

RAPPORT ANNUEL 2011

Le risque

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.

CODE DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE

Article R. 431-9 (décret n°2008-522 du 2 juin 2008) :

Il est fait rapport annuellement au président de la République et au garde des sceaux, ministre de la justice, de la marche des procédures et de leurs délais d'exécution.

Article R. 431-10 (décret n°2008-522 du 2 juin 2008) :

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 leur 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 1^{er} juillet 1992, complétés par la loi du 3 janvier 1995, 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, 2012

Direction artistique : A.D.N. Agence Drôlement Nécessaire

ISBN : 978-2-11-008855-0

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

Présidence

- M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation
- M. Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation

Première chambre civile :

- M. Christian Charruault, président de chambre
- Mme Cécile Petit, premier avocat général

Deuxième chambre civile :

- M. Dominique Loriferne, président de chambre
- M. Gilbert Azibert, premier avocat général

Troisième chambre civile :

- M. Franck Terrier, président de chambre
- M. André Gariazzo, premier avocat général

Chambre commerciale :

- Mme Claire Favre, président de chambre
- M. Laurent Le Mesle, premier avocat général

Chambre sociale :

- M. Alain Lacabarats, président de chambre
- M. Alain Legoux, premier avocat général

Chambre criminelle :

- M. Bertrand Louvel, président de chambre
- M. Christian Raysseguier, premier avocat général

Service de documentation, des études et du rapport :

- M. Daniel Tardif, président de chambre

Secrétariat général :

- Mme Marie-Pierre Lanoue, auditeur

Sommaire

COMPOSITION DE LA COMMISSION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES DE LA COUR DE CASSATION	3
PREMIÈRE PARTIE SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES	7
DEUXIÈME PARTIE DISCOURS	59
TROISIÈME PARTIE ÉTUDE	75
AVANT-PROPOS, par M. Jacques Moury.....	77
LE RISQUE	111
QUATRIÈME PARTIE JURISPRUDENCE DE LA COUR	377
CINQUIÈME PARTIE ACTIVITÉ DE LA COUR.....	519
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	647



PREMIÈRE PARTIE

**SUGGESTIONS
DE MODIFICATIONS
LÉGISLATIVES OU
RÉGLEMENTAIRES**

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

I – PROPOSITIONS DE RÉFORME EN MATIÈRE CIVILE

Le comité de suivi, composé des membres du bureau de la Cour de cassation ainsi que du directeur des affaires civiles et du sceaue, s'est réuni le 13 janvier 2012 afin, d'une part, d'examiner les suites réservées aux propositions de réforme des dispositions de nature législative et réglementaire en matière civile figurant dans les précédents *Rapports annuels* et, d'autre part, d'évoquer les propositions nouvelles de la Cour de cassation.

A – Suivi des suggestions de réforme

Droit des assurances

Modification des règles de prescription 1

À sept reprises depuis 1990, les *Rapports annuels* ont soulevé la question de la suspension du délai de prescription pendant la durée des pourparlers avec l'assureur. La difficulté tient au fait que, dès lors que des pourparlers s'engagent avec l'assureur, ou que se met en œuvre une procédure de médiation dans des conditions prévues au contrat, l'assuré ne peut concevoir que la prescription puisse courir pendant qu'ils se déroulent; aussi, les assurés n'utilisent pas la procédure d'interruption de la prescription par lettre recommandée avec accusé de réception. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a suggéré, dès 1990, qu'il soit précisé par la loi que l'existence de pourparlers entre l'assureur et l'assuré ou l'ouverture d'une proposition de médiation suspendent la prescription aussi longtemps qu'ils durent.

Il convient d'ajouter que la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale prévoit, pour sa part, en son article 8, que « les États membres veillent à ce que les parties qui choisissent la médiation pour tenter de résoudre un litige ne soient pas empêchées par la suite d'entamer une procédure judiciaire ou une procédure d'arbitrage concernant ce litige du fait de l'expiration des délais de prescription pendant le processus de médiation ».

Le *Rapport 2008* constatait que la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 avait modifié l'article 2238 du code civil afin de prévoir que le délai de prescription est suspendu à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation, ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion ou de médiation ou de conciliation. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle la médiation ou la conciliation est terminée. La loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 a également pris en compte la conclusion d'une convention de procédure participative.

1. *Rapport 1990*, p. 17; *Rapport 1996*, p. 21; *Rapport 1997*, p. 11; *Rapport 2001*, p. 17; *Rapport 2002*, p. 14; *Rapport 2007*, p. 9; *Rapport 2008*, p. 9; *Rapport 2009*, p. 9; *Rapport 2010*, p. 9.

Il était cependant relevé que ce texte n'avait pas envisagé l'hypothèse où les parties, sans recourir formellement à une procédure de médiation ou de conciliation, entament des pourparlers. Aussi était-il toujours proposé de modifier ainsi qu'il suit la rédaction de l'article L. 114-2 du code des assurances :

« La prescription est interrompue par une des causes ordinaires d'interruption de la prescription.

Elle l'est aussi par la désignation d'un expert, à l'initiative de l'une des parties, à la suite d'un sinistre, jusqu'à la notification à l'assuré du rapport d'expertise, ainsi qu'en cas de pourparlers entre l'assuré et l'assureur jusqu'à la notification de leur fin par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Elle peut l'être, en outre, par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception adressée par l'assureur à l'assuré en ce qui concerne l'action en paiement de la prime et par l'assuré à l'assureur en ce qui concerne le règlement de l'indemnité. »

Le directeur des affaires civiles et du sceau a fait savoir que si, sur le fond, cette proposition était intéressante, il n'y avait pas été donné suite dans la mesure où demeure la difficulté de déterminer le point de départ des pourparlers, dont la nature informelle s'accorde mal avec la nécessité de pouvoir déterminer avec précision la date à compter de laquelle le cours de la prescription serait suspendu.

Procédure civile

Modification de l'article 424 du code de procédure civile²

La suggestion d'ajouter un alinéa second à l'article 424 du code de procédure civile, destiné à élargir en toute matière et pour tous les recours la solution posée par l'article L. 661-8 du code de commerce (ancien article L. 623-8 dudit code) réservant au seul ministère public le pourvoi en cassation pour défaut de communication de certaines procédures en matière commerciale, n'a pas encore été reprise. Cette proposition, qui ne requiert pas l'accord du directeur des affaires civiles et du sceau, est à mettre en relation avec une proposition nouvelle de réforme de l'article 600 du code de procédure civile.

Abrogation du dernier alinéa de l'article L. 261-11 du code de la construction et de l'habitation³

Cette proposition avait été formulée dans le *Rapport* 2002, mais non reprise par la suite. La persistance des difficultés observées du fait de l'absence d'abrogation a conduit le bureau de la Cour à en réintroduire la suggestion en 2006.

La mesure préconisée a été prise en compte par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

2. *Rapport* 2004, p. 14 ; *Rapport* 2010, p. 10.

3. *Rapport* 2006, p. 13 ; *Rapport* 2010, p. 11.

Droit de la construction

Abrogation de l'article 1792-4 du code civil⁴

La suggestion d'abroger, en raison de son imprécision et de son faible intérêt, l'article 1792-4 du code civil qui définit les éléments d'équipement entraînant la responsabilité solidaire (habituellement appelés EPERS) n'a pas été suivie d'effet. Le directeur des affaires civiles et du sceau a manifesté son intérêt pour cette proposition mais a indiqué que la réunion du groupe de travail qui devait envisager cette question, conjointement avec le ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement et les professionnels concernés, n'avait pu être organisée.

Baux d'habitation

Modification de l'article 15 I de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989⁵

Ce texte prévoit la possibilité d'un délai de préavis réduit à un mois en faveur des bénéficiaires du revenu minimum d'insertion (RMI). Il a été proposé dans les *Rapports* 2009 et 2010 d'étendre cette disposition aux bénéficiaires du revenu de solidarité active (RSA).

La mesure préconisée a été prise par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

Modification de l'article 17 c de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 relatif à la réévaluation du loyer manifestement sous-évalué au moment du renouvellement du bail⁶

Il a été proposé dans les *Rapports* 2009 et 2010 de prévoir des dispositions favorables aux locataires âgés aux ressources modiques du type de celles que prévoit l'article 15 III de la même loi en matière de congé, avec la même contre-exception en faveur du bailleur âgé ou dont les ressources sont également modestes. Il a ainsi été suggéré d'ajouter, à la suite du dernier alinéa de l'article 17 c :

« Ces dispositions ne sont pas opposables au locataire âgé de plus de 70 ans et dont les ressources annuelles sont inférieures à une fois et demie le montant annuel du salaire minimum de croissance, sans qu'un logement correspondant à ses besoins et à ses possibilités lui soit offert dans les limites géographiques prévues à l'article 13 *bis* de la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948.

Toutefois, les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsque le bailleur est lui-même une personne physique âgée de plus de 60 ans ou si ses ressources annuelles sont inférieures à une fois et demie le montant annuel du salaire minimum de croissance.

4. *Rapport* 2007, p. 17 ; *Rapport* 2008, p. 12 ; *Rapport* 2009, p. 12 ; *Rapport* 2010, p. 11.

5. *Rapport* 2009, p. 15 ; *Rapport* 2010, p. 12.

6. *Rapport* 2009, p. 15 ; *Rapport* 2010, p. 12.

L'âge du locataire et celui du bailleur sont appréciés à la date d'échéance du contrat ; le montant de leurs ressources est apprécié à la date de notification de la proposition du nouveau loyer. »

Cette suggestion n'a pas été suivie d'effet. Le directeur des affaires civiles et du sceau s'est déclaré défavorable à cette proposition qui, selon lui, pourrait dissuader les bailleurs sociaux de donner à bail à des locataires âgés.

Copropriété

Conditions dans lesquelles un juge peut habiliter un copropriétaire à l'effet de convoquer une assemblée générale⁷

Certaines affaires examinées par la Cour de cassation (par exemple, 3^e Civ., 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-19.870) font apparaître que le législateur, tout en recherchant un mode de traitement simplifié et rapide de telles demandes, a omis d'aligner l'article 50 du décret n° 67-223 du 17 mars 1967 sur d'autres textes relatifs au droit de la copropriété prévoyant une saisine du juge en la forme des référés et, donc, avec des pouvoirs de juge du fond pour le règlement de certains incidents.

C'est manifestement la forme de saisine qui s'impose pour l'habilitation à convoquer une assemblée générale, de sorte qu'il a été suggéré de dire à l'article 50 susvisé que le président est saisi et statue non pas en matière de référé (ce qui implique que le juge n'a pas d'autres pouvoirs que ceux d'un juge des référés et peut ainsi rejeter une demande en cas de contestation sérieuse), mais *comme* en matière de référé.

La direction des affaires civiles et du sceau indique avoir saisi la commission relative à la copropriété qui vient d'émettre un avis défavorable à cette proposition. L'expertise doit donc se poursuivre au sein de la direction.

Expropriation

Modification des articles R. 13-41 et R. 13-42 du code de l'expropriation relatifs aux notifications⁸

À l'occasion de l'examen d'une affaire (3^e Civ., 17 juin 2009, pourvoi n° 08-11.930, *Bull.* 2009, III, n° 145) est apparu un problème d'articulation entre les articles R. 13-41 et R. 13-42 du code de l'expropriation sur les notifications. Pour résoudre cette difficulté, la rédaction suivante a été suggérée :

7. *Rapport* 2009, p. 16 ; *Rapport* 2010, p. 12.

8. *Rapport* 2009, p. 16 ; *Rapport* 2010, p. 13.

« Article 1^{er} »

L'article R. 13-41 du code de l'expropriation est remplacé par les dispositions suivantes :

“La notification des jugements et arrêts aux parties et au commissaire du gouvernement se fait conformément aux dispositions des articles 675 et suivants du code de procédure civile.

Les autres notifications prévues par le présent chapitre sont faites par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par acte extrajudiciaire. Elles peuvent être valablement faites aux représentants des parties.

Lorsque la notification du mémoire du demandeur a été faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et n'a pas touché son destinataire, il y est procédé à nouveau par acte extrajudiciaire.”

Article 2

L'article R. 13-42 du code de l'expropriation est abrogé. »

Cette suggestion, qui a été retenue par le gouvernement, sera prise en compte à l'occasion de la recodification prochaine du code de l'expropriation entreprise sur la base de l'article 197 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

Actions possessoires

Suppression des actions possessoires⁹

Les *Rapports* 2009 et 2010 relevaient que les propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens incluaient notamment la suppression des actions possessoires et, corrélativement, du principe du non-cumul du pétitoire et du possessoire. Les multiples difficultés nées de l'application de ce principe et l'efficacité des procédures de référé actuelles permettent légitimement de justifier la suppression suggérée, la protection du trouble causé par une voie de fait relevant des attributions du juge des référés et le tribunal de grande instance statuant au fond sur le litige de propriété proprement dit.

Le directeur des affaires civiles et du sceau, qui s'est dit favorable à cette proposition, a cependant précisé que celle-ci avait fait l'objet d'un amendement, déposé par le gouvernement, au projet de loi relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement des procédures juridictionnelles, que le Sénat a repoussé.

9. *Rapport* 2009, p. 17 ; *Rapport* 2010, p. 13.

Contrat de travail

***Protection des conseillers prud'hommes*¹⁰**

Il a été suggéré à quatre reprises dans les *Rapports annuels* de modifier les dispositions de l'article L. 514-2 du code du travail (désormais L. 1442-19) pour clarifier la durée de la protection du conseiller prud'homme salarié et préciser les conséquences d'un licenciement prononcé en méconnaissance de son statut.

Cette suggestion n'a pas été suivie d'effet. Elle apparaît d'autant plus nécessaire que, par trois arrêts rendus le 22 septembre 2010 (pourvoi n° 08-45.227, *Bull.* 2010, V, n° 190; pourvoi n° 09-40.968, *Bull.* 2010, V, n° 191; pourvoi n° 09-41.173, *Bull.* 2010, V, n° 192), la chambre sociale de la Cour a jugé que la protection des conseillers prud'hommes court à compter de la proclamation des résultats des élections le lendemain du jour du scrutin prévue à l'article D. 1441-162 du code du travail, indépendamment de la publication de la liste des conseillers élus au recueil des actes administratifs de la préfecture du département, prévue à l'article D. 1441-164 du code du travail. C'est pourquoi il serait des plus opportuns qu'il soit fait obligation au salarié élu d'informer son employeur de l'existence de son mandat au plus tard au moment de l'entretien préalable pour éviter à celui-ci de prononcer, en toute bonne foi, un licenciement en méconnaissance de son nouveau statut.

Le directeur des affaires civiles et du sceau s'est déclaré favorable à cette proposition et a indiqué en avoir saisi son homologue chargé des relations du travail le 4 novembre 2011.

***Retenues sur salaires des cadres au forfait en jours pour faits de grève de moins d'une journée ou demi-journée*¹¹**

Il était proposé, dans les *Rapports* 2008 et 2010, de préciser quel devait être, à défaut d'accord collectif, le mode de décompte des arrêts de travail et retenues pour fait de grève non comptabilisables en journée ou demi-journée applicable aux cadres soumis à une convention de forfait en jours. Il était suggéré d'intégrer dans le code du travail la solution adoptée sur ce point par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 13 novembre 2008 (pourvoi n° 06-44.608, *Bull.* 2008, V, n° 211) en ces termes : « En l'absence de disposition, sur ce point, de l'accord collectif, la retenue opérée résulte de la durée de l'absence et de la détermination, à partir du salaire mensuel ou annuel, d'un salaire horaire tenant compte du nombre de jours travaillés prévus par la convention de forfait et prenant pour base, soit la durée légale du travail si la durée du travail applicable dans l'entreprise aux cadres soumis à l'horaire collectif lui est inférieure, soit la durée du travail applicable à ces cadres si elle est supérieure à la durée légale. » Il était en outre proposé, dans ces conditions, de modifier l'article L. 212-15-3 III, devenu L. 3121-45, du code du travail afin de prévoir que l'accord collectif instituant les conventions de forfait en jours devrait comporter les modalités de décompte des absences non comptabilisables en journée ou demi-journée et qu'à défaut d'accord l'employeur devrait utiliser un mode de décompte défini réglementairement.

10. *Rapport* 2007, p. 14; *Rapport* 2008, p. 12; *Rapport* 2009, p. 11; *Rapport* 2010, p. 14.

11. *Rapport* 2008, p. 16; *Rapport* 2010, p. 14.

La direction des affaires civiles et du sceau a souligné que cette mesure relevait à titre principal de la direction générale du travail. Elle a précisé que cette administration était réservée sur la proposition, considérant que la matière relevait de la négociation entre partenaires sociaux.

Rupture du contrat de travail conclu avec un agent de sécurité en cas de retrait de son agrément par l'autorité administrative¹²

Une espèce jugée le 25 mars 2009 (Soc., 25 mars 2009, pourvoi n° 07-45.686, *Bull.* 2009, V, n° 86) a révélé une difficulté à ce sujet : la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 prévoit la rupture de plein droit du contrat de travail de l'agent de sécurité lorsque l'autorité administrative lui retire son agrément ; mais, lorsque cette décision de retrait est ensuite rapportée, le licenciement notifié par application de la loi devient sans cause réelle et sérieuse et l'employeur est condamné. Ce dernier n'a alors pour seule ressource que d'engager la responsabilité éventuelle de l'État. Inversement, si la décision de retrait survient après qu'une décision irrévocable est intervenue à propos du licenciement, pour le dire justifié par hypothèse, c'est cette fois le salarié qui est pénalisé puisqu'il aura perdu son emploi sans indemnisation alors que cela n'aurait pas dû avoir lieu.

