhtar, président de la chambre sociale
M. Belgrainet Hocine, conseiller à la chambre sociale
M. Benouis Mostefa, président de section à la chambre des délits
M. Bouziani Nadir, conseiller à la chambre civile
M. Belhouchet Ahmed, avocat général
M. Abdelaziz Amokrane, magistrat au département de la documentation.

Cour suprême du Maroc
(du 20 au 24 octobre 2003)

M. Abderrahman Mesbahi Aouam, conseiller à la Cour suprême
M. Mohammed Menkar Bennis, conseiller à la Cour suprême
Mme Fatimazahra Abdellaoui, conseillère à la Cour suprême
M. Khadija Ouzzani Touhami, avocat général à la Cour suprême
Mme Laila Benomar, commissaire judiciaire
M. Khadija Benkiran, commissaire judiciaire
M. Khalid Zaairat, commissaire judiciaire
M. Jamal Chotta, ingénieur d'application
M. Fatiha Diane, ingénieur d'Etat
Mme Habiba Labssir, rédactrice judiciaire.

Cour Suprême du Mali
(*du 17 au 28 novembre 2003)*

Mme Doumbia Niamoye Toure, présidente de chambre.

V. VISITES DE PERSONNALITÉS ET DÉLÉGATIONS ÉTRANGÈRES

Albanie
du 10 au 12 mars 2003

La Cour de cassation a invité Monsieur Thimjo Kondi, président de la Cour suprême d'Albanie, ainsi que Monsieur Artan Hoxha, juge de cette Cour. Ils ont participé aux travaux de la Cour de cassation en assistant notamment aux audiences de la première chambre civile et de la chambre criminelle. Ils ont également été reçus par l'Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Algérie
le 25 juin 2003

Madame Aberkane, vice-présidente du Conseil d'Etat algérien, a été reçue par M. Jean-François Burgelin, procureur général.

Allemagne
le 15 octobre 2003

Une délégation de magistrats de Rhénanie-Palatinat, conduite par le premier président de la Cour d'appel de Zweibrücken et la procureure générale, s'est entretenue avec M. Jacques Lemontey, président de la première chambre civile.

Autriche
les10 et 11 janvier 2003

Dr. Johann Rzeszut, président de la Cour suprême
Dr. Gustav Maier, président de chambre de la Cour suprême
Dr. Birgit Langer, présidente de chambre de la Cour suprême
Dr. Irmgrad Griss, juge à la Cour suprême
Dr. Andreas Reiner, avocat au Barreau de Vienne
ont été invités à l'audience solennelle de rentrée le 10 janvier 2003.

Une journée de travail a suivi, où ont été évoqués l'application du droit étranger et l'influence du droit comparé dans la jurisprudence, les effets des innovations sociales actuelles, surtout dues au développement technique, sur le travail de la justice et, enfin, les principes de la délimitation législative entre matières à caractère d'ordre public et à caractère dispositif. A ces travaux ont participé outre le premier président, M. Jacques Lemontey, président de la première chambre civile, et M. Roger Beauvois, président de chambre.

Bénin
du 22 septembre au 26 septembre 2003

Le président de la Cour suprême du Bénin, Monsieur Saliou Aboudou, le procureur général de la Cour suprême, Monsieur Nestor Dako, ainsi qu'une délégation de magistrats et de fonctionnaires de cette Cour composée de :

M. Saliou Aboudou, président de la Cour suprême du Bénin
Mme Edwige Boussari, président de la chambre judiciaire
M. Jean-Baptiste Monsi, conseiller à la chambre judiciaire
M. Victor D. Adossou, conseiller à la chambre administrative
M. Gilbert Comlan Ahouandjinou, secrétaire général
M. Nestor Dako, procureur général
M. Norbert Kassa, conseiller à la chambre de comptes
M. Etienne Marie Fifatin, assistant à la direction de documentation et d'études
Mme Françoise Tchibozo-Quenum, greffier en chef
Mme Madinath Virginie Lamarche-Bouraïma, responsable de la bibliothèque
M. Firmin Djimenou, président de la chambre des comptes
M. Honyo, chef de cabinet, responsable aux finances
M. Grégoire Alayé, président de la chambre administrative

ont effectué une visite de travail qui s'inscrivait dans le cadre du projet de réforme et du plan de formation de la Cour suprême du Bénin. Une convention de jumelage a été signée le jeudi 25 septembre 2003 pour mieux encadrer la coopération entre les deux hautes juridictions déjà établie au cours des années passées et qui avait été l'occasion de recevoir et d'associer aux activités de la Cour de cassation les membres de la Cour suprême du Bénin.