Les *Rapports* 2009 et 2010 proposaient de résoudre ces difficultés en ajoutant à l'article 6 de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 un alinéa prévoyant qu'en cas de recours contre la décision administrative de retrait d'agrément le contrat de travail est suspendu, en précisant peut-être, par cohérence, au premier alinéa, que la rupture de plein droit du contrat de travail est acquise au terme du délai de recours. Une telle précision éviterait de plonger les employeurs dans la difficulté, et d'engager ensuite la responsabilité de l'État (mais il est vrai qu'elle vient contrarier le principe de l'exécution immédiate des décisions administratives).

Cette suggestion, qui n'a pas encore été suivie d'effet, relève également, selon la direction des affaires civiles et du sceau, de la direction générale du travail et nécessiterait une expertise plus approfondie élargie à d'autres salariés, comme les personnels des casinos ou les assistantes maternelles.

Information des salariés quant au transfert de leur contrat de travail par application de l'article L. 1224-1 du code du travail (anciennement L. 122-12) en l'absence de représentants du personnel dans l'entreprise : transposition de la Directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, article 7, alinéa 6 (elle-même ayant repris une précédente Directive 98/50/CE du Conseil, du 29 juin 1998)¹³

La Directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, dispose que « les États membres prévoient que, au cas où il n'y aurait pas dans une entreprise ou un établissement de représentants des travailleurs pour des motifs indépendants de leur volonté, les travailleurs concernés doivent être informés préalablement :

- de la date fixée ou proposée pour le transfert ;

12. *Rapport* 2009, p. 17 ; *Rapport* 2010, p. 15.

13. *Rapport* 2009, p. 18 ; *Rapport* 2010, p. 15.

- du motif du transfert ;
- des conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert pour les travailleurs ;
- des mesures envisagées pour les travailleurs ».

Ce texte n'a pas été transposé. Notre droit interne ne fixe pas d'obligation d'information de la part de l'employeur dans un tel cas de figure. La chambre sociale a jugé en section (Soc., 18 novembre 2009, pourvois n° 08-43.397 et n° 08-43.398, *Bull.* 2009, V, n° 256) que les conditions d'une application directe n'étaient pas réunies. Les *Rapports* 2009 et 2010 soulignaient qu'il serait souhaitable que le droit interne se mette en conformité avec les exigences communautaires.

Cette proposition n'a pas encore été suivie d'effet. La direction générale du travail, en charge de la transposition, chercherait un vecteur adéquat.

Droit à congés payés des salariés : transposition de la Directive 93/104/CE, du 23 novembre 1993, article 7, remplacée depuis le 2 août 2004 par la Directive 2003/88/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003¹⁴

L'article L. 3141-3 du code du travail réserve le droit à un congé payé au salarié qui justifie avoir travaillé chez le même employeur pendant un temps équivalent à un minimum de dix jours de travail effectif. Or un arrêt rendu le 20 janvier 2009 par la Cour de justice des Communautés européennes (affaires n° C-350/06 et C-520/06), statuant sur le cas d'un salarié qui se trouvait depuis plus d'un an en congé pour maladie, a exclu que le droit à un congé payé puisse être subordonné à l'accomplissement d'un temps de travail effectif minimal ; il est ainsi relevé dans cette décision que « le droit au congé annuel payé conféré par la Directive 2003/88 elle-même à tous les travailleurs [...] ne peut être subordonné par un État membre à l'obligation d'avoir effectivement travaillé pendant la période de référence établie par ledit État ». Il a dès lors été proposé dans les *Rapports* 2009 et 2010 de modifier l'article L. 3141-3 du code du travail qui n'est plus conforme au droit communautaire.

Cette suggestion n'a pas encore été suivie d'effet. La direction générale du travail rechercherait une solution.

Élections professionnelles

Modification réglementaire des articles R. 2143-5, R. 2314-29 et R. 2324-25 du code du travail relatifs à la procédure d'examen des contestations des désignations de délégués syndicaux et des élections professionnelles par le juge d'instance¹⁵

L'application des articles R. 2143-5, R. 2314-29 et R. 2324-25 du code du travail ayant soulevé des difficultés tenant à la brièveté du délai d'avertissement des parties intéressées

14. *Rapport* 2009, p. 13 ; *Rapport* 2010, p. 16.

15. *Rapport* 2008, p. 13 ; *Rapport* 2009, p. 12 ; *Rapport* 2010, p. 16.

par la contestation et à la forme de cet avertissement, réalisé par lettre simple, il a été proposé, dans les *Rapports* 2008, 2009, 2010, de modifier ainsi qu'il suit le troisième alinéa de l'article R. 2143-5 et le premier alinéa des deux autres articles :

« Il [Le tribunal] statue dans les vingt jours sans frais ni forme de procédure et sur avertissement donné dans les huit [quinze] jours à l'avance par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à toutes les parties intéressées. »

Cette proposition n'a pas encore été suivie d'effet. Un projet de décret a été soumis aux instances de consultation obligatoire.

Recours contre les décisions rendues en matière d'élections professionnelles et de désignation des représentants syndicaux¹⁶

Un projet de décret réformant la procédure en matière de contentieux électoral professionnel serait actuellement en cours d'examen. Il prévoit l'ouverture d'un appel dans les différents contentieux électoraux, selon une procédure spéciale et rapide, ainsi que l'extension de la représentation obligatoire pour les pourvois formés dans cette matière. Il répondrait ainsi aux suggestions présentées en ce sens dans les *Rapports* 2008, 2009 et 2010.

La direction des affaires civiles et du sceau a toutefois indiqué qu'il semblerait que les organisations syndicales soient désormais opposées à l'ouverture de l'appel, craignant qu'il en résulte un allongement des procédures.

Délégués syndicaux supplémentaires¹⁷

Il était proposé, dans les *Rapports* 2008, 2009, 2010, de modifier l'article L. 2143-4 du code du travail en le complétant par les alinéas suivants :

« Dans le cas où remplissent les conditions visées au 1^{er} alinéa des syndicats ayant constitué une liste commune, le délégué syndical supplémentaire est désigné par commun accord des syndicats ayant présenté des candidats sur la liste commune.

Le mandat du délégué syndical supplémentaire prend fin à l'expiration du mandat des membres du comité d'entreprise élus lors du scrutin ayant donné lieu à sa désignation. »

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. Un avant-projet de texte, qui tiendrait compte des remarques formulées par la Cour de cassation, serait en attente de validation par la direction générale du travail qui avait donné un accord de principe malgré les réserves de certains partenaires sociaux.

16. *Rapport* 2008, p. 13; *Rapport* 2009, p. 15; *Rapport* 2010, p. 17.

17. *Rapport* 2008, p. 15; *Rapport* 2009, p. 13; *Rapport* 2010, p. 17.

Sort des actes conclus par des représentants syndicaux ou des représentants du personnel dont le mandat a été annulé¹⁸

La loi ne prévoyant aucune disposition particulière quant à la validité des actes qui ont pu être conclus par un représentant dont la désignation ou l'élection est ultérieurement annulée, et l'annulation rétroactive de tels actes étant susceptible de créer une situation d'insécurité dangereuse pour les entreprises et les salariés, il était proposé, dans les *Rapports* 2008, 2009, 2010, de rajouter pour chacune des institutions représentatives du personnel un article ainsi rédigé :

« L'annulation de l'élection [ou de la désignation] du représentant du personnel n'a pas d'effet sur la validité des actes conclus par ce représentant avant la décision d'annulation. »

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. La direction générale du travail serait à la recherche d'un support législatif pour prendre en compte cette suggestion.

Salariés mis à disposition¹⁹

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a ouvert un droit d'option aux salariés « mis à disposition qui devront choisir d'être électeurs soit chez leur employeur, soit dans l'entreprise d'accueil » (articles L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du code du travail). Il a été suggéré dans les *Rapports* 2009 et 2010 de compléter ces dispositions pour préciser les modalités d'exercice de ce droit, en déterminant notamment à quel moment et de quelle façon il doit être mis en œuvre. Un arrêt rendu par la chambre sociale (Soc., 26 mai 2010, pourvoi n° 09-60.400, *Bull.* 2010, V, n° 114) a mis en exergue les difficultés pratiques pouvant résulter de l'absence de précision sur les modalités de délivrance des informations nécessaires à l'exercice de ce droit d'option.

Cette suggestion n'a pas encore été suivie d'effet. Selon le directeur des affaires civiles et du sceau, la proposition relève des attributions de la direction générale du travail.

Délai de dépôt du mémoire en demande en matière d'élections professionnelles²⁰

Un arrêt rendu le 11 février 2009 par la chambre sociale (pourvoi n° 08-60.490, *Bull.* 2009, V, n° 44) souligne une difficulté relative au point de départ du délai de dépôt du mémoire en demande en matière d'élections professionnelles. Au contraire de l'article 989 du code de procédure civile qui dispose, en matière de procédure sans représentation obligatoire, que le délai de trois mois prévu pour le dépôt du mémoire en demande court à compter de la remise ou de la réception du récépissé de la déclaration, l'article 1004 du même code, applicable en matière d'élections professionnelles, fait courir ce délai à compter de la déclaration de pourvoi. La rigueur de la règle est cependant assouplie par la jurisprudence qui,

18. *Rapport* 2008, p. 16 ; *Rapport* 2009, p. 13 ; *Rapport* 2010, p. 17.

19. *Rapport* 2009, p. 19 ; *Rapport* 2010, p. 18.

20. *Rapport* 2009, p. 19 ; *Rapport* 2010, p. 18.

de façon ancienne et *contra legem*, fait courir ce délai non du jour de la déclaration de pourvoi, mais du jour de la remise ou de l'envoi au demandeur du récépissé de la déclaration de pourvoi (Soc., 26 juillet 1984, pourvoi n° 84-60.149, *Bull.* 1984, V, n° 329). Dès lors, en effet, que l'article 1001 du code de procédure civile impose de mentionner, dans le récépissé, la teneur des articles 1004 et 1005 et qu'il a été jugé, en matière de procédure sans représentation obligatoire transposable aux élections professionnelles, qu'en l'absence de mention de ces textes le délai susvisé ne pouvait commencer à courir (1^{re} Civ., 4 novembre 1987, pourvoi n° 85-03.039, *Bull.* 1987, I, n° 277), la remise ou l'envoi du récépissé, qui assure l'information du demandeur au pourvoi, marque bien le point de départ de ce délai. Les dispositions de l'article 1004 du code de procédure civile suscitant des difficultés d'interprétation en doctrine, une réforme de ce texte a été proposée dans les *Rapports* 2009 et 2010, afin d'harmoniser ces règles.

Cette proposition n'a pas encore été suivie d'effet. Toutefois, elle figurerait dans un projet de décret réformant la procédure en matière de contentieux électoral professionnel.

Possibilité pour le juge de décider d'une prorogation du mandat des représentants du personnel dans l'entreprise²¹

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 réformant la démocratie sociale a démultiplié les risques de contentieux relatifs à l'élection des représentants du personnel dans l'entreprise et, par conséquent, même si la chambre sociale a tenté d'en limiter les effets, les risques d'annulation de scrutins. La question, déjà posée depuis plusieurs années, de la possibilité pour le juge d'ordonner, en cas d'annulation, la prorogation des anciens mandats jusqu'au scrutin pour éviter de laisser les entreprises sans représentation, prend donc une acuité particulière. Or la durée des mandats est une matière d'ordre public et seule la loi peut permettre au juge d'autoriser cette prorogation. À l'occasion des pourvois, la chambre sociale n'a pu que constater que les décisions d'annulation laissaient l'entreprise sans représentation du personnel pendant une période relativement longue. À l'heure actuelle, la prorogation n'est possible que si elle est décidée par l'unanimité des partenaires sociaux, ce qui est rarement le cas (par exemple, Soc., 16 janvier 2008, pourvoi n° 06-40.710).

Il était donc suggéré dans le *Rapport* 2010 d'introduire une disposition légale autorisant le juge d'instance, si les circonstances l'exigent, à proroger les mandats en cours pour une durée précise en fonction de la date fixée pour le renouvellement des institutions représentatives.

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. La direction des affaires civiles et du sceau a évoqué un risque d'inconstitutionnalité de cette proposition et précisé que des pistes alternatives sont à l'étude en lien avec la direction générale du travail.

21. *Rapport* 2010, p. 26.

Actes à l'étranger

Rétablissement dans la loi de l'exigence de légalisation des actes de l'état civil étrangers²²

L'examen par la première chambre civile le 4 juin 2009 (pourvoi n° 08-10.962, *Bull.* 2009, I, n° 115 et pourvoi n° 08-13.541, *Bull.* 2009, I, n° 116) de deux affaires posant la question de la légalisation d'actes de l'état civil étrangers a révélé que l'exigence de légalisation, destinée à authentifier la signature et la qualité de leur auteur, n'avait plus de fondement légal en raison de l'abrogation de l'ordonnance royale d'août 1681 par une ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques (article 7 II 7°) ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit. Malgré cette abrogation, la première chambre civile a jugé que, sauf convention contraire, la formalité de la légalisation demeurait obligatoire par l'effet de la coutume internationale. Par nature évolutive, car tributaire de pratiques consulaires entre États qui peuvent elles-mêmes changer, la coutume peut varier dans le temps comme dans l'espace. L'exigence de légalisation risque de devenir ainsi plus incertaine alors que notre droit de la nationalité et de l'état civil requiert stabilité et sécurité juridique. Aussi, un bon ordonnancement juridique gagnerait à voir réaffirmé, en droit positif, le principe de l'obligation de légalisation des actes de l'état civil étrangers. Les *Rapports* 2009 et 2010 ont effectué une proposition en ce sens.

Cette suggestion n'a pas encore été suivie d'effet. Le directeur des affaires civiles et du sceau a indiqué qu'une dépêche du 22 décembre 2010 avait rappelé aux parquets la nécessité de veiller au respect de l'exigence de légalisation des consentements à l'adoption recueillis par des juges de paix et des notaires haïtiens, ce que la Cour de cassation a rappelé dans un avis du 4 avril 2011 (demande n° 11-00.001, *Bull.* 2011, Avis, n° 5). Un recours pour excès de pouvoir a été introduit contre cette dépêche. Pour le reste, l'avis du ministère des affaires étrangères et européennes doit être recueilli et la réflexion s'inscrire dans le cadre plus large de la légalisation des actes publics.

Sécurité sociale

Contentieux de l'incapacité²³

La distinction entre le contentieux général et le contentieux technique de la sécurité sociale ne paraît pas devoir être maintenue. Source inutile de complexité, elle conduit à une dualité de juridictions aux compétences parcellaires, alors que les juridictions du contentieux général, tribunaux des affaires de sécurité sociale et chambres sociales des cours d'appel, paraissent pouvoir faire face à la totalité des contentieux de l'incapacité, étant observé d'ailleurs que c'est déjà le cas en matière agricole où la dualité de juridictions n'a pas cours.

22. *Rapport* 2009, p. 20; *Rapport* 2010, p. 18.

23. *Rapport* 2010, p. 19.

C'est pourquoi le *Rapport 2010* proposait, sous réserve des aménagements nécessaires, d'abroger les textes organisant un contentieux spécifique, dit contentieux technique de la sécurité sociale (articles L. 143-1 et suivants, R. 143-1 et suivants du code de la sécurité sociale), qui instituent les tribunaux du contentieux de l'incapacité et la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail, l'existence de cette dernière pouvant cependant être maintenue pour le seul contentieux très particulier de tarification visé à l'article L. 143-1 du code de la sécurité sociale pour lequel elle statue en premier et dernier ressort (article L. 143-4 de ce code).

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. Le directeur des affaires civiles et du sceau a indiqué n'être pas favorable à la proposition, qu'il convient d'examiner en liaison avec la direction de la sécurité sociale afin de clarifier les critères de répartition de compétence et de simplifier et sécuriser le règlement des incidents de compétence.

Réparation des conséquences de la faute inexcusable²⁴

Selon les principes fixés en dernier lieu par les dispositions de la loi n° 76-1106 du 6 décembre 1976, aujourd'hui insérées sous les articles L. 452-1 et suivants du code de la sécurité sociale, la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle résultant de la faute inexcusable commise par l'employeur ou celui qu'il s'est substitué dans la direction du travail peut prétendre, indépendamment des prestations en nature et en espèces dues au titre de la couverture du risque par le régime légal, d'une part, à la majoration de la rente allouée en cas d'incapacité permanente (article L. 452-2 dudit code), d'autre part, à la réparation du préjudice causé par les souffrances physiques et morales, des préjudices esthétiques et d'agrément et du préjudice résultant de la perte ou de la diminution des possibilités de promotion professionnelle ainsi, lorsqu'elle demeure atteinte d'une incapacité permanente totale, qu'à une indemnité forfaitaire égale au montant du salaire minimum légal en vigueur à la date de la consolidation (article L. 452-3, alinéa 1^{er}, dudit code); les ayants droit de la victime peuvent obtenir de même, en cas de décès de la victime, la réparation de leur préjudice moral (*ibid.*, alinéa 2). Il appartient à l'organisme de sécurité sociale de faire l'avance à la victime ou à ses ayants droit des réparations complémentaires, dont il récupère ensuite le montant auprès de l'employeur soit par voie de cotisations complémentaires (majoration de rente ou indemnité forfaitaire), soit directement (autres préjudices). Les juridictions du contentieux général de la sécurité sociale sont exclusivement compétentes pour connaître tant de la reconnaissance de la faute inexcusable que de la condamnation de son auteur à réparation.

Ces dispositions qui restreignent ainsi, en dépit des efforts de la jurisprudence, les droits à indemnisation de la victime d'une faute inexcusable à certains chefs de préjudice, ont fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cass., QPC, 7 mai 2010, n° 12005, pourvoi n° 09-87.288). S'il a conclu à la conformité à la Constitution tant des règles de prise en charge, au titre du régime légal, des accidents du travail et maladies professionnelles que du mécanisme d'indemnisation de la faute inexcusable par l'intermédiaire des organismes

24. *Rapport 2010*, p. 19.

de sécurité sociale, le Conseil constitutionnel a cependant énoncé que les dispositions de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale ne sauraient « sans porter une atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs, faire obstacle à ce que ces mêmes personnes, devant les mêmes juridictions [c'est-à-dire les juridictions du contentieux général], puissent demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale », et a assorti d'une réserve d'interprétation en ce sens la déclaration de conformité de ces dispositions à la Constitution (Cons. const., 18 juin 2010, décision n° 2010-8 QPC, *JO* du 19 juin 2010, p. 11149, considérant n° 18).

L'application de cette décision se heurte, en pratique, à trois séries de difficultés. Il n'est pas certain, en premier lieu, qu'elle implique en faveur de la victime et de ses ayants droit la réparation intégrale du préjudice subi, ne serait-ce qu'en raison de la distinction opérée, traditionnellement, par le droit des accidents du travail entre la faute inexcusable et la faute intentionnelle de l'employeur, celle-ci ouvrant seule, jusqu'à présent, droit à la réparation de l'intégralité du préjudice selon les règles matérielles et processuelles du droit commun. Elle n'ouvre pas, en deuxième lieu, à la victime et à ses ayants droit le bénéfice, pour la réparation effective des chefs de préjudice non mentionnés dans les dispositions actuelles de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale, de l'intervention de l'organisme de sécurité sociale autant pour mener la procédure amiable ou contentieuse vis-à-vis de l'employeur que pour faire l'avance du paiement des indemnités. Elle introduit, en troisième lieu et enfin, un facteur de complexité dès lors qu'aux prestations en nature et en espèces versées au titre du régime légal et aux réparations complémentaires prévues par l'article L. 452-3 et garanties par l'organisme, vient s'ajouter, à la seule diligence de la victime et de ses ayants droit, la réparation d'autres chefs de préjudice. On ajoutera enfin que l'application immédiate des principes de la réparation étendue, voire intégrale, pourrait compromettre nombre d'entreprises de taille moyenne, dès lors que leur assureur se refuserait à supporter la conséquence d'un risque dont la réserve introduite par le Conseil constitutionnel modifie considérablement l'étendue. De la sorte, la décision de ce dernier pourrait donner naissance à un abondant contentieux sans que les victimes n'y trouvent véritablement leur compte.

C'est pourquoi il paraît judicieux de procéder, sans attendre, à la modification des dispositions du code de la sécurité sociale. La proposition formulée ci-après tend, d'une part, à ériger en principe la réparation dans son intégralité selon les règles de droit commun du préjudice subi par la victime d'une faute inexcusable, d'autre part, à soumettre celle-ci dans son ensemble aux règles qui font intervenir l'organisme de sécurité sociale pour le paiement des sommes dues et attribuent le contentieux aux juridictions du contentieux général de la sécurité sociale. Elle opte également, à titre transitoire, pour l'imputation, en ce qui concerne les accidents survenus et les maladies constatées postérieurement au 18 juin 2010, à la branche accidents du travail et maladies professionnelles du régime du montant des sommes en jeu inhérentes à l'extension de la réparation, selon la formule retenue par le législateur voici douze ans quant à l'indemnisation des victimes d'affections professionnelles liées à l'exposition à l'amiante et à ses dérivés (loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, modifiée, article 40).

Les dispositions des articles L. 451-1 à L. 455-2 du code de la sécurité sociale étant rendues applicables, par l'effet de l'article L. 751-9 du code rural et de la pêche maritime,

au régime des accidents du travail et des maladies professionnelles des salariés agricoles, la modification proposée étendra ses effets à ces derniers. Il conviendrait de procéder, par ailleurs, à la modification des dispositions applicables, chacun en ce qui le concerne, aux régimes spéciaux mentionnés à l'article L. 711-1 du code de la sécurité sociale pour autant qu'ils comportent une branche accidents du travail. La question ne se pose pas en revanche, faute d'employeur, s'agissant du régime d'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles des non-salariés agricoles (régime AAEXA).

Aussi était-il proposé, dans le *Rapport 2010*, de modifier ainsi les dispositions de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale :

« Article unique

I – Les dispositions du premier alinéa de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale sont abrogées et remplacées par les dispositions suivantes :

“Indépendamment de la majoration de rente qu'elle reçoit en vertu de l'article précédent, la victime a le droit de demander à l'employeur devant la juridiction de sécurité sociale la réparation de l'ensemble des préjudices qui ne sont pas couverts par les prestations, majorations et indemnités prévues par le présent livre.”

II – La branche accidents du travail du régime général et celle du régime des salariés agricoles supportent définitivement, chacune en ce qui la concerne, la charge imputable à la modification de l'étendue de la réparation, résultant du I du présent article, des accidents du travail survenus et des maladies professionnelles constatées antérieurement au 19 juin 2010. »

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. Le directeur des affaires civiles et du sceau a indiqué n'être pas favorable à cette proposition qui aurait pour effet de faire supporter aux caisses de sécurité sociale le coût de la réforme, ce que n'implique pas la décision du Conseil constitutionnel.

Contentieux de la désignation des membres des unions régionales des professionnels de santé²⁵

Reprenant pour en étendre le champ d'application à l'ensemble des professions de santé les dispositions antérieurement applicables aux seuls médecins, la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires a entendu instituer, dans chaque région et dans la collectivité territoriale de Corse, une union régionale des professions de santé qui rassemble, pour chaque profession, les représentants des professionnels de santé exerçant à titre libéral (article 4031-1, alinéa 1^{er}, du code de la santé publique, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-879, article 123 I). Les membres des unions régionales sont normalement élus, pour une durée de cinq ans et par profession, par les professionnels de santé exerçant dans la circonscription de l'union.

Les modalités de l'élection des membres des unions régionales des professionnels de santé sont fixées par les dispositions des articles R. 4031-19 et suivants du code de la santé

25. *Rapport 2010*, p. 22.

publique issues des dispositions du décret n° 2010-585 du 2 juin 2010 relatif aux unions régionales des professionnels de santé. Ces dispositions précisent, en particulier, le régime de l'enregistrement des listes de candidats et les modalités de leur dépôt auprès de la commission d'organisation électorale, lequel doit intervenir entre le quatre-vingtième et le soixante-dixième jour avant le scrutin (article R. 4031-31, alinéa 2, dudit code). Il appartient à la commission de refuser l'enregistrement de toute liste qui ne remplit pas les conditions prescrites ; le refus peut être contesté devant le tribunal d'instance dans le ressort duquel se trouve le siège de la commission d'organisation électorale, à charge pour le tribunal de se prononcer en dernier ressort dans un délai de dix jours (*ibid.*, alinéas 4 à 6).

L'application de ces dispositions suscite une difficulté qui tient au délai ouvert pour la contestation du refus d'enregistrement d'une liste de candidats. Les dispositions de l'article R. 4031-31, alinéa 4, du code de la santé publique énoncent en effet que « ce refus peut être contesté dans les trois jours qui suivent sa notification au mandataire », sans préciser ni les modalités selon lesquelles la notification doit être opérée, ni s'il convient de retenir la date de l'envoi de la notification ou bien celle de sa réception pour déterminer l'expiration du délai de trois jours. C'est d'ailleurs à une telle difficulté que la deuxième chambre civile a été confrontée lors de l'examen, en décembre 2010, d'un pourvoi introduit à l'encontre d'un jugement déclarant irrecevable le recours formé plus de trois jours après l'envoi de la notification de la décision de refus de la commission d'organisation électorale.

Il importe de retenir en la matière une solution qui s'accorde aux exigences du contentieux électoral, *a fortiori* au contentieux de l'enregistrement des candidatures qui doit être apuré nécessairement avant l'ouverture des opérations électorales proprement dites. À titre de comparaison, les dispositions du code électoral n'ouvrent, s'agissant de l'élection des conseillers municipaux et des membres du conseil de Paris, à celui qui essuie un refus d'enregistrement de sa candidature par l'autorité préfectorale, qu'un délai de vingt-quatre heures pour saisir le tribunal administratif, sans que soient précisées, au reste, les modalités selon lesquelles le refus est porté à la connaissance de l'intéressé, ni le point de départ du délai de vingt-quatre heures (article L. 265, alinéa 7, du code électoral). C'est une règle de même nature qui s'applique, *mutatis mutandis*, au préfet lorsqu'il reçoit une candidature à la députation à l'Assemblée nationale qui ne remplit pas les conditions prévues par le code électoral (*ibid.*, article L. 159).

C'est pourquoi le *Rapport* 2010 proposait de modifier les dispositions de l'article R. 4031-31 du code de la santé publique de manière à laisser au juge du fond le pouvoir d'apprécier, *in concreto*, le respect du délai imparti aux candidats pour contester le refus d'enregistrement de leur candidature, en remplaçant les dispositions de la deuxième phrase du quatrième alinéa par les dispositions suivantes :

« En cas de refus d'enregistrement, tout candidat de la liste intéressée peut dans les trois jours saisir le tribunal d'instance dans le ressort duquel se trouve le siège de la commission d'organisation électorale. »

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. La direction des affaires civiles et du sceau note que la Cour de cassation a réglé la difficulté par sa jurisprudence qui recueille son soutien.

Recouvrement des indus par les organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole²⁶

Les organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole sont appelés, en cas d'erreur ou de fraude, à recouvrer le montant des prestations qu'ils ont indûment versées à leurs assurés ou allocataires. Jusqu'à une période récente, la répétition de l'indu obéissait, pour l'essentiel, aux règles de droit commun fixées par le code civil, réserve faite de l'application des règles de prescription propres aux prestations sociales (en principe la prescription biennale) et de la faculté reconnue aux organismes de procéder, sous certaines conditions, à la remise gracieuse, en tout ou partie, du montant des sommes litigieuses.

Comme le relève l'étude contenue dans le *Rapport 2010* consacrée au « Droit de savoir » (p. 205), le recouvrement des indus a donné lieu, depuis une quinzaine d'années, à la multiplication des dispositions législatives en la matière : qu'elles s'appliquent au recouvrement des prestations proprement dites (voir la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, article 25) ou bien au recouvrement directement auprès des professionnels et établissements de santé des prestations indûment versées du chef du non-respect par ces derniers des règles en matière de facturation, de tarification et de prise en charge, ces dispositions ont eu pour objet, en particulier, d'assortir le recouvrement de l'indu de la mise en œuvre au préalable de mesures d'information du débiteur.

Si une telle évolution ne saurait être remise en cause, la multiplication des dispositions en la matière conduit à une complication certaine du recouvrement de l'indu, susceptible de relever, selon la prestation, l'événement à l'origine de l'indu ou encore le débiteur des sommes en cause, de procédures qui ne se distinguent que malaisément, quand bien même elles ne se chevauchent ou ne se cumulent. Ainsi, un professionnel de santé peut-il faire l'objet, en application de l'article L. 133-4 du code de la sécurité sociale, d'une procédure de recouvrement de l'indu soumise à un ensemble de formalités bien précises, alors même que la procédure s'inscrit, le cas échéant, dans le cadre d'un examen de son activité par le service du contrôle médical en application de l'article L. 315-1 dudit code, lequel donne lieu, de même, à l'application de règles de procédure de nature à garantir les droits de l'intéressé. On ajoutera que les procédures *ad hoc* édictées par le législateur au cours de la période récente ne font pas obstacle *ipso facto* à l'application, le cas échéant, des règles de droit commun en matière de recouvrement d'indu et de responsabilité civile.

Il apparaît utile, dans ces conditions, de procéder à une clarification des dispositions qui régissent le recouvrement de l'indu en matière de sécurité sociale. Une telle clarification devrait s'inscrire, en premier lieu, autour de deux principes directeurs, le premier tendant à la détermination du champ d'application respectif de chacune des procédures de recouvrement, le second à l'articulation des procédures de contrôle et des procédures de recouvrement de l'indu, s'agissant en particulier des règles qui garantissent l'information et le respect du contradictoire et des droits de la défense au bénéfice des usagers du service public. Des dispositions propres aux procédures complexes (tel le recouvrement par les organismes d'assurance maladie des indus auprès des professionnels et établissements de santé à la suite

26. *Rapport 2010*, p. 23.

des contrôles opérés par les agences régionales de santé) devraient permettre l'appel en la cause, lors du contentieux de l'indu, de l'organisme qui a procédé au contrôle.

La direction des affaires civiles et du sceau indique que la direction de la sécurité sociale a fait des propositions de nature à permettre le recouvrement de certains indus ayant conduit à l'adoption de plusieurs mesures dans la loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011.

Communication du dossier médical pour les besoins d'une expertise judiciaire ordonnée dans un litige opposant un employeur à un organisme social sur le caractère professionnel d'une affection²⁷

Les caisses d'assurance maladie jouent un rôle pivot dans la prise en charge du risque professionnel. Les caisses primaires instruisent les demandes de prise en charge, puis assurent l'indemnisation des salariés victimes, et informent les caisses régionales des dépenses ainsi engagées, ces dernières prenant ensuite en compte ces informations pour le calcul du taux AT/MP (accidents du travail/maladies professionnelles) de l'employeur.

De même, la majoration de la rente, prévue en cas de faute inexcusable de l'employeur, en application de l'article L. 452-2 du code de la sécurité sociale, et les indemnités allouées, conformément à l'article L. 452-3 du même code, sont versées par les caisses primaires d'assurance maladie, qui les recouvrent ensuite auprès de l'employeur, par l'imposition d'une cotisation complémentaire, s'agissant de la majoration de la rente, et par le paiement effectif des sommes dues, s'agissant des indemnités allouées en réparation des différents préjudices.

La jurisprudence a tiré de ces dispositions le principe de « l'indépendance des rapports » caisse-employeur, caisse-salarié, et salarié-employeur, de sorte que la décision de prise en charge, ou attributive de rente, lie définitivement la caisse dans ses rapports avec les salariés, même si l'employeur en conteste par la suite le bien-fondé, ou simplement l'opposabilité à son encontre (Soc., 26 mars 1984, pourvoi n° 82-16.744, *Bull.* 1984, V, n° 120; Soc., 28 février 2002, pourvoi n° 99-17.201, *Bull.* 2002, V, n° 81; 2^e Civ., 16 mars 2004, pourvoi n° 02-30.979; 2^e Civ., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-12.722; 2^e Civ., 17 janvier 2008, pourvoi n° 07-11.885).

De même, le fait que le caractère professionnel de la maladie ne soit pas établi entre la caisse et l'employeur ne prive pas la victime du droit de faire reconnaître la faute inexcusable de son employeur, la juridiction étant en mesure après débat contradictoire de rechercher si la maladie a un caractère professionnel et si l'assuré a été exposé au risque dans des conditions constitutives d'une telle faute (Soc., 28 février 2002, précité; 2^e Civ., 16 mars 2004, précité; 2^e Civ., 17 janvier 2008, précité).

En revanche, dès lors que le caractère professionnel de l'affection n'est pas établi à l'égard de l'employeur du salarié victime, la caisse ne peut exercer à son encontre aucune action en remboursement des sommes avancées, et la décision de cet organisme social est sans influence sur son taux de cotisation AT/MP.

27. *Rapport* 2010, p. 24.

Dans les rapports l'opposant à l'employeur, la caisse primaire est tenue de rapporter la preuve du bien-fondé de ses décisions, qu'il s'agisse du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie, ou du taux d'incapacité retenu pour l'attribution d'une rente.

Ces questions impliquent parfois l'appréciation d'éléments tenant à l'état de santé du salarié.

En particulier, démontrer le bien-fondé de la reconnaissance du caractère professionnel d'une maladie implique de déterminer si le salarié est atteint de la maladie figurant dans le tableau de maladie professionnelle invoqué. De même, l'appréciation du caractère professionnel d'une rechute ou la décision d'attribuer une rente en raison de son invalidité sont fondées sur différents critères médicaux.

Une contestation de l'employeur peut toutefois générer des difficultés pour la caisse primaire qui, subrogée dans les droits du salarié auquel elle sert les prestations prévues par le livre IV du code de la sécurité sociale, a la charge de l'administration de la preuve (même si elle bénéficie des mêmes présomptions que le salarié victime). L'instance oppose en effet les services administratifs de la caisse à l'employeur, alors que celle-ci s'est fondée sur un avis émis par le médecin-conseil, qui est tenu au secret médical, et n'est pas appelé à l'instance.

Le salarié n'est pas non plus partie à l'instance, la décision de prise en charge, ou attributive de rente, étant définitive en ce qui le concerne. La caisse primaire peut se trouver alors dans l'impossibilité de démontrer le bien-fondé de sa décision.

Par deux arrêts du 19 février 2009, relatifs à la fixation du taux d'incapacité du salarié victime relevant du contentieux technique de la sécurité sociale organisé par les articles L. 143-1 et suivants du code de la sécurité sociale, la deuxième chambre civile a décidé que si la caisse n'avait pas fourni les pièces nécessaires à un réel débat contradictoire, sa décision n'était pas opposable à l'employeur, qui n'avait pu exercer de manière effective son droit à recours (2^e Civ., 19 février 2009, pourvois n° 08-11.959 et n° 08-11.888, *Bull.* 2009, II, n° 62).

C'est pourquoi l'article 79 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital a modifié l'article L. 143-10 du code de la sécurité sociale en organisant, dans le cadre d'une expertise organisée par la juridiction du contentieux de l'incapacité, la communication du dossier médical au médecin expert et à celui désigné par l'employeur.

En revanche, aucun texte ne permet d'organiser une telle communication dans les litiges relevant du contentieux général de la sécurité sociale, c'est-à-dire lorsqu'une contestation oppose l'employeur et la caisse primaire d'assurance maladie quant au bien-fondé de la prise en charge au titre de la législation professionnelle d'un accident, d'une maladie ou d'une rechute.