Cameroun
du 10 au 21 mars 2003

M. Moïse Flaubert Tcheptang et M. Aimé Noah Menounga, conseillers à Cour suprême, ont été reçus par le premier président.

Canada
le 11 janvier 2003

M. Martin Cauchon, ministre de la justice et procureur général du Canada
M. Paul Macklin député, secrétaire parlementaire du ministre de la Justice
Mme Chantal Proulx, conseillère en politique ministérielle

se sont entretenus avec le premier président de la coexistence et de la convergence des systèmes de Common Law et du droit civil.

le 3 avril 2003

M. Jean-François Burgelin, procureur général près la Cour de cassation, a reçu M. Daniel Bellemare, sous-procureur général adjoint du Canada.

le 18 novembre 2003

M. Marc Bellemare, ministre de la justice du Québec, a été reçu par le premier président.

Chine
le 23 septembre 2003

Mme Françoise Aubert, conseiller à la chambre commerciale a reçu M. Chen Jinchuan, président de chambre de la cour supérieure de Beijing, ainsi que Mme Li Shu Lai, M. Chen Xiong, M. Wang Baomin, M. Pan Eng, magistrats chinois, pour discuter de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises.

le 21 octobre 2003

M. Jean-François Burgelin, procureur général, et M. Jean-Pierre Dintilhac, conseiller à la deuxième chambre civile, ont reçu M. Huang Songyou, vice-président de la Cour suprême, M. Du Wanhua, premier vice-président, M. Chen Huajie, vice-président de la Haute Cour de Guangdong, M. Liu Yinchun, pour un entretien sur la charge de la preuve et le rôle du juge en matière civile.

Côte d'Ivoire
le 9 septembre 2003

M. Georges Amangoua, président de la chambre administrative de la Cour suprême de la République de Côte d'Ivoire, a été reçu par M. Roger Beauvois, président de chambre.

Egypte
le 12 juin 2003

Dr. Iskandar Ghattas, vice-ministre de la justice
M. Ali Le Sadek Osman, conseiller à la Cour de cassation
M. Haten Seifel Nasr, Ambassadeur d'Egypte en France
ont été reçus par le premier président et M. Régis de Gouttes, premier avocat général, représentant le procureur général.

Etats-Unis

les 8 et 9 juillet 2003

M. Stephen Breyer, Mmes Sandra Day O' Connor, Ruth Bader Ginsburg, juges à la Cour suprême, ont été reçus par le premier président, le procureur général, les premiers avocats généraux et les présidents de chambre.

les 15 et 16 septembre 2003

Le premier président a présenté la Cour de cassation aux juges américains participant au "Jackson Seminar", programme de formation organisé par l'International Judicial Academy.

Ex-Yougoslavie
le 16 septembre 2003

M. Jean-François Burgelin, procureur général, a reçu M. Meron, président du tribunal pénal international.

Iran
le 18 décembre 2003

M. Guy Canivet, premier président, M. Jean-François Burgelin, procureur général et les magistrats de la Cour ont reçu Mme Shirin Ebadi, prix Nobel de la paix, avocate et première femme à avoir accédé à la magistrature en Iran.

Japon
le 1er décembre 2003

M. Guy Canivet a reçu M. Takii Shigeo, conseiller à la Cour suprême du Japon.

Jordanie
le 6 juin 2003

M. Samed Al Raqqad, président de la Cour de cassation et du Conseil supérieur de la magistrature, M. Mansour Haddidi, directeur de l'Institut de formation des juges de Jordanie, ont été reçus par le premier président.

Londres
le 10 octobre 2003

M. Jonathan Spencer, directeur général du nouveau ministère des affaires constitutionnelles à Londres, a été reçu par M. Beauvois, président de chambre.