Pour justifier leurs décisions, les services administratifs des caisses primaires ne disposent donc alors que des seuls documents figurant dans le dossier administratif du salarié victime, et non des informations complémentaires qui peuvent avoir été recueillies par le médecin-conseil. En particulier, s'agissant de l'avis du contrôle médical, qui les lie, elles ne disposent que d'un avis administratif qui ne comprend aucune précision médicale.

Il semble souhaitable qu'une possibilité de communication du dossier constitué par le médecin-conseil soit également prévue dans ce cas, lorsque la juridiction de droit commun

de la sécurité sociale estime nécessaire d'organiser une expertise afin d'apprécier, au regard des critères médicaux, le bien-fondé de la décision prise par les services administratifs de la caisse.

Il a ainsi été proposé dans le *Rapport* 2010 d'insérer dans le code de la sécurité sociale, à la suite des articles L. 141-1 et suivants relatifs à l'expertise médicale technique, ou bien à la suite des articles L. 142-1 et suivants relatifs au contentieux général, un article ainsi rédigé :

« Lorsqu'une mesure d'expertise judiciaire est organisée à l'occasion d'une contestation opposant un employeur à un organisme social sur le caractère professionnel d'une affection ou d'une rechute, le praticien-conseil du contrôle médical du régime de sécurité sociale transmet, sans que puissent lui être opposées les dispositions de l'article 226-13 du code pénal, à l'attention du médecin expert désigné par la juridiction compétente, l'entier dossier médical constitué par ses soins, et ayant contribué à la décision de prise en charge [l'ayant amené à émettre un avis favorable à la décision de prise en charge]. À la demande de l'employeur, ce dossier est communiqué au médecin qu'il mandate à cet effet.

La victime de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle est informée de cette communication.

Un décret en Conseil d'État détermine les conditions d'application du présent article. »

Cette mesure n'a pas été suivie d'effet. La direction des affaires civiles et du sceau a précisé que, bien que favorable à cette proposition, la direction de la sécurité sociale n'a pas trouvé de support législatif à ce jour.

B – Suggestions nouvelles

Procédure civile

Proposition relative à l'article 600 du code de procédure civile

L'article 428 du code de procédure civile pose le principe général selon lequel la communication au ministère public est, sauf disposition particulière, faite à la diligence du juge.

Dans la procédure de révision régie par les articles 593 et suivants du même code, l'article 600 précise que ce recours est communiqué au ministère public. La jurisprudence en a déduit que cette formalité est d'ordre public et que la communication doit se faire tant en première instance qu'en appel.

Ceci aboutit à la cassation « automatique » des arrêts rendus sans que la procédure ait été communiquée au ministère public, alors même qu'il s'agit d'une obligation incombant au juge lui-même et non aux parties et que, dans la grande majorité des cas, le ministère public consulté se contente d'un visa sans observation.

Il conviendrait de mettre en place une procédure permettant d'éviter que le demandeur au pourvoi obtienne la censure de la décision déferée au seul motif d'un défaut de communication en matière de révision.

Cette proposition est à mettre en lien avec la suggestion relative à la modification de l'article 424 du code de procédure civile présentée dans les *Rapports* 2009 et 2010, visant à réserver au ministère public le pourvoi en cassation pour défaut de communication.

Le directeur des affaires civiles et du sceau a indiqué qu'il n'était pas favorable à l'abrogation pure et simple de l'article 600 du code de procédure civile, eu égard à l'intérêt qui s'attache pour le ministère public à avoir communication des procédures en matière de révision. Il suggère en revanche de réfléchir à la possibilité d'une dénonciation du recours en révision qui serait faite à l'initiative du demandeur et non du juge.

Modification du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridictionnelle

La décision du bureau d'aide juridictionnelle accordant, refusant ou retirant le bénéfice de cette aide est notifiée à l'intéressé selon les modalités prévues par l'article 50 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991.

Aux termes de l'article 51 du même décret, copie de la décision d'admission est également adressée notamment à l'avocat et aux officiers publics ou ministériels désignés pour prêter leur concours aux bénéficiaires ou au bâtonnier ou au président de l'organisation chargé de les désigner. Elle est également adressée à la juridiction compétente.

Le texte ne prévoit pas la communication à l'intéressé par le bâtonnier ou le président de la chambre des huissiers de justice du nom de l'avocat ou de l'huissier de justice chargés de lui prêter leur concours. Il ne prévoit pas non plus l'information du justiciable lorsque l'avocat ou l'huissier refuse sa désignation, ni lorsqu'un changement intervient dans les désignations.

Ainsi l'intéressé peut être informé qu'il bénéficie de l'aide juridictionnelle sans connaître le nom des auxiliaires de justice qui lui prêteront effectivement leur concours. Pendant ce temps, les délais courent...

Il paraîtrait utile de prévoir, par un ajout aux textes actuels, que le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle et la juridiction doivent être informés dans tous les cas du nom des personnes désignées et de tous changements pouvant survenir après cette désignation.

Le directeur des affaires civiles et du sceau indique que l'objectif visé par cette proposition paraît atteint par les articles 82, 83 et 86 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991. Un rappel fait aux greffes des bureaux d'aide juridictionnelle pourrait cependant être opportunément effectué par voie de circulaire.

Fonds de garantie

Harmonisation des textes relatifs à la charge des frais et dépens afférents aux procédures judiciaires, en cas de mise en cause d'un fonds de garantie

En application de l'article L. 421-1 du code des assurances, le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) indemnise les victimes ou les ayants droit des victimes des dommages nés d'un accident survenu en France dans lequel est impliqué un véhicule au sens de l'article L. 211-1 du même code.

Le même texte prévoit que le fonds indemnise aussi les victimes ou les ayants droit des victimes de dommages nés d'un accident de la circulation causé, dans les lieux ouverts à la circulation publique, par une personne circulant sur le sol ou un animal.

Ce fonds est également chargé, en application de l'article L. 421-16, d'indemniser les dommages causés par une catastrophe technologique au sens de l'article L. 128-1 du code des assurances (l'indemnisation se faisant dans les conditions prévues par les articles L. 128-2 et L. 128-3 et précisées par l'article R. 421-78).

Le fonds indemnise également, en application de l'article L. 421-17, les « dommages immobiliers d'origine minière » (survenus à compter du 1^{er} septembre 1998) dans des conditions précisées par les articles R. 421-73 à 77 du code des assurances.

Ni l'article L. 421-1 du code des assurances, ni les dispositions réglementaires du code des assurances, relatives au FGAO et communes à tous ces dispositifs d'indemnisation, réunis sous le chapitre 1^{er} du titre II intitulé « le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages », ne prévoient expressément le sort des frais et dépens afférents aux instances dans lesquelles le FGAO est partie.

C'est la Cour de cassation qui, par une jurisprudence ancienne et constante, et encore réaffirmée par un arrêt du 3 novembre 2011 (2^e Civ., 3 novembre 2011, pourvoi n° 10-19.572, en cours de publication), a affirmé qu'en raison du caractère subsidiaire de son indemnisation, le FGAO ne pouvait être condamné aux dépens, dans toute situation procédurale, y compris celle où, régulièrement attiré en justice, ce fonds a succombé dans ses prétentions. Ce faisant la Cour a écarté, dans ce cas particulier, le principe général posé par l'article 696 du code de procédure civile.

Certaines dispositions réglementaires relatives à d'autres fonds de garantie ou d'indemnisation sont, elles, plus précises :

- pour le fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et autres infractions (FGTI), en application des articles R. 91 et R. 92 15° du code de procédure pénale, les frais exposés devant les juridictions de première instance et d'appel statuant en matière d'indemnisation des victimes d'infraction sont à la charge du Trésor public ;
- pour le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA), l'article 31 du décret n° 2001-963 du 23 octobre 2001 prévoit expressément que les dépens de la procédure restent à la charge de ce fonds s'agissant des actions intentées contre le FIVA (par le demandeur à l'indemnisation) devant les cours d'appel.

Mais en ce qui concerne l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), alors que les articles L. 3122-1 du code de la santé publique, L. 3122-3 et 4, R. 3122-18 et suivants de ce code prévoient et réglementent l'indemnisation par ce fonds des victimes contaminées par le virus de l'immunodéficience humaine ou « les actions contre les responsables des dommages », en détaillant les modalités d'engagement, d'instruction, de jugement, aucune disposition législative ou réglementaire ne vise la charge des dépens.

Enfin, il est utile de relever que le code des assurances a réglé le sort de ces frais et dépens pour « l'organisme d'indemnisation » chargé d'indemniser, en application des articles L. 424-1 et suivants du code des assurances (loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003), les personnes

lésées, résidant en France, ayant droit à indemnisation pour tout préjudice résultant d'accidents survenus sur le territoire métropolitain d'un État partie à l'Espace économique européen, autre que l'État français, et mettant en cause un véhicule ayant son stationnement habituel et étant assuré dans un de ces États.

Car l'article L. 424-7 dispose que la créance de l'organisme (contre le fonds de garantie de l'autre État) comprend, outre l'indemnité (versée à la personne lésée) et les frais y afférents, les frais de sa gestion, l'article L. 424-6 du code des assurances précisant quant à lui que « le droit applicable pour l'indemnisation de la personne lésée est le droit en vigueur sur le territoire de l'État de survenance de l'accident ».

Ainsi, soit les textes sont muets ou imprécis sur la charge des frais et dépens afférents aux instances dans lesquelles interviennent, à des titres différents, les fonds de garantie ou d'indemnisation, soit ils leur réservent un sort différent, selon les dispositifs mis en œuvre.

Il paraîtrait souhaitable que des dispositions législatives ou réglementaires précisent, voire harmonisent, le sort des frais et dépens pour tous les fonds de garantie ou d'indemnisation mis en place ces dernières années.

Le directeur des affaires civiles et du sceau indique qu'il serait utile que les textes précisent si les fonds supportent la charge des dépens. Une expertise devrait être selon lui conduite en considération des conditions d'intervention des fonds et en liaison avec le ministère chargé du budget et les associations de victimes.

Expropriation

Modification de l'article R. 12-5-1 du code de l'expropriation

La loi n° 95-101 du 2 février 1995 a introduit dans le code de l'expropriation l'article L. 12-5 qui ouvre à tout exproprié la possibilité de faire constater par le juge de l'expropriation la perte de base légale d'une ordonnance de transfert de propriété en cas d'annulation définitive par le juge administratif de la déclaration d'utilité publique (DUP) ou de l'arrêté de cessibilité qui lui a servi de fondement. Faute de dispositions réglementaires d'application, cette action n'était soumise à aucun délai.

Le décret n° 2005-467 du 13 mai 2005 est venu organiser la procédure de constatation de perte de base légale. L'article R. 12-5-1, issu de ce texte, dispose que « l'exproprié qui entend faire constater par le juge le manque de base légale de l'ordonnance portant transfert de sa propriété transmet au greffe de la juridiction qui a prononcé l'expropriation, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision du juge administratif annulant la déclaration d'utilité publique ou l'arrêté de cessibilité, un dossier qui comprend les copies : [...] ».

La personne privée de sa propriété par une décision ayant perdu toute base légale ne dispose ainsi que d'un bref délai de deux mois pour agir par voie d'action et retrouver son bien. Or ce délai de forclusion, analogue à celui d'une voie de recours quant à sa durée, ne lui est pas expressément notifié.

Dans la plupart des cas, les expropriés qui contestent la légalité des actes administratifs d'une expropriation devant les juridictions administratives sont assistés d'avocats qui

aujourd'hui connaissent le nouveau délai de forclusion. Néanmoins, il existe des expropriés qui ne sont pas assistés d'avocats (articles R. 431-2, R. 431-3, R. 432-1 et R. 432-2 du code de la justice administrative), ou qui ne sont pas eux-mêmes parties à la procédure administrative, bien qu'intéressés par la procédure d'expropriation.

Dans le souci de mieux protéger le droit de propriété, il conviendrait, en cas d'annulation d'une DUP et des arrêtés de cessibilité, de faire obligation à l'expropriant de notifier cette décision, aussitôt qu'elle sera devenue irrévocable, à tous les expropriés concernés. Le délai de forclusion de l'article R. 12-5-1 ne pourrait courir qu'à compter de cette notification.

Le directeur des affaires civiles et du sceau fait part de son accord sur cette suggestion, qui sera prise en compte dans le projet de recodification du code de l'expropriation.

Droit social

Création d'un bloc de compétences en matière de droit syndical et d'élections professionnelles

Le tribunal d'instance a compétence d'attribution pour l'essentiel des litiges en matière d'élections professionnelles et de désignation des représentants syndicaux. Cependant, certains contentieux, très proches des précédents, ne sont pas visés par un texte spécial et, de ce fait, ressortissent de la compétence de droit commun du tribunal de grande instance. Il en est ainsi par exemple de la contestation autonome de la création d'une section syndicale, alors que la même contestation, si elle s'accompagne de la contestation de la désignation d'un représentant de section syndicale, est de la compétence du tribunal d'instance. Il en est ainsi également des contestations concernant des institutions représentatives conventionnelles courantes (le représentant syndical au CHSCT) ou concernant le comité d'entreprise européen. Parfois, l'incompétence du tribunal d'instance n'étant pas soulevée, c'est la nature de la décision qui pose difficulté, puisqu'en ces matières elle est nécessairement rendue en premier ressort (sur une décision d'irrecevabilité du pourvoi, voir, par exemple, Soc., 17 décembre 2008, pourvoi n° 08-60.424).

Pour unifier le contentieux, il pourrait être prévu de manière générale dans le code du travail que :

« Article R. 2221-1 – Les contestations relatives à la désignation ou à l'élection des représentants du personnel et syndicaux prévus conventionnellement, y compris ceux mis en place par les groupes spéciaux de négociation, sont formées, instruites et jugées dans les conditions prévues par les articles R. 2324-24 et R. 2324-25. »

Le directeur des affaires civiles et du sceau indique que le projet de décret instaurant un droit d'appel comprend aussi des dispositions créant un tel bloc de compétences.

Fixation d'un délai pour les recours contre les décisions du médecin du travail en matière d'aptitude

Le recours contre les décisions du médecin du travail se prononçant sur l'aptitude d'un salarié est prévu par l'article L. 4624-1 du code du travail qui dispose :

« Le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé physique et mentale des travailleurs.

L'employeur est tenu de prendre en considération ces propositions et, en cas de refus, de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite.

En cas de difficulté ou de désaccord, l'employeur ou le salarié peut exercer un recours devant l'inspecteur du travail. Ce dernier prend sa décision après avis du médecin inspecteur du travail. »

L'employeur ne peut licencier pour inaptitude un salarié dont l'aptitude aurait été constatée par le médecin du travail ou par l'inspecteur saisi du recours prévu par cet article.

Mais l'article L. 4624-1 du code du travail ne prévoit aucun délai pour ce recours, qui n'est au surplus pas suspensif (Soc., 4 mai 1999, pourvoi n° 98-40.959). Il en résulte qu'en l'état du texte, le salarié peut contester l'avis d'inaptitude à tout moment, y compris alors que son licenciement pour inaptitude a été notifié. Ce qui peut poser des difficultés importantes : comment apprécier une inaptitude plusieurs années après l'avis initial ? Quel sens peut avoir l'appréciation de l'inspecteur du travail, sachant qu'il doit se prononcer sur l'aptitude à la date où il examine le recours et que sa décision rétroagit à la date du premier avis ? Le juge judiciaire se trouve, comme le juge administratif, confronté à de véritables incertitudes sur la validité d'une procédure de licenciement qui peut être remise en cause par des événements postérieurs à sa mise en œuvre. Il serait opportun que le texte fixe un délai raisonnable pour le recours contre la décision du médecin du travail.

Les difficultés juridiques et pratiques découlant de la situation actuelle ont été mises en exergue par des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) traitées récemment par la chambre sociale (Soc., 5 octobre 2011, pourvoi n° 11-40.053 et Soc., 14 décembre 2011, pourvoi n° 11-40.073). Dès lors que l'employeur a, en vertu de l'article L. 1226-4 du code du travail, un délai d'un mois pour tirer les conséquences de la déclaration médicale d'inaptitude et qu'aucune disposition légale n'empêche l'exercice d'un recours contre l'avis médical après le licenciement (CE, 27 juin 2011, n° 334834), la décision de licencier prise dans le délai légal et dans des conditions de régularité apparente peut se trouver rétroactivement privée de cause (Soc., 8 avril 2004, pourvoi n° 01-45.693 ; Soc., 26 novembre 2008, pourvoi n° 07-43.598 ; Soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-44.455).

Par les deux décisions QPC susvisées, la chambre sociale a considéré que les requêtes ne posaient pas de question sérieuse de constitutionnalité. Mais l'absence de contrariété constitutionnelle ne permet pas de résoudre la difficulté relevée, qui justifierait une intervention législative.

Le directeur des affaires civiles et du sceau indique que cette proposition pourrait être suivie d'effet sous réserve de l'appréciation du ministère du travail et de l'identification d'un véhicule législatif adéquat.

II – PROPOSITIONS DE RÉFORME EN MATIÈRE PÉNALE

Le comité de suivi, composé des membres du bureau de la Cour de cassation ainsi que de la directrice des affaires criminelles et des grâces, s'est réuni le 13 janvier 2012 afin, d'une part, d'examiner les suites réservées aux propositions de réforme des dispositions de nature législative et réglementaire en matière pénale figurant dans les précédents *Rapports annuels* et, d'autre part, d'évoquer les propositions nouvelles de la Cour de cassation.

A – Suivi des suggestions de réforme

Extension de la représentation obligatoire devant la chambre criminelle²⁸

Cette proposition, régulièrement formulée depuis 2000, n'a pas été suivie d'effet. Le premier président et le président de la chambre criminelle insistent plus particulièrement sur l'intérêt qui s'attacherait, pour la Cour et en réalité pour le justiciable, à la mise en œuvre d'une telle réforme.