Maroc
du 22 au 24 avril 2003

M. Driss Dahak, premier président de la Cour suprême du Maroc
M. Mohamed Abdelmunïm El Mejboud, procureur général du Roi près la Cour suprême
M. Driss Mouline, président de chambre à la Cour suprême
M. Saâd Moummi, conseiller à la Cour suprême
M. Ahmed Ibourg, greffier en chef de la Cour suprême

ont été invités au titre de la convention de jumelage signée entre les deux Cours le 5 septembre 1995 encadrant les échanges entre magistrats et fonctionnaires de la Cour suprême marocaine et de la Cour de cassation dont les membres ont, au cours des dernières années, participé à des tables rondes à Rabat sur des sujets concernant entre autres la mondialisation, la protection des droits de l'homme et l'arbitrage ou la médiation.

La venue à Paris de la délégation marocaine a été l'occasion de discuter de l'organisation de la coopération entre les deux hautes juridictions pour les trois prochaines années. Le thème du développement durable qui, dans le cadre de l'activité juridictionnelle, se traduit par la recherche de l'efficacité de la justice et de la prise en compte des conséquences économiques et sociales des décisions, a été choisi comme axe prioritaire de la coopération à venir.

Une séance de travail sur les entreprises en difficulté, le contrôle de l'instruction par la chambre criminelle, la juridiction nationale de la libération conditionnelle et le droit pénal de l'environnement, a réuni avec la délégation M. Daniel Tricot, président de la chambre commerciale, Mme Renée Koering-Joulin, conseiller à la chambre criminelle, Mme Frédérique Agostini, conseiller référendaire à la chambre criminelle et M. Laurent Davenas, avocat général.

Les représentants de la Cour suprême du Maroc ont également été reçus au Sénat par M. Pierre Fauchon, vice-président de la commission des lois, Mme Paulette Brisepierre, sénatrice, présidente du groupe d'amitié France-Maroc, M. Robert Badinter, sénateur, et au Conseil constitutionnel par son président M. Yves Guéna, puis au Conseil d'Etat par M. Jean-Michel Belorgey, président

de la section du rapport et des études, ainsi qu'au Conseil supérieur de la Magistrature.

Pologne
le 20 janvier 2003

Madame Claire Favre, conseiller à la chambre commerciale, a reçu Mme Ewa Pisula-Dabrowska, juge au Tribunal de la Concurrence et des Consommateurs, et MM. Bogdan Gierzynski, et Andrzej Turlinski, juges à ce même tribunal, ainsi que Mme Malgorzata Krol-Bogomilska, membre de l'autorité polonaise de la concurrence.

Thaïlande
le 21 août 2003

Le premier président s'est entretenu avec M. Atthaniti Disatha-Amnarj, président de la Cour suprême, et MM.Sawai Jantasri, vice-président, L. Krairerk Kasemsant, juge en chef, Somchai Geschumpol, juge, Suphot Sangphrachakul, juge adjoint, Chiranit Havanond, secrétaire de la Cour suprême ainsi que M. Pongdej Wanichkittikul, juge en chef du bureau du président et M. Supornchai Rangdand, juge adjoint associé de la Cour suprême, M. Krit Garnjana-Goonchorn, Ambassadeur de Thaïlande en France, M.Viraphand Vacharathit, Ministre près de l'Ambassade, Mme Sawitree Sangjansomporn, premier secrétaire de l'Ambassade.

Ukraine
du 14 au 19 juin 2003

MM. Oleksii Kostusyev, président du Comité antimonopole de l'Ukraine, Yvan Chitskyi, juge de la Cour Suprême, Serguei Stefanovsy, commissaire d'Etat chargé des concentrations au Comité Antimonopole de l'Ukraine et Ganna Zlotnikova, Ksenia Tarassiuk, fonctionnaires de ce Comité, ont été reçus par Mme Carole Champalaune, conseiller référendaire à la chambre commerciale.

TABLE DES MATIÈRES

Composition de la Commission du rapport et des études de la Cour de cassation 3

Sommaire 4

PREMIÈRE PARTIE : SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES 5

Suivi des suggestions de réforme 6

Textes dont la modification est suggérée 9

Exposé des motifs 10

DEUXIÈME PARTIE : ÉTUDES ET DOCUMENTS 14

Discours prononcés lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire le vendredi 9 janvier 2004 par :

- Monsieur Jean-François BURGELIN,
Procureur général près la Cour de cassation 15

- Monsieur Guy CANIVET,
Premier Président de la Cour de cassation 24

1. Etudes sur le thème de l'égalité 33

I. L'égalité d'accès à la Cour de cassation
(par M. CANIVET) 34

II. L'égalité devant la chambre criminelle
(par M. PIWNICA) 49

III. L'égalité des salariés en droit du travail
(par M. BAILLY) 67

IV. L'égalité dans la procédure d'expropriation
(par M. CACHELOT et Mme BOULANGER) 81

V. L'égalité des opérateurs économiques dans l'exercice de la concurrence en droit interne
(par Mme CHAMPALAUNE) 93

VI. L'égalité des créanciers dans les procédures collectives
(par M. DELMOTTE) 106

VII. L'égalité des armes dans les enceinte judiciaires
(par M. DINTILHAC) 129

VIII. L'égalité en droit de la famille
(par M. GRIDEL) 151

IX. Le principe de l'égalité dans la jurisprudence de la chambre criminelle
(par M. SOULARD) 159

2. Etudes diverses 172

I. La jurisprudence récente de la chambre criminelle en matière de contrefaçon
(par Mme BEAUDONNET) 173

II. Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation
(par M. CÉDRAS) 186

III. Le délai de forclusion en matière de droit de la consommation
(par Mme GELBARD-LE DAUPHIN) 205

IV. L'évolution de l'immunité de juridiction des Etats étrangers
(par M. de GOUTTES) 218

V. La diffusion de la jurisprudence, mission du service public
(par M. LESUEUR de GIVRY) 236

TROISIÈME PARTIE : LA JURISPRUDENCE DE LA COUR . . . 247

Arrêts rendus en Assemblée plénière et en Chambre mixte 248
II. Le droit du travail et de la sécurité sociale 255

I. Aspects a dominante individuelle du droit du travail 258
A. Existence, contenu et formation du contrat de travail 258
Contenu du contrat de travail 258

B. Exécution du contrat de travail 260
1. Modification de la situation juridique de l'employeur 260

2. Modification du contrat de travail 261

3. Pouvoir de direction et responsabilité de l'employeur 263

4. Salaire 264
Primes et gratifications - Primes ou majoration de salaires en fonction des distances parcourues - Clause de rémunération de nature à compromettre la sécurité dans le transport routier - Illicéité . . . 264

C. Licenciements pour motifs inhérents à la personne 265
1. Licenciements disciplinaires 265

2. Autres causes de licenciement et mise en oeuvre de celui-ci . . . 268

D. Ruptures du contrat de travail pour motif économique - procédures collectives 272
1. Incidence du motif économique sur les droits du salarié 272

2. Incidence de la procédure collective sur les droits des salariés . 279

E. Rupture du contrat de travail 283

F. Règles spécifiques au contrat à durée déterminée 286

II. *Aspects collectifs du travail et questions de procédure* 291
II-1. Les relations collectives 292
A. Durée du travail 292
1. Heures d'équivalence 292

2. Travail effectif 293

3. Travail à temps partiel 294

B. Elections professionnelles 295
1. Comité d'entreprise et délégués du personnel 295

2. Contestations du processus électoral 296

3. Représentation des salariés 297

C. Statut collectif du travail 303
Accords collectifs 303

D. Conflits collectifs du travail 308
Grève - Droit de grève - Exercice - Effets - Dommages imminents - Prévention - Pouvoirs du juge des référés - Réquisition de salariés grévistes (non) 308

II-2. Procédure 308

III. *Sécurité sociale* 312
1. Accidents du travail et maladies professionnelles 312

2. Divers 317

III. **Le droit immobilier et l'urbanisme** 319

A. Copropriété 319
Prescription acquisitive abrégée sur les parties communes 319

B. Expropriation 320
Compatibilité du rôle actuel du commissaire du gouvernement auprès de la juridiction de l'expropriation dans la procédure d'indemnisation des expropriés avec l'article 6 alinéa 1er de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) 320

C. Baux 321
1. Bail - Règles générales - Résiliation - Effets - Différence avec la résolution - Portée 321

2. Réparations locatives et préjudice du bailleur 322

3. Dans quel délai peut être exercée l'action en contestation du montant d'un loyer initial fondée sur l'article 18 de la loi du 6 juillet 1989 ? 323
4. Commerces dépendants et statut des baux commerciaux 324