La directrice des affaires criminelles et des grâces a rappelé que cette réforme, adoptée par le Sénat lors de l'examen de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, avait été rejetée suite à l'opposition de l'Assemblée nationale, qui estimait notamment que l'intervention obligatoire d'un avocat aux Conseils risquait de limiter l'accès à la Cour de cassation.

Compte tenu de l'opposition entre les deux chambres, la chancellerie n'a pas proposé au cabinet de revenir sur cette question. Celle-ci aurait dû être examinée dans le cadre de la réforme d'ensemble du code de procédure pénale, mais les travaux sur cette réforme ont été suspendus avant que ne débutent les travaux sur les dispositions relatives au pourvoi en cassation.

Modification de la législation sur la conservation des scellés²⁹

Cette proposition, dont le président de la chambre criminelle a particulièrement souligné l'importance, consiste à soumettre la destruction des scellés à un contrôle ou à une autorisation préalable du parquet.

Elle n'a pas été suivie d'effet.

La chancellerie a cependant indiqué qu'une circulaire avait été diffusée, demandant aux juridictions de traiter ces dossiers avec prudence.

28. *Rapport* 2000, p. 23 ; *Rapport* 2001, p. 18 ; *Rapport* 2002, p. 12 ; *Rapport* 2003, p. 12 ; *Rapport* 2004, p. 9 ; *Rapport* 2005, p. 9 ; *Rapport* 2008, p. 17 ; *Rapport* 2009, p. 21 ; *Rapport* 2010, p. 27.

29. *Rapport* 2007, p. 21 ; *Rapport* 2008, p. 19 ; *Rapport* 2009, p. 22 ; *Rapport* 2010, p. 27.

Pourvois formés à l'encontre des décisions de la juridiction de proximité³⁰

Il était suggéré, dans les *Rapports* 2009 et 2010, de réformer les dispositions de l'article 546 du code de procédure pénale en étendant le droit d'appel à toute la matière contraventionnelle. En faveur de cette solution étaient invoquées plusieurs raisons : le fait que ces juridictions connaissent des principaux contentieux routiers de masse, le fait que les juges de proximité commettent incontestablement beaucoup plus d'erreurs de droit que les juges d'instance, et enfin le fait qu'il ne relève pas nécessairement du rôle du premier président de la Cour de cassation de consacrer tant de temps au traitement de ce contentieux contraventionnel de petite police.

Cette proposition, à laquelle le premier président et le président de la chambre criminelle ont indiqué prêter une attention particulière, n'a pas été suivie d'effet.

La directrice des affaires criminelles et des grâces observe que la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 a supprimé (à compter du 1^{er} janvier 2013) la juridiction de proximité, la matière contraventionnelle relevant désormais entièrement de la compétence du tribunal de police (même si celui-ci pourra être composé par un juge de proximité pour les décisions concernant les contraventions des quatre premières classes).

Elle a pointé par ailleurs un possible double risque d'affaiblissement de la répression (en matière d'infractions au code de la route en particulier) et de surcroît de charge important pour les cours d'appel.

Modification de l'article 706-103 du code de procédure pénale³¹

Par arrêt du 26 mai 2010 (pourvoi n° 10-81.163, *Bull. crim.* 2010, n° 94), la chambre criminelle a jugé que les mesures conservatoires prévues par l'article 706-103 du code de procédure pénale ne peuvent être prises que sur un bien dont le mis en examen est propriétaire.

En effet, selon l'article 706-103 du code de procédure pénale, modifié en dernier lieu par la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010, « en cas d'information ouverte pour l'une des infractions entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-74 et afin de garantir le paiement des amendes encourues ainsi que, le cas échéant, l'indemnisation des victimes, le juge des libertés et de la détention, sur requête du procureur de la République, peut ordonner, aux frais avancés du Trésor et selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution, des mesures conservatoires sur les biens, meubles ou immeubles, divis ou indivis, de la personne mise en examen ».

Or, les auteurs des infractions en matière de criminalité et de délinquance organisées peuvent ne pas apparaître comme les propriétaires des biens provenant de ces infractions et procéder de différentes manières à leur dissimulation.

Dans ces conditions, il était proposé dans le *Rapport* 2010 de compléter l'article 706-103, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale en y incluant la possibilité de mesures conservatoires

30. *Rapport* 2009, p. 31 ; *Rapport* 2010, p. 37.

31. *Rapport* 2010, p. 44.

sur les biens, meubles ou immeubles, divis ou indivis, dont la personne mise en examen est ayant droit économique.

Selon la directrice des affaires criminelles et des grâces, une proposition de loi « visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale » serait actuellement à l'étude.

Modification de l'article 623 du code de procédure pénale³²

Cette proposition, consistant à conférer au président de la commission de révision le pouvoir de rejeter par une décision non motivée les demandes de révision manifestement irrecevables ou à instaurer un délai d'un an à compter de la modification d'une décision de la commission avant l'expiration duquel une nouvelle demande n'est pas recevable, a été suivie d'effet.

Toutefois, à la suite de l'avis du Conseil d'État rendu sur ce texte, il a été précisé que la décision du président devrait être motivée.

Le cinquième alinéa, nouveau, de l'article 623 3° du code de procédure pénale dispose ainsi que « lorsque la demande en révision est manifestement irrecevable, le président de la commission de révision ou son délégué peut la rejeter par ordonnance motivée ».

Modification de l'article 224-4 du code de procédure pénale³³

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, si une personne arrêtée, enlevée, détenue ou séquestrée l'a été comme otage soit pour préparer ou faciliter la commission d'un crime ou d'un délit, soit pour favoriser la fuite ou assurer l'impunité de l'auteur ou du complice d'un crime ou d'un délit, soit pour obtenir l'exécution d'un ordre ou d'une condition, notamment le versement d'une rançon, les coupables encourent une peine de trente ans de réclusion criminelle. Une telle prise d'otage devient cependant un délit puni de dix ans d'emprisonnement dès lors que la personne prise en otage a été libérée volontairement avant le septième jour depuis celui de son appréhension.

Il était relevé, dans les *Rapports* 2008, 2009, 2010, que les personnes commettant des crimes ou des délits punis de dix ans d'emprisonnement n'encourent donc pas une peine supérieure lorsqu'elles prennent en même temps, pour l'un des motifs énumérés ci-dessus, un otage qu'elles libèrent avant le septième jour accompli. Afin de retrouver une plus grande cohérence dans l'échelle des peines encourues, il était suggéré depuis 2008 de modifier l'article 224-4 du code pénal en ne prévoyant la diminution de la peine encourue qu'en cas de prise d'otage avec ordre ou condition.

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. Elle est maintenue.

32. *Rapport* 2007, p. 20; *Rapport* 2008, p. 19; *Rapport* 2009, p. 22; *Rapport* 2010, p. 27.

33. *Rapport* 2008, p. 20; *Rapport* 2009, p. 23; *Rapport* 2010, p. 28.

Modification de l'article 2-1 du code de procédure pénale³⁴

Il était proposé, dans les *Rapports* 2008, 2009, 2010, de modifier l'alinéa 2 de l'article 2-1 du code de procédure pénale afin qu'en cas de décès de la victime, ses ayants droit puissent consentir à la constitution de partie civile d'une association se proposant de lutter contre le racisme.

Cette suggestion a été reprise par la proposition de loi n° 2756 relative à la constitution de partie civile par des associations, déposée par MM. Jean-Luc Warsmann et Étienne Blanc le 13 juillet 2010 et permettant d'autoriser certaines associations à se constituer partie civile dans ces conditions : il s'agit des associations de lutte contre le racisme (article 2-1 du code de procédure pénale), des associations de défense des victimes de violences familiales (article 2-2 du code de procédure pénale), des associations de lutte contre le sexisme (article 2-6 du code de procédure pénale), des associations de défense des personnes handicapées (article 2-8 du code de procédure pénale), des associations de défense des victimes d'exclusion (article 2-10 du code de procédure pénale), des associations de lutte contre les infractions routières (article 2-12 du code de procédure pénale), des associations de défense des victimes d'accidents du travail (article 2-18 du code de procédure pénale) et des associations de défense des locataires ou bailleurs des immeubles collectifs (article 2-20 du code de procédure pénale).

Cette proposition n'a, pour l'heure, pas été suivie d'effet. Elle est maintenue.

Modification de l'article 181 du code de procédure pénale³⁵

À plusieurs reprises il avait été proposé de modifier l'article 181, alinéa 6, du code de procédure pénale afin que le juge d'instruction statue, par une ordonnance motivée, sur le maintien, ou non, en détention du mis en examen lorsqu'il le met en accusation.

L'avant-projet de code de procédure pénale publié le 3 mars 2010 revient sur la possibilité d'ordonner le maintien en détention lors de l'ordonnance de mise en accusation, dans un article 433-37 ainsi rédigé : « Lorsque la partie pénale est renvoyée devant le tribunal correctionnel ou la cour d'assises, le procureur de la République peut saisir le juge de l'enquête et des libertés pour qu'il décide, par ordonnance motivée, du maintien de la détention provisoire du prévenu ou de l'accusé jusqu'à sa comparution devant la juridiction de jugement. »

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. Elle est maintenue.

Modification de l'article 367 du code de procédure pénale³⁶

Il était proposé, dans les *Rapports* 2008, 2009, 2010 de modifier l'article 367, alinéa 2, du code de procédure pénale afin qu'il soit précisé que, dans le cas où la cour d'assises

34. *Rapport* 2008, p. 21 ; *Rapport* 2009, p. 24 ; *Rapport* 2010, p. 28.

35. *Rapport* 2008, p. 22 ; *Rapport* 2009, p. 24, *Rapport* 2010, p. 29.

36. *Rapport* 2008, p. 22 ; *Rapport* 2009, p. 25 ; *Rapport* 2010, p. 29.

prononce une peine d'emprisonnement supérieure à la durée de la détention provisoire subie, cette condamnation vaut, sauf décision contraire, titre de détention de l'accusé.

Cette proposition a été suivie d'effet.

L'article 367 du code de procédure pénale comporte désormais un deuxième alinéa rédigé comme suit : « Dans les autres cas, tant que l'arrêt n'est pas définitif et, le cas échéant, pendant l'instance d'appel, l'arrêt de la cour d'assises vaut titre de détention jusqu'à ce que la durée de la détention ait atteint celle de la peine prononcée, sans préjudice pour l'accusé de son droit à demander sa mise en liberté conformément aux dispositions des articles 148-1 et 148-2. »

Modification de l'article 505-1 du code de procédure pénale³⁷

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a introduit dans le code de procédure pénale un article 505-1 pour éviter qu'un appel hors délai, un appel sans objet ou un appel dont l'appelant s'est désisté soient examinés à l'audience de la cour d'appel. Le président de la chambre des appels correctionnels peut, dans ces cas, rendre, sans que la question soit débattue contradictoirement, une ordonnance de non-admission d'appel non susceptible de recours.

Il était proposé, dans les *Rapports* 2008, 2009 et 2010, de rechercher une solution législative permettant que, dans les cas où des éléments d'information inconnus du président au moment où il a pris sa décision ont été révélés ultérieurement, celui-ci puisse être à nouveau saisi pour rétracter son ordonnance.

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. Elle est maintenue.

Incrimination de la poursuite de travaux malgré une décision de la juridiction administrative ordonnant qu'il soit sursis à l'exécution du permis de construire³⁸

Par son arrêt du 13 février 2009 (pourvoi n° 01-85.826, *Bull.* 2009, Ass. plén., n° 1), consécutif à la première constatation -à l'unanimité- par la Cour européenne des droits de l'homme de la violation par la France de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux termes duquel « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international » (CEDH, 10 octobre 2006, *Pessino c. France*, requête n° 40403/02), l'assemblée plénière a décidé que, par application du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale posé par l'article 111-4 du code pénal, la poursuite de travaux malgré une décision de la juridiction administrative ordonnant qu'il soit sursis à l'exécution du permis de construire n'est pas constitutive de l'infraction de construction sans permis, prévue par l'article L. 480-4 du code de l'urbanisme.

37. *Rapport* 2008, p. 22 ; *Rapport* 2009, p. 25 ; *Rapport* 2010, p. 30.

38. *Rapport* 2009, p. 26 ; *Rapport* 2010, p. 30.

En l'espèce, le permis de construire délivré à l'intéressé ayant été déféré devant la juridiction administrative, celle-ci a ordonné qu'il soit sursis à son exécution. L'intéressé, qui avait poursuivi les travaux postérieurement à la notification qui lui avait été faite de cette décision, a été condamné par le tribunal correctionnel sur le fondement de l'article 480-3 du code de l'urbanisme pour avoir exécuté ces travaux malgré le jugement ayant ordonné le sursis.

Saisie par le prévenu, la cour d'appel, retenant que le jugement du tribunal administratif n'avait été suivi d'aucun arrêté prescrivant l'interruption des travaux, a requalifié les faits et déclaré celui-ci coupable du délit de construction sans permis prévu par l'article L. 480-4 du code de l'urbanisme, dès lors que, le permis étant suspendu du fait de la décision de sursis à exécution dont il avait été avisé, il était tenu d'interrompre les travaux.

L'assemblée plénière a décidé qu'en statuant ainsi la cour d'appel avait violé les articles 111-4 du code pénal et L. 480-4 du code de l'urbanisme.

Il apparaît en effet qu'à l'époque où ils ont été commis, aucun texte législatif ou réglementaire n'incriminait spécifiquement les faits reprochés au prévenu et que la jurisprudence assimilant à la construction sans permis celle réalisée avant son obtention, après son refus, en vertu d'un permis annulé, retiré, périmé ou obtenu par fraude, ne pouvait, sauf application extensive prohibée par l'article 111-4 du code pénal, être appliquée au cas d'espèce, le sursis à exécution, qui n'entraîne que la suspension du permis de construire, ne pouvant être assimilé à une absence de titre.

En conséquence, l'assemblée plénière a prononcé une cassation sans renvoi en vertu de l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire, les faits n'étant susceptibles d'aucune qualification pénale.

Par conséquent, il semblait nécessaire de prévoir une incrimination spécifique de la poursuite de travaux en dépit d'une décision de la juridiction administrative ordonnant qu'il soit sursis à l'exécution du permis de construire.

Cette suggestion figure dans la proposition de loi n° 2746 déposée le 13 juillet 2010 par le député Jean-Luc Warsmann, tendant à compléter l'article L. 480-3 du code de l'urbanisme par un alinéa qui pénalise la continuation des travaux nonobstant la décision de la juridiction administrative prononçant la suspension de l'autorisation d'urbanisme. Cette proposition a pour le moment été renvoyée à la commission des affaires économiques, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus.

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. Elle est maintenue.

Modification de l'article 194 du code de procédure pénale³⁹

Il était proposé, dans les *Rapports* 2009 et 2010, d'introduire un délai d'examen, par la chambre de l'instruction, de l'appel d'une ordonnance de placement sous contrôle judiciaire ou de refus de placement sous contrôle judiciaire.

39. *Rapport* 2009, p. 30; *Rapport* 2010, p. 34.

L'examen des pourvois avait en effet révélé que le contrôle judiciaire est souvent assorti d'obligations particulièrement astreignantes, notamment d'interdiction professionnelle ou de cautionnement. Alors que la chambre de l'instruction doit statuer dans un délai de vingt jours si elle est directement saisie d'une demande de mainlevée partielle ou totale du contrôle judiciaire (article 148-2, alinéa 2, du code de procédure pénale), l'examen du recours n'est soumis à aucun délai en cas d'appel d'une décision du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention en matière de contrôle judiciaire.

La loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 a ajouté un alinéa 3 à l'article 194 du code de procédure pénale ainsi rédigé : « Il en est de même en cas d'appel en matière de contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique ; à défaut, en cas d'appel d'une ordonnance de placement sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique ou de refus de mainlevée d'une de ces deux mesures, la mainlevée de celle-ci est acquise de plein droit, sauf si des vérifications concernant la demande de la personne ont été ordonnées ou si des circonstances imprévisibles et insurmontables mettent obstacle au jugement de l'affaire dans le délai prévu au présent article. »

Modification de l'article 185 du code de procédure pénale⁴⁰

Les *Rapports* 2009 et 2010 recommandaient de soumettre l'appel du procureur général aux mêmes formalités que l'appel du procureur de la République et des parties.

Cette harmonisation avait d'ores et déjà été réalisée, pour l'article 505 du code de procédure pénale, par l'article 73 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 qui a notamment supprimé l'exigence d'une signification aux parties de l'appel formé par le procureur général à l'encontre d'un jugement en matière correctionnelle ; à l'instar du procureur de la République et des parties, le procureur général forme désormais son appel par déclaration au greffe. En revanche l'article 185 du code de procédure pénale prévoyait toujours que l'appel par le procureur général d'une ordonnance du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention devait être signifié aux parties. En l'absence de justification de ce régime juridique particulier, il était jugé souhaitable de modifier l'article 185 en prévoyant un appel par déclaration au greffe.

Cette proposition a été suivie d'effet.

L'alinéa 4 de l'article 185 du code de procédure pénale énonce désormais que « le droit d'appel appartient également dans tous les cas au procureur général. Celui-ci forme cet appel dans les dix jours qui suivent l'ordonnance du juge par déclaration au greffe du tribunal ».

Modification de l'article 470-1 et de l'article 475-1 du code de procédure pénale⁴¹

Par arrêt du 22 septembre 2009 (pourvoi n° 08-83.166), la chambre criminelle a rappelé que la cour d'appel statuant sur les seuls intérêts civils, en vertu de l'article 470-1 du

40. *Rapport* 2009, p. 30 ; *Rapport* 2010, p. 34.

41. *Rapport* 2009, p. 30 ; *Rapport* 2010, p. 35.

code de procédure pénale, ne pouvait faire application de l'article 700 du code de procédure civile, étranger aux procédures suivies devant les juridictions répressives. Par ailleurs, la juridiction répressive ne peut, dans ce cas, faire application de l'article 475-1 du code de procédure pénale qui ne permet que la condamnation de l'auteur de l'infraction à payer à la partie civile la somme qu'il détermine, au titre des frais non payés par l'État et exposés par lui. Une modification de l'article 470-1 destinée à combler cette lacune apparaissait donc souhaitable.

Cette proposition a été suivie d'effet.

L'alinéa 1^{er} de l'article 475-1 du code de procédure pénale énonce désormais que « le tribunal condamne l'auteur de l'infraction ou la personne condamnée civilement en application de l'article 470-1 à payer à la partie civile la somme qu'il détermine, au titre des frais non payés par l'État et exposés par celle-ci [...] ».

Modification de l'article 732 du code de procédure pénale⁴²

Par arrêt du 10 juin 2009 (pourvoi n° 08-87.096, *Bull. crim.* 2009, n° 121), la chambre criminelle a jugé qu'il résultait des articles 712-7, 712-8, 712-12 et 712-13 du code de procédure pénale que le juge de l'application des peines était compétent en première instance pour prendre les décisions modifiant ou refusant de modifier les obligations de la libération conditionnelle fixées par le tribunal de l'application des peines. Il faut souligner que cette solution adoptée par la Cour de cassation est celle qui résulte des travaux parlementaires.

Cette affaire a cependant fait apparaître que les dispositions précitées de l'article 712-8 n'avaient pas entraîné l'adaptation de l'article 732, dernier alinéa, du code de procédure pénale qui prévoyait que, pendant toute la durée de la libération conditionnelle, les dispositions de la décision pouvaient être modifiées, suivant les distinctions de l'article 730 du code de procédure pénale, soit par le juge de l'application des peines compétent pour mettre en œuvre la décision, soit, sur proposition de ce magistrat, par le tribunal de l'application des peines.

Cette proposition a été suivie d'effet.

L'article 732 comporte désormais un alinéa 4 rédigé comme suit : « Pendant toute la durée de la libération conditionnelle, les dispositions de la décision peuvent être modifiées en application de l'article 712-8. »

Encadrement juridique des autopsies judiciaires⁴³

Dans le cadre de la restitution du corps à la suite d'une autopsie médico-légale, la question du sort des prélèvements humains réalisés aux fins d'analyse se pose.

La chambre criminelle a jugé dans un arrêt du 3 avril 2002 (pourvoi n° 01-81.592, *Bull. crim.* 2002, n° 75) que les prélèvements réalisés sur le corps du défunt aux fins de

42. *Rapport* 2009, p. 31 ; *Rapport* 2010, p. 36.

43. *Rapport* 2009, p. 32 ; *Rapport* 2010, p. 37.

recherches et d'analyses médico-légales pour les nécessités d'une information ne constituaient pas des objets susceptibles de restitution au sens de l'article 99 du code de procédure pénale.

Si la question de la restitution de prélèvements de tissus ne se pose pas, ceux-ci étant le plus souvent détruits après analyse, les demandes de restitution d'organes soulèvent des enjeux humains majeurs touchant tant à la dignité de l'être humain qu'à des considérations morales.

Comme le proposaient les *Rapports* 2009 et 2010, il y avait là, dans le silence des textes, une opportunité de légiférer en la matière.

Cette proposition a été suivie d'effet.

Les articles 230-28 à 230-31 ont été ajoutés au code de procédure pénale.

Exercice de l'action civile au nom d'une association étrangère⁴⁴

La chambre criminelle avait jugé (Crim., 16 novembre 1999, pourvoi n° 96-85.723, *Bull. crim.* 1999, n° 260) que les associations étrangères devaient se soumettre, pour obtenir la capacité d'ester en justice, aux formalités de l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1905 auxquelles toute association française ou étrangère doit se soumettre pour obtenir la qualité d'ester en justice et que l'exigence d'une telle formalité ne constituait pas une discrimination au sens des articles 6 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Cette jurisprudence a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme par un arrêt du 15 janvier 2009 (Ligue du monde islamique et Organisation islamique mondiale du secours islamique c. France, requêtes n° 36497/05 et 37172/05). En effet, la Cour a considéré qu'en exigeant la déclaration prévue à l'article 5 de la loi de 1901 pour une association étrangère n'ayant pas son « principal établissement » en France et souhaitant introduire une action en justice, les autorités françaises n'ont pas seulement sanctionné l'inobservation d'une formalité administrative nécessaire à la protection de l'ordre public, elles ont imposé aux requérants une restriction, non suffisamment prévisible, qui porte atteinte au droit d'accès à un tribunal et, dès lors, viole l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Par un arrêt du 8 décembre 2009 (pourvoi n° 09-81.607, *Bull. crim.* 2009, n° 205), la chambre criminelle a abandonné les exigences posées par sa jurisprudence antérieure et a considéré comme recevable la constitution de partie civile de toute personne morale dans les conditions de l'article 2 du code de procédure pénale, même si elle n'a pas d'établissement en France et n'a pas fait de déclaration préalable à la préfecture.

Afin de concilier le respect du principe posé par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la non moins légitime exigence de préserver l'ordre public et la sécurité, les *Rapports* 2009 et 2010 avaient émis le vœu qu'une disposition législative vienne suspendre la prescription des poursuites pour l'infraction dénoncée par l'association étrangère le temps nécessaire à la réalisation par cette dernière des formalités administratives imposées par la loi.

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. Elle est maintenue.

44. *Rapport* 2009, p. 32; *Rapport* 2010, p. 37.

Pouvoirs d'évocation de la chambre de l'instruction⁴⁵

Il était proposé que soit « clarifiée » la rédaction des dispositions du code de procédure pénale (article 207 notamment) relatives à la chambre de l'instruction et à ses pouvoirs d'évocation du dossier ; la présentation actuelle du texte était jugée quelque peu confuse et imprécise en ce qui concerne l'étendue et les limites de ces pouvoirs.

L'avant-projet de code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 intègre à cet effet de nouvelles dispositions relatives aux pouvoirs d'évocation de la chambre de l'enquête, dans une section décrivant les pouvoirs d'évocation de la chambre en cas de carence du parquet, d'exécution imparfaite par le parquet, d'évocation partielle ou totale, ou de caducité de la procédure tendant à l'évocation.

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. Elle est maintenue.

Insertion d'un communiqué de presse après une décision de non-lieu⁴⁶

Les articles 177-1 et 212-1 du code de procédure pénale donnent la possibilité au bénéficiaire d'une décision de non-lieu d'en demander la publication, intégrale ou partielle, ou celle d'un communiqué.

La question se pose du domaine d'application de cette procédure. Les articles susvisés, réservant l'exercice de l'action publique à « la personne concernée », autorisent-ils, outre le mis en examen, le témoin assisté à agir ?

La volonté législative, telle qu'elle transparaît à l'examen des travaux parlementaires, n'était pas de limiter aux seules personnes mises en examen le bénéfice de ces dispositions ; le témoin assisté peut en effet avoir été victime d'un préjudice, dans l'atteinte portée à son honneur ou à sa réputation par la méconnaissance de la présomption d'innocence.

La chambre criminelle a procédé, cependant, à une lecture restrictive de ces textes et a considéré (Crim., 6 mars 2007, pourvoi n° 06-83.103, *Bull. crim.* 2007, n° 68) que seules les personnes mises en examen peuvent en bénéficier.

Il était estimé opportun d'envisager la modification des articles 177-1 et 212-1 du code de procédure pénale afin d'ouvrir clairement le bénéfice de ce dispositif aux témoins assistés.

La proposition de loi n° 2748 déposée le 13 juillet 2010 à l'Assemblée nationale par M. Jean-Luc Warsmann prévoit ainsi de remplacer dans les deux articles en cause le mot « concernée » par « mise en examen ou entendue comme témoin assisté », permettant ainsi à la personne qui avait bénéficié du statut de témoin assisté dans une procédure judiciaire qui se conclut par une décision de non-lieu de demander, comme le mis en examen, la publication de la décision ou l'insertion d'un communiqué.

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. Elle est maintenue.

45. *Rapport* 2009, p. 33 ; *Rapport* 2010, p. 38.

46. *Rapport* 2009, p. 33 ; *Rapport* 2010, p. 39.

Jugement par la cour d'assises d'un délit commis connexe à un crime⁴⁷

L'article 380-1 du code de procédure pénale prévoit qu'en appel la cour d'assises statue sans l'assistance des jurés lorsque, sur l'appel de l'accusé ou du ministère public, est seul en cause un délit connexe à un crime.

Cette disposition de simplification de la procédure repose sur le fait que le jugement des délits est en principe de la compétence des seuls magistrats professionnels et que le renvoi devant une cour d'assises n'était justifié que par une connexité qui ne se retrouve pas en appel en raison de l'absence de recours concernant la condamnation criminelle.

Il était proposé par les *Rapports* 2009 et 2010, pour les mêmes motifs, de permettre, au premier comme au second degré, lorsque par suite d'une disjonction des poursuites ou de l'extinction de l'action publique en ce qui concerne les faits de nature criminelle (notamment par décès de l'accusé), comparait seul devant la cour d'assises l'accusé renvoyé pour un délit connexe, que celui-ci soit jugé par la cour seule, sans l'assistance des jurés.

Cette proposition a été suivie d'effet, par la suppression des alinéas 3 à 5 de l'article 380-1 du code de procédure pénale et la création de l'article 286-1 du même code.

Abrogation de l'article 370 de la loi du 16 décembre 1992⁴⁸

Il a été suggéré, dans les *Rapports* 2008 et 2010, d'abroger l'article 370 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, et de mettre ainsi fin, pour l'avenir, au maintien de l'interdiction des droits civiques résultant d'une condamnation pénale prononcée en dernier ressort avant le 1^{er} mars 1994.

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. Elle est maintenue.

Introduction dans la réglementation de la garde à vue de dispositions permettant de respecter pleinement la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴⁹

Par trois arrêts du 19 octobre 2010 (voir *Rapport* 2010, p. 422), la chambre criminelle siégeant en formation plénière a relevé que le régime de la garde à vue en vigueur ne satisfaisait pas aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, notamment en ce qui concerne la notification du droit au silence de la personne gardée à vue et son assistance effective par un avocat au cours de l'exécution de cette mesure. En outre, elle a jugé que des dérogations au droit à l'assistance par un avocat ne pouvaient se faire en fonction de la nature des infractions susceptibles d'être reprochées à la personne gardée à vue mais en considération de situations particulières. L'application de ces règles requerrait que le législateur prenne des dispositions permettant la mise en œuvre de ces principes.

Le législateur a adopté la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

47. *Rapport* 2009, p. 34; *Rapport* 2010, p. 39.

48. *Rapport* 2008, p. 13; *Rapport* 2010, p. 40.

49. *Rapport* 2010, p. 40.

Modification de l'article 82 du code de procédure pénale⁵⁰

Par arrêt rendu le 11 mai 2010 (pourvoi n° 10-80.953, *Bull. crim.* 2010, n° 73), la chambre criminelle a jugé que l'article 82 du code de procédure pénale, qui prévoit que le procureur de la République peut demander à assister à l'exécution des actes qu'il requiert, ne respecte pas le principe de l'égalité des armes, en ce qu'il lui ouvre un droit dont ne disposent pas les autres parties sauf à ce que celles-ci soient invitées à assister à cet acte. Il conviendrait qu'une réflexion soit engagée pour permettre que dans le cadre de l'instruction préparatoire, chaque partie ait des droits identiques en matière de demandes d'actes.

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. Elle est maintenue.

Modification de l'article 113-8 du code de procédure pénale⁵¹

L'alinéa 3 de l'article 113-8 du code de procédure pénale prévoit que le témoin assisté mis en examen par lettre recommandée est informé de son droit de formuler des demandes d'actes ou des requêtes en annulation dans le délai de vingt jours. Il est ainsi fait référence au délai prévu par l'article 175 du code de procédure pénale. Or, ce délai a été modifié par la loi du 5 mars 2007 qui l'a porté à un ou trois mois, selon les cas, ainsi que l'a relevé la chambre criminelle dans un arrêt du 22 septembre 2010 (pourvoi n° 10-84.917, *Bull. crim.* 2010, n° 137). Il était indiqué dans le *Rapport 2010* que l'article 113-8 devrait donc être modifié en conséquence.

Cette proposition a été suivie d'effet.

L'alinéa 3 de l'article 113-8 du code de procédure pénale énonce désormais que « cette lettre recommandée peut être adressée en même temps que l'avis de fin d'information prévu par l'article 175. Elle informe alors la personne de son droit de formuler des demandes d'actes ou de requêtes en annulation dans un délai d'un mois si une personne mise en examen est détenue et de trois mois dans les autres cas ».

Introduction d'une disposition déterminant, en cas d'appel d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel d'un mis en examen en détention provisoire, la juridiction compétente pour statuer sur la prolongation de cette détention et des délais d'examen⁵²

L'article 179 du code de procédure pénale prévoit que le tribunal correctionnel doit examiner l'affaire dans les deux mois de l'ordonnance renvoyant un mis en examen devant cette juridiction, ce délai pouvant, selon l'alinéa 5 de cet article, être prorogé à deux reprises.

Il était suggéré dans le *Rapport 2010* qu'en cas d'appel d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, hypothèse plus fréquente depuis l'introduction de l'article 186-3 du code de procédure pénale, il soit prévu, ce que ne font ni l'article 148-1 ni l'article 179,

50. *Rapport 2010*, p. 41.

51. *Rapport 2010*, p. 41.

52. *Rapport 2010*, p. 41.

que la chambre de l'instruction sera compétente pour prolonger la détention provisoire et qu'il soit fixé un délai dans lequel cette chambre devra statuer sur l'appel de l'ordonnance de renvoi. Il était également proposé qu'un délai soit aussi prescrit pour que la chambre criminelle saisie d'un pourvoi en la matière statue et que la loi prévoit le délai de comparution devant le tribunal correctionnel de la personne concernée.

La chambre criminelle a pu en effet constater que l'absence de telles dispositions créait des difficultés pratiques importantes.

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. Elle est maintenue.

Modification de l'article 417 du code de procédure pénale⁵³

À la suite de la décision en date du 16 juillet 2010 de la formation de constitutionnalité de la Cour de cassation (Cass., QPC, n° 12185, pourvoi n° 10-80.551), il paraissait opportun de prévoir, à l'article 417 du code de procédure pénale, que le prévenu qui n'a pas fait le choix d'un avocat à l'audience doit être informé de la possibilité de se faire commettre par le président un avocat d'office.

Cette proposition a été suivie d'effet.

L'alinéa 2 de l'article 417 du code de procédure pénale est rédigé comme suit : « Si le prévenu n'a pas fait choix d'un défenseur avant l'audience, il peut, à sa demande, bénéficier d'un avocat commis d'office. Si le prévenu formule cette demande, le président commet un défenseur d'office. »

Modification de l'article 528 du code de procédure pénale⁵⁴

L'article 528 du code de procédure pénale prévoit que le jugement rendu par défaut par le tribunal de police saisi d'un recours par le ministère public ou le prévenu contre une ordonnance pénale n'est pas susceptible d'opposition. Une telle impossibilité n'est pas justifiable au regard du droit pour toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement. La seule voie qui était ouverte était celle du pourvoi en cassation (voir *Crim.*, 5 janvier 2010, pourvoi n° 09-85.531, *Bull. crim.* 2010, n° 1), lequel ne peut toutefois se substituer à un examen au fond de la procédure.

Le *Rapport* 2010 proposait en conséquence une modification de l'article 528 du code de procédure pénale.

Cette proposition a été suivie d'effet.

L'article 528, alinéa 1^{er}, dans sa version issue de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 applicable à compter du 1^{er} janvier 2013 est désormais rédigé comme suit : « En cas d'opposition formée par le ministère public ou par le prévenu, l'affaire est portée à l'audience du tribunal de police dans les formes de la procédure ordinaire. Le jugement rendu

53. *Rapport* 2010, p. 42.

54. *Rapport* 2010, p. 42.

par défaut, sur l'opposition du prévenu, est susceptible d'opposition dans les conditions prévues aux articles 489 à 494-1. »

Modification de l'article 663 du code de procédure pénale⁵⁵

L'article 663 du code de procédure pénale réserve au ministère public l'initiative de la mise en œuvre de la procédure de dessaisissement entre juges d'instruction.

C'est ainsi que la chambre criminelle a jugé, par arrêt du 31 mars 2009 (pourvoi n° 08-88.226, *Bull. crim.* 2009, n° 63) qu'encourt, dès lors, la cassation, l'arrêt de la chambre de l'instruction qui énonce notamment que, si l'article 663 du code susvisé a pour objet d'autoriser, de manière exceptionnelle, le ministère public à requérir le dessaisissement d'un juge d'instruction, cette disposition n'exclut pas que le juge d'instruction puisse prendre l'initiative de ce dessaisissement ou y procède malgré des réquisitions contraires.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, l'initiative d'une telle procédure de dessaisissement devrait pouvoir être prise par le juge d'instruction.

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. Elle est maintenue.

Modification de l'article 665 du code de procédure pénale⁵⁶

Par arrêt du 2 septembre 2010 (pourvoi n° 10-86.257, *Bull. crim.* 2010, n° 130; voir *Rapport* 2010, p. 434), la chambre criminelle a jugé, à la suite de la décision en date du 8 juillet 2010 (Cass., QPC, n° 12144, pourvoi n° 10-90.048) de la formation de constitutionnalité de la Cour de cassation, qu'il y avait lieu de soumettre la requête en renvoi d'une affaire dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, présentée en application de l'article 665, alinéa 2, du code de procédure pénale, à la contradiction. Le *Rapport* 2010 précisait qu'il serait utile que cette jurisprudence soit désormais suivie d'une adaptation du texte.

Cette proposition a été suivie d'effet.

L'alinéa 3 de l'article 665 du code de procédure pénale énonce que « la requête mentionnée au deuxième alinéa doit être signifiée à toutes les parties intéressées, qui ont un délai de huit jours pour déposer un mémoire au greffe de la Cour de cassation ».