5. Bail commercial - Autorité de la chose jugée d'une ordonnance de référé ayant octroyé des délais de paiement 325

6. Liberté d'association et baux de locaux situés dans les centres commerciaux 326

7. Baux commerciaux : loyer binaire et droit d'option du bailleur 328

8. Bail rural - Statut du fermage et du métayage - Domaine d'application - Convention pluriannuelle de pâturage - Durée - Arrêté préfectoral - Carence - Effet 329

IV. Les activités économiques, commerciales et financières 331

A. Procédures collectives 331
1. Entreprise en difficulté - Organes de la procédure - Représentant des créanciers - Rémunération - Droit fixe - Conditions - Désignation comme liquidateur 331

2. Déclaration des créances ayant un caractère alimentaire 332

3. Déclaration des créances fiscales - Compétence respective du juge de l'impôt et du juge de la procédure collective 333

4. Déclaration de créance d'une commune 334

5. Déclaration de la créance bénéficiant du privilège spécial immobilier des copropriétaires 335

6. Saisie-attribution - Saisie conservatoire convertie en saisie-attribution - Avis à tiers détenteur 335

7. Résiliation de plein droit des contrats en cours 337

8. Action en rapport exercée contre le conjoint du débiteur - Conditions 338

9. Liquidation judiciaire d'une association - Absence de dissolution 339

10. Liquidation judiciaire et indivision 339

11. Responsabilité des organismes sociaux envers la collectivité des créanciers 340

12. Action en paiement des dettes de la société par les dirigeants - Transaction 342

13. Procédure - Intervention - Appel du débiteur dessaisi 342

14. Appel-nullité - Recevabilité - Candidat repreneur évincé - Cession de fonds de commerce 343

B. Droit des sociétés 344
1. Droit d'agir en justice - Société étrangère - Non-respect des exigences de la loi du 30 mai 1857 - Obstacle (non) 344

2. Apport partiel d'actif soumis au régime des scissions - Action en annulation - Prescription - Application de la prescription abrégée de six mois 344

3. Dirigeants sociaux - Responsabilité civile à l'égard des tiers - Faute séparable des fonctions - Notion 345

4. Assemblées générales - Délibérations - Annulation - Intérêt pour agir 345

5. Cession de droits sociaux - Pourparlers - Rupture fautive - Préjudice réparable - Perte d'une chance (non) - Cession à un tiers - Responsabilité du tiers - Conditions 346

6. Cession d'actions - Clause d'agrément - Application à une transmission par fusion - Absorption - Possibilité (oui) - Appréciation souveraine du sens et de la portée de la clause 346

7. Dissolution - Société en nom collectif - Révocation d'un gérant associé 347

C. Sûretés, cautionnement et garanties autonomes 347
1. Cautionnement - Recours avant paiement 347

2. Action Paulienne - Conditions - Antériorité de la créance - Créance existant en son principe - Action contre une caution - Exception - Faute du créancier à l'encontre du débiteur principal - Irrecevabilité . 348

3. Cautionnement - Article 2037 du Code civil - Article L. 621-96 du Code de commerce - Transfert des sûretés au cessionnaire 348

4. Cautionnement - Tacite reconduction du contrat garanti 349

5. Cautionnement - Preuve - Eléments extrinsèques 350

6. Cautionnement - Responsabilité du créancier envers la caution - Soutien abusif - Point de départ de délai de prescription 350

7. Cautionnement du solde débiteur d'un compte courant - Notion de remise 352

8. Cautionnement - Signature par la caution en une double qualité - Acte notarié 354

9. Cautionnement - Rapports entre cofidéjusseurs - Déclaration de créance 355

10. Cautionnement - Conditions de validité - Erreur sur la capacité commerciale du débiteur principal 355

11. Garantie à première demande - Contre-garantie et appel abusif . 356

12. Cautionnement - Obligation d'information de la caution - Article 48 de la loi du 1er mars 1984 devenu L. 313- 22 du Code monétaire et financier - Concours financier 357

D. Droit de la concurrence 358
1. Concurrence - Sanctions pécuniaires - Assiette de la sanction . . 358

2. Concurrence - Recours contre les décisions du Conseil de la concurrence - Recevabilité du pourvoi du ministre de l'économie 359

3. Concurrence - Pratiques restrictives 360

4. Concurrence déloyale - Clause de non-concurrence - Compétence 361

5. Concurrence - Pratiques anti-concurrentielle - Qualification - Pratique anticoncurrentielle constituée par l'exercice abusif d'un droit exclusif 362

E. Réglementation bancaire 368
1. Secret bancaire - Opposabilité du secret bancaire 368

2. Secret bancaire - Diffusion des renseignements figurant au dos du chèque 369

3. Secret bancaire - Portée à l'égard du client lui-même 370

F. Responsabilité bancaire 371
1. Chèque certifié et falsifié - Obligation générale de prudence et de diligence de la banque 371

2. Soutien abusif par personne interposée 372

3. Prescription quinquennale - Champ d'application 373

4. Responsabilité du commissaire aux comptes et préjudice subi par la caution 375

G. Cessions de créances professionnelles 376
1. Date d'opposabilité de la cession aux tiers 376

2. Production des bordereaux de cession de créance - Impossibilité matérielle 376

H. Propriété industrielle 377
1. Marques 377

2. Dessins et modèles 378

3. Nom commercial 379

I. Transports 380

1. Droit maritime - Abordage - Collision entre jet-skis - Application des règles de la responsabilité délictuelle (non) 380

2. Transports terrestres - Marchandises - Contrat de transport - Application de l'article L. 132-8 du Code de commerce 380

3. Transports terrestres - Marchandises - Contrat de transport - Action contre le transporteur - Prescription - décisions diverses 380

4. Transports terrestres - Marchandises - Responsabilité - Remise de la marchandise au destinataire - Expédition contre remboursement - Délivrance contre remise d'une lettre de change 381

5. Transports terrestres - Livraison - Définition - Remise à l'ayant droit 381

6. Transport maritime - Acconier - Responsabilité extracontractuelle - Dommage corporel - Prescription 381

7. Transports maritimes - Marchandises - Action du transporteur contre le destinataire - Dommage subi lors de l'accostage - Origine - Contrat de transport - Effets 382

8. Transports aériens - Lettre de transport aérien - Mention - Transporteur - Signature ou timbre - Recherche nécessaire 382

J. Vente 383
1. Vente au déballage - Qualification 383

2. Vente - Délivrance - Inexécution - Chose non conforme 383

3. Vente parfaite - Usages 384

4. Contrat d'entreprise - Contrat de déménagement - Différence avec le contrat de transport 384

K. Impôts et taxes 384
1. Impôts et taxes - Recouvrement (règles communes) - Juge de l'exécution - Compétence - Taxe sur la valeur ajoutée - Obligation de payer - Existence (non) 384

2. Enregistrement - Droits de mutation - Société - Dispositions générales - Apport - Exonération - Conservation des titres - Rupture - Réduction du nominal 385

3. Enregistrement - Droits de mutation - Mutation à titre gratuit - Succession - Passif déductible - Dettes du défunt - Intérêts de retard imputables aux ayants droit 385

4. Enregistrement - Droits de mutation - Mutation à titre onéreux de meubles - Cession de bail - Conventions visées - Crédit-bail immobilier - Cession 387

5. Enregistrement - Droits de mutation - Mutation de jouissance - Bail d'immeuble - Publicité foncière - Conventions visées - Crédit-bail immobilier 387

6. Enregistrement - Taxe sur les conventions d'assurance - Convention imposable - Assiette - Prime - Majoration pour paiement fractionné 388

7. Enregistrement - Impôt de solidarité sur la fortune - Biens professionnels - Société par actions - Fonctions - Rémunération - Seuil de moitié - Conditions - Fonctions exercées au 1er janvier de l'année d'imposition 388

8. Enregistrement - Impôt de solidarité sur la fortune - Biens professionnels - Société par actions - Fonctions - Nomination - Régularité - Nécessité 389

L. Protection des consommateurs 391
1. Crédit à la consommation - Défaillance de l'emprunteur - Action - Délai de forclusion - Point de départ - Ouverture de crédit reconstituable - Date de la première échéance impayée non régularisée - Portée 391

2. Surendettement - Décision de la commission - Recours - Principe de la contradiction 392

M. Quasi-contrats 393
Stipulation pour autrui - Bénéficiaire - Détermination - Critères 393

N. Sous-traitance 394
Actions directe - Assiette 394
O. Groupement d'intérêt économique 394
Objet - Exercice d'une activité interdite aux membres du groupement - Possibilité (non) 441

P. Bourse de valeurs 394
Marché à terme - Responsabilité des intermédiaires - Non-respect de l'obligation de couverture - Possibilité pour le donneur d'ordre de s'en prévaloir (non) 395