Modification du code de procédure pénale pour permettre le transfert d'un dossier d'un procureur à un autre⁵⁷

L'article 665, alinéa 2, du code de procédure pénale prévoit qu'une affaire peut être renvoyée dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, soit sur requête du procureur général près la Cour de cassation, soit sur requête du procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle la juridiction saisie a son siège, agissant d'initiative ou sur demande des parties.

55. *Rapport* 2010, p. 42.

56. *Rapport* 2010, p. 43.

57. *Rapport* 2010, p. 43.

L'exercice des prérogatives judiciaires importantes exercées par le ministère public en matière d'enquêtes préliminaires et d'enquêtes de flagrant délit peut se heurter à des difficultés qui sont également de nature à porter atteinte à la bonne administration de la justice. Il était dans ces conditions indiqué dans le *Rapport* 2010 qu'il apparaissait utile qu'une procédure ayant le même effet soit envisagée.

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. Elle est maintenue.

Modification de l'article 706-14 du code de procédure pénale⁵⁸

Il résulte de l'application combinée des articles 706-3 et 706-14 du code de procédure pénale que les victimes d'une atteinte légère à la personne ne peuvent bénéficier d'une indemnisation qu'à condition de justifier de l'existence d'une incapacité totale de travail médicalement constatée.

Par un arrêt du 9 décembre 2010 (pourvoi n° 09-71.202, *Bull.* 2010, II, n° 203), la deuxième chambre civile a ainsi été amenée à rejeter la demande d'indemnisation d'un enfant de 7 ans, victime de violences de la part de son père, par application de l'article 706-14, dernier alinéa.

Cette solution apparaît difficilement acceptable lorsque est constatée, notamment chez un mineur, la réalité de traumatismes ou de conséquences d'ordre psychologique imputables aux violences subies.

Il était donc proposé dans le *Rapport* 2010 une modification du dernier alinéa de l'article 706-14 permettant d'indemniser le préjudice subi en prenant en compte la seule constatation d'un retentissement psychologique important ou d'un traumatisme psychologique grave en relation avec l'infraction.

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. Elle est maintenue.

Compétence de la loi française pour des menaces émises depuis l'étranger⁵⁹

Il est renoncé à cette proposition.

Modification de la loi n° 20056158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés⁶⁰

Il est renoncé à cette proposition.

58. *Rapport* 2010, p. 43.

59. *Rapport* 2010, p. 45.

60. *Rapport* 2010, p. 45.

B – Suggestions nouvelles

Adaptation de la procédure de dépôt des questions prioritaires de constitutionnalité devant les juridictions du fond (articles R. 49-21 et suivants du code de procédure pénale)

L'examen des questions prioritaires de constitutionnalité par la chambre criminelle conduit celle-ci à relever que les textes régissant la procédure de question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions du fond ne mettent pas obstacle à une pratique de nature à empêcher le bon déroulement des procès. En effet, il n'est pas prévu de modalités particulières pour le dépôt d'une question prioritaire de constitutionnalité au cours d'une audience pénale, de sorte qu'un tel dépôt peut mettre obstacle, de manière inopinée, à la tenue d'audiences programmées de longue date.

Il serait donc souhaitable que soient mises en place des règles de procédure qui, tout en ne perturbant pas la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité, évitent en tout état de cause des remises en cause excessives du calendrier des juridictions.

Il pourrait ainsi être prévu que les parties doivent déposer leurs questions dans un délai déterminé à compter de leur renvoi devant le tribunal correctionnel ou après la saisine de la cour d'appel. De telles exigences éviteraient aussi qu'après une décision de non-transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel, la même question reformulée soit posée à nouveau au même stade de procédure (voir Crim., 13 septembre 2011, décision de non-transmission, pourvoi n° 11-90.081 ; nouvelle transmission dans la même procédure, par arrêt en date du 20 octobre 2011 de la même cour d'appel, d'une question prioritaire de constitutionnalité identique).

De telles dispositions régulatrices ne priveraient les justiciables d'aucun droit puisqu'il leur demeurerait loisible de soulever la même question prioritaire de constitutionnalité à un stade ultérieur de procédure.

La directrice des affaires criminelles et des grâces a émis un avis réservé sur cette proposition.

Elle a précisé que la situation décrite ci-dessus n'avait jamais été portée à sa connaissance et lui paraissait surprenante, dès lors qu'il appartenait clairement au « juge *a quo* » de refuser la transmission de la seconde QPC dans cet exemple.

En revanche, elle a observé qu'effectivement les audiences de certains « grands procès » avaient été largement malmenés en raison de QPC « tardives », « abusives ou dilatoires » mais parfois non dénuées de fondement.

Elle a indiqué que, s'il pourrait être intéressant à première vue de prévoir un délai de dépôt des QPC après une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel ou une saisine de la cour d'appel, il paraissait cependant difficile d'imposer aux parties un tel délai pour déposer leur(s) question(s) à compter de leur renvoi devant le tribunal correctionnel ou de la saisine de la cour d'appel. Elle a rappelé à cet égard que la QPC n'est pas une prétention autonome mais un moyen dont le régime suit celui applicable à la demande au soutien de laquelle elle vient.

Elle a précisé par ailleurs que la modification éventuelle ne pourrait être faite que par une loi organique, ainsi soumise au Conseil constitutionnel, lequel n'est pas favorable à un encadrement, même minimal, des conditions de dépôt des QPC.

Réglementation de la géolocalisation

Par arrêt du 22 décembre 2011 (pourvoi n° 11-84.308, en cours de publication), la chambre criminelle a considéré que la mise en place d'un dispositif technique dit de « géolocalisation » était justifiée dès lors qu'elle trouvait son fondement légal dans l'article 81 du code de procédure pénale et que la surveillance était effectuée sous le contrôle d'un juge constituant une garantie suffisante contre l'arbitraire, qu'elle était proportionnée au but poursuivi, s'agissant d'un important trafic de stupéfiants en bande organisée portant gravement atteinte à l'ordre public et à la santé publique, et nécessaire au sens de l'article 8, alinéa 2, de la Convention européenne des droits de l'homme.

La complexité des problèmes juridiques soulevés par cette pratique et la nécessité de l'entourer de contours précis justifieraient toutefois qu'une loi vienne définir le champ et les modalités de cette pratique.

La directrice des affaires criminelles et des grâces a indiqué partager ce point de vue.

Elle estime que devront cependant être clairement définis le terme de géolocalisation, les conditions de mise en œuvre de cette procédure et les garanties l'assortissant. Elle a par ailleurs précisé que ces questions avaient été mises à l'étude.

Droits de la personne entendue par la police judiciaire hors le régime de la garde à vue

Par sa décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011 relative à la garde à vue, le Conseil constitutionnel a estimé qu'il résultait de l'article 62 du code de procédure pénale qu'une personne à l'encontre de laquelle il apparaît qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction peut être entendue par les enquêteurs en dehors du régime de la garde à vue dès lors qu'elle n'est pas maintenue à leur disposition sous la contrainte. Il a en revanche estimé que le respect des droits de la défense exigeait que cette personne ne puisse être entendue ou continuer à être entendue librement par les enquêteurs que si elle avait été informée de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonnait d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie.

Il apparaît, au vu de ses répercussions pratiques et de l'importance du contentieux en matière d'audition des personnes par les officiers de police judiciaire, que cette réserve d'interprétation requiert que ses conséquences ne soient pas seulement l'œuvre de la jurisprudence mais que le législateur prévoit des règles précises fixant les droits de la personne ainsi suspectée.

À la suite de cette réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, la directrice des affaires criminelles et des grâces a précisé que la chancellerie avait publié une dépêche, en date du 18 novembre 2011, dans laquelle il avait notamment été indiqué que les officiers

et agents de police judiciaire procédant à une audition hors garde à vue devaient, dès le début de l'audition, procéder à la notification du droit d'être immédiatement informé de l'infraction, c'est-à-dire de la nature et de la date de l'infraction présumée (selon les termes déjà en vigueur à l'article 63-1 du code de procédure pénale) et du droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie, ce qui implique notamment que lorsque la personne manifeste la volonté de quitter les locaux, elle ne puisse être placée en garde à vue de ce seul fait.

Modification de l'article 148 du code de procédure pénale

Par décision n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, le Conseil constitutionnel a considéré que l'article 148 du code de procédure pénale était conforme à la Constitution sous réserve que le demandeur ou son avocat ait pu avoir communication de l'avis du juge d'instruction et des réquisitions du ministère public. La chambre criminelle a fait application de ce principe, tout en affirmant qu'il n'imposait pas que le juge des libertés et de la détention statue après avoir reçu les observations du demandeur (notamment, Crim., 26 octobre 2011, pourvoi n° 11-86.117, en cours de publication).

Afin d'éviter des contentieux d'annulation consécutifs au caractère général de cette réserve, il serait utile que le législateur intervienne pour fixer les règles permettant le respect du contradictoire selon des modalités identiques dans l'ensemble des procédures, unifiant ainsi des pratiques dont les dossiers soumis à la Cour de cassation montrent la diversité.

La réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel a fait l'objet d'une dépêche de la chancellerie, en date du 17 décembre 2010, laquelle rappelait qu'il incombe désormais au juge d'instruction, saisi d'une demande de mise en liberté à laquelle il n'entend pas donner une suite favorable, de communiquer aussitôt à la personne mise en examen ou à son avocat, les réquisitions du procureur de la République et l'avis motivé qu'il aura transmis au juge des libertés et de la détention.

Faute de vecteur législatif, la directrice des affaires criminelles et des grâces a expliqué qu'il pourrait être envisagé, afin d'en tirer toutes les conséquences d'un point de vue normatif, d'introduire dans la partie réglementaire du code de procédure pénale un article prévoyant que, lorsqu'il saisit par ordonnance le juge des libertés et de la détention d'une demande de mise en liberté en application de l'article 148, le juge d'instruction notifie dans le même temps à la personne mise en examen et à son avocat cette ordonnance ainsi que les réquisitions du procureur de la République.

Modification de l'article 148-2 du code de procédure pénale

Par arrêt du 8 juin 2011 (pourvoi n° 11-82.402, *Bull. crim.* 2011, n° 125), la chambre criminelle a jugé qu'il résultait de l'article 148-2 du code de procédure pénale que lorsqu'une juridiction est appelée à statuer, en application de l'article 148-1 de ce code, sur une demande de mise en liberté formée par un accusé qui a déjà été jugé en premier ressort et se trouve en instance d'appel, elle doit se prononcer dans le délai de deux mois, non susceptible de prolongation, faute de quoi il est mis fin à la détention provisoire, l'intéressé, s'il n'est pas

détenu pour une autre cause, étant mis d'office en liberté, alors même qu'en l'espèce la juridiction était dans l'attente du retour d'une expertise médicale.

Il faut rappeler qu'il en va explicitement autrement lorsque la chambre de l'instruction intervient en tant que juridiction d'appel des décisions prises par le juge des libertés et de la détention. En effet, dans ce cas, l'article 194 du code de procédure pénale énonce que la chambre de l'instruction doit se prononcer au plus tard dans les dix jours de l'appel lorsqu'il s'agit d'une ordonnance de placement en détention, et dans les quinze jours dans les autres cas, ces délais étant prolongés de cinq jours en cas de comparution personnelle de la personne concernée (article 199), faute de quoi celle-ci est mise d'office en liberté, sauf si des vérifications ont été ordonnées ou si des circonstances imprévisibles et insurmontables mettent obstacle au jugement de l'affaire dans le délai légal.

Une extension des mêmes principes aux demandes de mise en liberté présentées à une juridiction saisie en application de l'article 148-1 du code de procédure pénale s'avérerait opportune et renforcerait la cohérence des textes.

La directrice des affaires criminelles et des grâces a indiqué partager ce point de vue.

Modification de l'article 393 du code de procédure pénale

L'article 393 du code de procédure pénale prévoit que le procureur de la République constate l'identité de la personne qui lui est déférée, lui fait connaître les faits qui lui sont reprochés, recueille ses déclarations si elle en fait la demande et, en cas de comparution immédiate ou de comparution sur procès-verbal, l'informe de son droit à l'assistance d'un avocat pour la suite de la procédure.

Le Conseil constitutionnel, dans les considérants n° 12 et 13 de sa décision n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011 relatifs à cette disposition, a jugé que le respect des droits de la défense n'imposait pas que la personne poursuivie ait accès au dossier avant de recevoir cette notification et qu'elle soit, à ce stade de la procédure, assistée d'un avocat, mais n'autorisait pas le procureur de la République à consigner les déclarations de la personne qui lui est déférée sur les faits qui font l'objet de la poursuite.

Or, en cas de défèrement en application des articles 706-80 à 706-95 du code de procédure pénale, la personne comparait en présence de son avocat devant le procureur de la République qui, après avoir entendu ses déclarations et les observations de son avocat, soit procède comme il est dit aux articles 394 à 396, soit requiert l'ouverture d'une information.

La frontière est délicate entre les textes précités ainsi que l'a mis en évidence un arrêt du 3 novembre 2011 (pourvoi n° 10-87.502, en cours de publication).

Une unification des deux régimes serait de nature à faciliter la conduite des procédures.

La directrice des affaires criminelles et des grâces, qui ne s'y oppose pas, a émis cependant des réserves, postulant que s'en suivrait une complexification de la procédure de comparution immédiate.

Modification de l'article 660 du code de procédure pénale

Par arrêt du 26 octobre 2011 (pourvoi n° 11-87.302, en cours de publication), la chambre criminelle, à l'occasion d'une procédure de règlement de juges, a constaté, après avoir communiqué la requête aux parties, que le cours des procédures devant les juridictions du fond saisies était suspendu.

Il serait utile, pour une bonne administration de la justice, que l'article 660 du code de procédure pénale soit modifié afin de laisser cette suspension à l'appréciation de la chambre criminelle.

La directrice des affaires criminelles et des grâces a indiqué partager ce point de vue.

Modification de l'article 716-4 du code de procédure pénale

Par décision du 5 octobre 2011 (pourvoi n° 11-90.087, en cours de publication), la chambre criminelle a décidé de ne pas transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 716-4 du code de procédure pénale en jugeant que cet article n'excluait pas de son domaine d'application la détention provisoire subie à l'étranger pour des faits jugés en France, mais prévoyait au contraire, en termes généraux, que quand il y a eu détention provisoire à quelque stade que ce soit de la procédure, cette détention est intégralement déduite de la durée de la peine prononcée. La chambre criminelle prenait ainsi une position différente de celle résultant d'un arrêt antérieur du 21 octobre 1997 (pourvoi n° 97-81.099, *Bull. crim.* 1997, n° 344).

Il apparaît opportun que cette jurisprudence récente de la chambre criminelle se traduise par une adaptation du texte concerné.

La directrice des affaires criminelles et des grâces a proposé de consacrer le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation par un amendement au projet de loi de programmation relatif à l'exécution des peines. Cette proposition d'amendement n'a cependant pas été retenue.

Modification de l'article 132-24 du code de procédure pénale

L'article 132-24 du code pénal prévoit qu'en matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28. En conséquence, la chambre criminelle casse les décisions des juges du fond qui prononcent des peines d'emprisonnement sans caractériser la nécessité de la peine d'emprisonnement ferme conformément aux dispositions de l'article 132-24 du code pénal, ni l'impossibilité d'ordonner une mesure d'aménagement (Crim., 12 octobre 2010, pourvoi n° 10-81.044, *Bull. crim.* 2010, n° 156; Crim., 10 novembre 2010, pourvoi n° 10-85.265, *Bull. crim.* 2010, n° 179).

Or, dans l'hypothèse où aucun aménagement d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à deux ans d'emprisonnement n'a été prévu *ab initio* par la juridiction de jugement, l'article 723-15 du code de procédure pénale prévoit l'examen obligatoire de la situation du condamné par le juge de l'application des peines.

Il serait dès lors plus cohérent de demander au juge du fond d'envisager les mesures d'aménagement de la peine d'emprisonnement sans le contraindre à démontrer l'impossibilité d'ordonner un tel aménagement, alors que la loi postule que cette impossibilité va être surmontée par le juge de l'application des peines, en application de l'article 723-15 du code de procédure pénale.

La directrice des affaires criminelles et des grâces a estimé qu'il n'y avait pas de contradiction entre les dispositions du troisième alinéa de l'article 132-24 du code pénal et celles de l'article 723-15 du code de procédure pénale.

Elle a précisé qu'en aucune manière l'article 132-24 ne prévoit que la décision de la juridiction de prononcer une peine d'emprisonnement sans aménagement doit être spécialement motivée et que, lorsque le législateur exige une motivation spéciale sur la peine, il l'inscrit expressément.

Modification de l'article 662, alinéa 4, du code de procédure pénale, relatif aux requêtes en dépaysement pour cause de suspicion légitime

L'article 662, alinéa 4, du code de procédure pénale énonce que « la présentation de la requête n'a point d'effet suspensif à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par la cour de cassation ».

Cet article est assez peu clair et, jusqu'à ce jour, la chambre criminelle n'a jamais ordonné cet effet suspensif. La chambre n'est, de fait, saisie que lorsqu'elle examine la requête au fond, que l'effet suspensif soit demandé ou non, de sorte que la décision qu'elle rend sur le fond rend sans objet la demande d'effet suspensif.

En pratique, le parquet général apprécie l'opportunité de saisir la chambre criminelle des demandes d'effet suspensif accompagnant les requêtes et fixe, le cas échéant, ces requêtes à la première audience utile, et ce même si l'instruction par le parquet général de la requête était encore en cours. Il s'agit de réserver cette procédure aux situations d'urgence, afin que la chambre ne soit pas saisie, par exemple, après que la juridiction de jugement dont le dessaisissement est demandé a statué.