Q. Instruments de paiement 396
Chèque - Envoi par lettre simple - Responsabilité du tireur 396

V. **La responsabilité civile et les assurances** 398

A. La responsabilité civile 398
1. La responsabilité civile délictuelle ou quasi-délictuelle 398

2. Responsabilité contractuelle 410

3. Indemnisation des victimes d'infractions 412

4. Préjudice 412

B. Les assurances 414
1. Prescription biennale - Action dérivant du contrat d'assurance -Action du vendeur bénéficiant d'une clause de réserve de propriété . . . 414

2. Assurance de personnes - Accidents corporels - Accident ou maladie - Indemnité - Caractère indemnitaire - Condition 415

3. Assurance obligatoire des véhicules - Assurance responsabilité - Garantie - Limitation fixée par la police - Utilisation du véhicule - Déplacements privés - Accident causé par un préposé au cours d'un déplacement professionnel - Employeur assuré pour l'utilisation d'un véhicule par un préposé - Effet 416

4. Assurance construction - Étendue de la garantie de l'assureur et obligation de renseignement pesant sur celui-ci 417

5. Assurances construction - Affectation de l'indemnité versée par l'assureur - dommages ouvrage 419

VI. La procédure civile et l'organisation des professions 421

A. Procédure civile 421
1. Séparation des pouvoirs - Compétence du juge judiciaire pour ordonner en cas de voie de fait la démolition d'un ouvrage public 421

2. Fin de non-recevoir - Définition - Clause instituant un préalable obligatoire de conciliation 421

3. Pourvoi sans représentation obligatoire - Nécessité d'une lettre recommandée - Irrecevabilité du pourvoi formé par lettre simple "suivie" 422

4. Procédure de la mise en état - Conseiller de la mise en état - Ordonnance de la mise en état - Voies de recours - Déféré - Excès de pouvoir 423

5. Demande reconventionnelle ou défense au fond - Qualification indifférente - Obligation du juge - Réponse au fond 424

6. Procédures civiles d'exécution - Mesures d'exécution forcée - Saisie-

attribution - Créance saisie - Saisie portant sur les fonds déposés par un avocat sur le compte de la CARPA 425

7. Conflit de lois - Responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle - Loi applicable - Loi du lieu du fait dommageable 427

B. Etrangers 428
Maintien en rétention administrative - Information de l'étranger, durant sa garde à vue, de l'infraction sur laquelle porte l'enquête - Mention nécessaire dans le procès-verbal 428

C. Organisation des professions 429
Avocat - Conseil de l'Ordre - Pouvoir réglementaire - Limites . 429

VII. Le droit pénal et la procédure pénale 431

A. Action civile 431
1. Recevabilité 431

2. Procédure 433

3. Appréciation du préjudice 433
4. Articulation avec l'article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale 434

B. Action publique 435
1. Extinction 435

2. Mise en mouvement 437

C. Cassation 439
1. Pourvoi 439

2. Juridiction de renvoi - Pouvoirs 440

D. Circulation routière 442

E. Contrôle judiciaire et détention provisoire 443
1. Contrôle judiciaire - Obligations 443

2. Détention provisoire 444

F. Cour d'assises 447
1. Composition de la cour d'assises 447

2. Procédure antérieure aux débats 448

3. Débats 448

4. Appel des décisions 450

5. Désignation de la cour d'assises pour statuer en appel 450

6. Cour d'assises statuant en appel 451

7. Délibération sur la peine 452

8. Audience civile 453

G. Droit pénal spécial 453
1. Atteintes à la personne humaine 453

2. Atteintes aux biens 457

3. Atteintes à la confiance publique : faux 458

H. Droit pénal, économique et financier 460
1. Abus de confiance 460

2. Chèque 461

3. Douanes 461

4. Droit communautaire 464

5. Fraudes et falsifications 467

6. Impôts et taxes 469

7. Législation sur les sociétés - Abus de biens sociaux 469

8. Manquements au devoir de probité 472

9. Réglementation économique 473

I. Enquête et instruction 474
1. Officier de police judiciaire 474

2. Examen technique 475

3. Garde à vue 475

4. Crimes et délits flagrants 476

5. Dessaisissement du juge d'instruction 476

6. Commission rogatoire 477

7. Annulation d'actes de la procédure 479

8. Règlement de la procédure 480

9. Perquisitions et saisies 480

10. Expertise 481

11. Ecoutes téléphoniques 482

12. Chambre de l'instruction 482

J. Extradition 485

K. Juridictions correctionnelles et de police 485
1. Appel correctionnel et de police 485

2. Composition 487

3. Pouvoirs de requalification (conditions) 487

4. Débats 487

5. Jugements et arrêts par défaut 489

6. Difficultés d'exécution. 490

L. Peines et mesures à caractère pénal 492
1. Interdiction du territoire français 492

2. Interdiction d'exercer une activité professionnelle 493

3. Sursis 494

4. Exécution des peines 495

M. Presse 496
1. Diffamation contre un citoyen chargé d'un service public 496

2. Diffamation raciale 497

3. Injure et diffamation commises par le réseau internet 497

4. Diffamation envers les corps constitués 498

5. Preuve de la vérité des faits diffamatoires 498

6. Procédure 498

N. Réexamen 499

O. Révision 499

P. Responsabilité pénale 500
1. Responsabilité pénale en matière de délits non intentionnels . . . 500

2. Responsabilité pénale des personnes morales 500

3. Cause d'irresponsabilité pénale 501

4. Imputabilité 501

Q. Travail 502
1. Inspecteurs du travail 502

2. Entrave 503

3. Champ d'application du Code du travail 506

4. Refus d'embauche 507

5. Accident de travail 507

6. Conditions de travail 508

7. Responsabilité civile du président du conseil d'administration d'une société 508

R. Visites domiciliaires 509

VIII. L'application du droit communautaire et du droit international 510

A. Droit communautaire 510

B. Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales 510
1. Article 2 : droit à la vie 510

2. Article 5 : droit à la liberté et à la sûreté 510

3. Article 6 : droit à un procès équitable 511

4. Article 10 : liberté d'expression 516

5. Protocole additionnel : droit d'ester en justice 517

C. Conflit de juridiction 518
Compétence internationale - Immunité de juridiction - Etats étrangers - Contrat de travail - Exclusion - Acte de gestion 518

D. Arbitrage international 520
Exequatur des sentences arbitrales - Juge compétent 520

QUATRIÈME PARTIE : L'ACTIVITÉ DE LA COUR 524

I. Statistiques de l'année 2003 525

II. Évolution du stock et de la durée des affaires civiles et pénales au cours des dix dernières années 532

III. Appréciation par chambre de l'activité de la Cour 541

IV. Les avis de la Cour 554

V. Le service de documentation et d'études de la Cour de cassation 558

VI. Activité de la commission nationale de réparation des détentions 569

VII. Activité de la commission de révision des condamnations pénales 583

VIII. Commission de réexamen d'une décision consécutif à un arrêt CEDH 587

IX. Activité de la juridiction nationale de la libération conditionnelle 590

X. Activité du bureau d'aide juridictionnelle 596

XI. Relations internationales 599

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 2003 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 l'égalité. Abordant ce thème sous ses aspects les plus divers, elles évoquent successivement :

- L'égalité d'accès à la Cour de cassation
- L'égalité devant la chambre criminelle
- L'égalité des salariés en droit du travail
- L'égalité dans la procédure d'expropriation
- L'égalité des opérateurs économiques dans l'exercice de la concurrence en droit interne
- L'égalité des créanciers dans les procédures collectives
- L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires
- L'égalité en droit de la famille
- Le principe d'égalité dans la jurisprudence de la chambre criminelle

D'autres études, n'entrant pas dans le thème commun, portent sur des sujets variés :

- La jurisprudence récente de la chambre criminelle en matière de contrefaçon
- Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation
- Le délai de forclusion en matière de droit de la consommation
- L'évolution de l'immunité de juridiction des Etats étrangers
- La diffusion de la jurisprudence, mission de service public

Le Rapport présente en outre, pour l'année 2003, de manière détaillée, l'ensemble de l'activité de la Cour de cassation ainsi que des juridictions et commissions instituées auprès d'elle.

En couverture: La façade de la Cour de cassation

Prix : 25€
Imprimé en France
DF 57379-5
ISBN 2-11-005598-7
La Documentation française
29-31 quai Voltaire
75344 Paris Cedex 07
Tél. : 01 40 15 70 00
Télécopie : 01 40 15 72 30

9 782110 055989