Il est donc proposé soit la suppression de cette disposition, soit sa modification afin qu'il soit précisé que la demande d'effet suspensif doit intervenir par requête distincte et motivée et que le président (et non la chambre criminelle) statue sur le bien-fondé de cette demande.

La direction des affaires criminelles et des grâces a exprimé un avis réservé sur le mérite de cette proposition.

Modification de l'article 665 du code de procédure pénale relatif aux requêtes en dépaysement dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice s'agissant des délais

Cet article vient d'être modifié par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, qui a précisé, conformément à la jurisprudence de la chambre criminelle, que la requête devait être signifiée « à toutes les parties intéressées qui ont un délai de huit jours pour déposer un mémoire au greffe de la Cour de cassation ».

Si l'introduction de cette modification législative s'est faite à la demande de la Cour, le dernier aliéna de l'article selon lequel « la chambre criminelle statue dans le délai de huit jours de la requête » mérite aussi d'être modifié. En effet, ce délai est beaucoup trop court pour permettre l'instruction du dossier par le cabinet du procureur général, puis par le rapporteur et l'avocat général et, sachant que seules deux sections examinent ce type de requêtes, il n'y a pas toujours d'audience prévue dans le délai utile. La chambre criminelle n'est ainsi quasiment jamais en mesure de respecter ce délai, ce qui conduit à une pratique contestable consistant pour le parquet général à n'enregistrer la requête que lorsque la date d'audience est fixée.

Il est donc proposé de porter le délai à un mois (et quinze jours pour le dépôt d'observations éventuelles).

La direction des affaires criminelles et des grâces a émis un avis favorable sur le mérite de cette proposition.

Modification de l'article 712-8 du code de procédure pénale et du recours contre certaines décisions du juge de l'application des peines

Compte tenu de l'ambiguïté rédactionnelle de l'article 712-8 du code de procédure pénale, la question s'est posée de savoir si les décisions rendues par le juge de l'application des peines sur une demande d'autorisation de se déplacer à l'étranger, sollicitée par un condamné à une peine de sursis avec mise à l'épreuve en vertu de l'article 132-44 5° du code pénal, étaient susceptibles de recours.

Les articles 712-11 à 712-13, qui précisent le régime de l'appel, listent les décisions susceptibles d'appel, à savoir les « jugements mentionnés aux articles 712-6 et 712-7 » du code de procédure pénale, pour lesquels l'appel est porté devant la chambre de l'application des peines, et « les ordonnances mentionnées aux articles 712-5 et 712-8 » du code de procédure pénale pour lesquelles l'appel est porté devant le président de cette chambre.

L'article 712-8 du code de procédure pénale ne fait état que des « décisions modifiant ou refusant de modifier les mesures mentionnées aux premier et quatrième alinéas de l'article 712-6 ou les obligations résultant de ces mesures ». Certes le quatrième alinéa de l'article 712-6 précise que l'article est applicable « aux décisions du juge de l'application des peines concernant les peines d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve ». Cependant l'obligation d'obtenir une autorisation préalable est une mesure de contrôle imposée par la loi (article 132-44 5° du code pénal) et à ce titre non modifiable par le juge de l'application des peines, contrairement aux obligations particulières prévues à l'article 132-45 du même code, imposées par la juridiction ou le juge de l'application des peines, et modifiables par

ce dernier. Aussi ce type de décision n'est pas exactement assimilable aux « décisions modifiant ou refusant de modifier » une mesure mentionnée au quatrième alinéa de l'article 712-6.

Dans un arrêt du 16 mars 2011 (pourvoi n° 10-85.885, *Bull. crim.* 2011, n° 56), la chambre criminelle a rejeté le pourvoi du procureur général contre la décision du président de la chambre de l'application des peines qui avait déclaré l'appel recevable en énonçant « que l'absence de recours contre un refus d'autorisation de déplacement à l'étranger fondé sur le maintien des liens familiaux priverait la condamnée de la possibilité de contester cette atteinte et méconnaîtrait son droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme ». La chambre criminelle a estimé « qu'en statuant ainsi, le président de la chambre de l'application des peines a justifié sa décision au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et notamment de son article 13 ».

Ce faisant la chambre criminelle, qui a fondé sa décision sur l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'a pas expressément dit que l'article 712-8 du code de procédure pénale visait nécessairement les décisions prises par le juge de l'application des peines sur une demande d'autorisation de se déplacer à l'étranger.

Afin que le régime de ces décisions soit clairement défini, il conviendrait donc que le législateur clarifie la rédaction de l'article 712-8 du code de procédure pénale, de sorte qu'il apparaisse clairement que les décisions du juge de l'application des peines en la matière sont rendues par ordonnances motivées, susceptibles d'un recours devant le président de la chambre de l'application des peines de la cour d'appel, dans le délai de 24 heures.

La direction des affaires criminelles et des grâces a exprimé un avis réservé sur le mérite de cette proposition.

Modification de l'article 503-1 du code de procédure pénale

Compte tenu des effets de l'article 503-1 tels qu'ils ont été précisés par la jurisprudence récente de la chambre criminelle, il est proposé de modifier l'article 503-1 du code de procédure pénale afin qu'il soit précisé qu'à la réception de l'appel, il doit être notifié à l'appelant, ou son conseil, que l'arrêt rendu sur son appel sera contradictoire à signifier à l'adresse déclarée s'il ne se présente pas et ne signale pas son changement d'adresse.

La direction des affaires criminelles et des grâces a émis un avis favorable sur le mérite de cette proposition.

Modification de l'article L. 450-4 du code de commerce relatif aux visites domiciliaires pratiquées par l'Autorité de la concurrence en matière de recherches des pratiques anticoncurrentielles

Alors que l'article 56-2 du code de procédure pénale, tel que modifié par la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010, organise un régime spécifique des perquisitions dans les locaux de presse et offre de véritables garanties au regard de la protection de la liberté de la presse et de son corollaire, la protection du secret des sources, il n'existe aucune disposition similaire applicable aux visites domiciliaires dans les locaux de presse. L'article L. 450-4 du code

de commerce ne renvoie en effet qu'au seul article 56 du code de procédure pénale pour la « réalisation des inventaires et mises sous scellés ». Cette lacune mériterait d'être comblée.

La direction des affaires criminelles et des grâces a émis un avis favorable sur le mérite de cette proposition.

Modification des conséquences du caractère non avenu d'une condamnation à une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve

Suite à la question d'interprétation des textes posée par la direction des affaires criminelles et des grâces dans sa note du 14 octobre 2011 au parquet général, il apparaîtrait utile de prévoir, pour le sursis avec mise à l'épreuve, des dispositions identiques à celles de l'article 132-39 du code pénal qui ne visent que le sursis simple, de sorte que les effets du « non avenu » ne s'étendent pas à la peine d'amende.

La direction des affaires criminelles et des grâces a émis un avis favorable sur le mérite de cette proposition.

Détermination de l'autorité compétente pour procéder à la levée de l'écrou extraditionnel, dans l'hypothèse d'une pluralité de procédures d'extradition concernant un même individu

Suite à la question posée par la direction des affaires criminelles et des grâces au parquet général sur l'interprétation de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 dans sa note du 10 novembre 2011, une clarification des textes paraît nécessaire lorsqu'une même personne fait l'objet de plusieurs demandes d'extradition d'un même État, voire d'États différents, et se trouve sous écrou extraditionnel dans le cadre de ces demandes.

La direction des affaires criminelles et des grâces a émis un avis favorable sur le mérite de cette proposition.



DEUXIÈME PARTIE

DISCOURS

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle
de début d'année judiciaire, le lundi 9 janvier 2012, par :

Monsieur Vincent Lamanda,
premier président de la Cour de cassation

Monsieur le président du Sénat,

L'attachement des élus du peuple français à la justice est pour nous un grand réconfort.

C'est avec plaisir que la Cour vous reçoit en votre nouvelle qualité de président de la haute assemblée. Elle se félicite que soient ainsi réaffirmées les relations privilégiées que celle-ci entretient avec l'ordre judiciaire.

Renouant avec une ancienne tradition, votre venue est le gage d'une coopération fructueuse entre le Parlement et les juridictions, entre la loi et la jurisprudence.

Soyez en chaleureusement remercié.

Monsieur le garde des sceaux,

Pour la seconde fois, vous nous faites l'honneur d'assister à notre audience solennelle de début d'année.

Depuis que vous a été confiée la charge du ministère de la justice et des libertés, ceux d'entre nous auxquels leurs fonctions ont donné le privilège d'être vos interlocuteurs se plaisent à porter témoignage de l'attention avec laquelle vous les écoutez et de la pertinence des solutions apaisantes que vous savez trouver. Vous avez ainsi prouvé la sincérité de votre considération pour les femmes et les hommes qui œuvrent au service de l'institution judiciaire.

Votre présence aujourd'hui parmi nous est ressentie comme un hommage rendu à la Cour de cassation.

Au-delà, elle symbolise votre engagement pour l'ensemble des juridictions françaises, représentées ici par nombre de chefs de cour d'appel et de parquet général. Sachez notre gratitude.

Notre reconnaissance s'adresse aussi à toutes les hautes personnalités qui, cette année encore, ont bien voulu prendre le chemin du quai de l'Horloge pour témoigner la force des liens d'estime et d'amitié les unissant à notre Cour.

Cette participation fidèle à nos cérémonies nous touche.

La Cour présente à chacun d'entre vous ses meilleurs vœux. Ses souhaits s'étendent, par-delà votre personne, à vos proches, ainsi qu'aux institutions, juridictions, services ou entités dont vous avez la responsabilité.

Vous me permettez de saluer, en particulier, le nouveau président de l'ordre des avocats aux Conseils, ainsi que son prédécesseur.

Ils ont en partage avec nous le souci d'un fonctionnement harmonieux de cette maison, une commune exigence de qualité à la mesure de la cordiale confiance qui distingue l'excellence de nos relations.

Mesdames, Messieurs,

Traditionnellement, cette audience solennelle est l'occasion de présenter l'activité de la Cour durant l'année écoulée.

Soumises au rythme commandé par le flux des affaires, nos chambres sont parvenues, en 2011, à maintenir la cadence soutenue à laquelle elles s'astreignent. La plaquette, glissée dans l'annuaire que vous avez trouvé à votre place, détaille les informations utiles.

J'observerai simplement que, l'an passé, plus de 29 000 décisions mettant fin à l'instance de cassation ont été rendues. En matière civile, à la progression de près de 3 % des pourvois a répondu une augmentation de 8 % des affaires terminées. Les délais de jugement se sont, par suite, encore améliorés. En matière pénale, l'accroissement des recours, de l'ordre de 9 %, n'a pu être compensé par une hausse parallèle des arrêts. Toutefois, il n'aura fallu en moyenne qu'un peu plus de quatre mois à la chambre criminelle pour statuer.

La Cour a été saisie de 490 questions prioritaires de constitutionnalité traitées dans les trois mois prévus par la loi.

Situé en zone haute, ce bilan, qui nous place en tête des Cours européennes pour la diligence, repose en partie sur la modernisation de nos modes de procéder. À ce titre, dans quelques jours, va s'engager l'expérimentation de la signature électronique de certaines ordonnances, afin de parfaire la dématérialisation totale des procédures. Mais ce résultat est surtout le fruit d'une somme d'efforts individuels, consentis par tous, magistrats et fonctionnaires du greffe. Qu'ils en soient publiquement félicités et remerciés.

Voilà un peu plus d'une semaine, nous tournions la dernière page du chapitre de l'année 2011.

Avec son cortège de bouleversements géopolitiques, de catastrophes naturelles, aux conséquences aussi soudaines que tragiques, et l'aggravation d'une crise financière majeure, elle nous laisse inquiets et désemparés devant la nécessité de forger de nouveaux outils pour relever les immenses défis de demain.

À l'actif des douze mois écoulés figurent pourtant des développements favorables qui sont autant d'encouragements à affronter résolument l'avenir.

Des peuples qui en avaient été privés ont manifesté leur volonté de liberté. Des identités se sont révélées réfractaires à la force. La puissance de l'absolutisme a cédé devant les aspirations à une expression plus démocratique de la souveraineté.

Les habitants de la planète ont largement conscience du partage d'un même destin. Ils ont acquis la conviction d'une interdépendance face aux menaces pesant sur leur devenir commun, qu'il s'agisse d'atteintes environnementales ou de désordres engendrés par les défaillances de la régulation économique.

Dorénavant, l'univers semble vivre sous le règne d'une omniprésente transparence. L'écho des clameurs que peuvent provoquer la répression d'une insurrection, la persécution d'une minorité ou la contestation d'un scrutin se répercute « en temps réel » sur tous les continents.

L'un des aspects les plus positifs de ce décloisonnement devrait être de favoriser l'expansion de valeurs portées par notre civilisation : les droits de l'homme, la démocratie et la solidarité. Leur avancée suscite bien des espoirs et contribue à réaffirmer, haut et fort, l'unité de la condition humaine.

Ces tourments et ces évolutions n'ont pas épargné la justice. Elle n'a échappé ni aux effets de la crise, ni à l'incidence d'une affirmation renforcée des droits et libertés fondamentaux. La tâche du juge n'en est que plus exigeante.

Régime de la garde à vue, contrôle des hospitalisations d'office, motivation des arrêts d'assises sont, parmi d'autres, trois exemples pour illustrer tant l'accélération des changements que la modification du cadre traditionnel de référence du juge : la loi, naguère glorifiée, devenue multiforme, est souvent querellée et parfois supplantée par un droit flexible et contingent.

Le législateur doit alors reprendre l'ouvrage. Exercice ardu, car il lui faut satisfaire aux impératifs du moment, tout en se gardant d'alourdir par trop les procédures.

Saisi en tenaille entre, d'une part, l'élargissement de ses missions, joint à l'extension de son champ d'action aux domaines constitutionnel et conventionnel, et, d'autre part, une restriction des moyens dont il peut disposer, contrecoup d'un endettement public excessif, le juge a su cependant faire face avec sérénité et efficacité à cette configuration inédite.

Qu'hommage soit donc rendu à l'ensemble de mes collègues magistrats, ainsi qu'aux fonctionnaires des greffes, avec lesquels ils sont inséparablement unis, mais aussi aux policiers, aux gendarmes et aux avocats, pour avoir eu à cœur, dans des conditions souvent difficiles, de réussir cette importante mutation, sans rien abdiquer d'essentiel.

Tout en demeurant une des expressions privilégiées de la fonction régaliennne d'un État, la justice veille désormais aussi à l'application de règles supranationales, en s'affranchissant, de plus en plus, de son ancrage territorial.

Au sein de l'Europe des 27, la primauté donnée au droit de l'Union sur le droit de chaque pays membre implique, pour le juge interne, l'obligation d'en assurer le plein effet, « en laissant, de sa propre autorité, au besoin inappliquée toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ».

La question préjudicielle, base d'un dialogue fécond entre les juges nationaux et la Cour de justice de l'Union, a permis au magistrat français de s'appropriier, chaque jour davantage, le droit européen.

Dans un espace encore plus étendu, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les décisions de la Cour de Strasbourg ont sensiblement fait évoluer la jurisprudence.

À présent, en France, les conditions d'un procès équitable et, plus largement, les droits et libertés conventionnellement garantis, irriguent tout le champ juridictionnel et guident la pratique des cours et tribunaux.

En l'espace de quelques décennies, ceux-ci se sont affirmés dans leur rôle de juge naturel de la mise en œuvre de la Convention.

Certes, le contrôle de conventionalité n'intervient qu'à l'occasion d'un procès déterminé sans que la loi critiquée soit, pour autant, retranchée du droit positif. Écartée en l'espèce, la disposition réprouvée pourra être appliquée dans d'autres cas.

Mais l'essor des valeurs promues à l'échelle européenne a permis notamment de renforcer les garanties offertes aux justiciables.

Il s'est agi souvent d'un simple retour aux sources. Les principes proclamés sont ceux que, depuis plus de deux siècles, la France, patrie des droits de l'homme, n'a cessé de défendre et d'illustrer.

C'est d'ailleurs moins une insuffisance des règles fondant nos institutions, que souligne parfois la Cour européenne des droits de l'homme, que leur mise en œuvre imparfaite qui n'en préserve pas assez l'effectivité.

Fréquentes, en revanche, sont les décisions du juge français se référant aux concepts propres à la Convention. Il en va ainsi de notions comme « l'apparence d'impartialité », « l'égalité des armes », ou du contrôle de proportionnalité et de celui de l'effectivité d'un droit ou d'un recours.

Même s'il est encore prématuré de se prononcer quant à l'avenir réservé à la Charte des droits fondamentaux, désormais dotée de la force obligatoire que lui confère l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, une chose est sûre : cet autre texte essentiel ne peut que fortifier un dispositif de protection sans égal dont l'Europe peut légitimement s'enorgueillir.

Pour que les vertus d'équilibre, d'écoute, d'impartialité et de célérité occupent toute la place cardinale qui est la leur, des adaptations ont été nécessaires. Le juge ne les a pas passivement subies. Il en est devenu l'un des principaux acteurs. Et demain, c'est avec la même ouverture d'esprit, le même sens du devoir qu'il contribuera à de nouveaux ajustements pour qu'en toutes circonstances, la décision intervienne dans un délai raisonnable, à l'issue d'un débat contradictoire renouvelé.

Si l'intégration européenne conduit à l'émergence d'un fonds juridique commun, elle a aussi pour effet d'aboutir à la lente élaboration de procédures hybrides empruntant leurs caractéristiques à la fois à la *common law* et au droit continental. L'accusatoire se diffuse dans l'inquisitoire et réciproquement. L'indépendance du pouvoir judiciaire s'affermi. Mais ce rapprochement à l'échelon européen n'exclut pas la concurrence des systèmes au niveau mondial.

Nés tous deux en Europe, le droit romano-germanique ou droit continental et la *common law* demeurent les modèles juridiques les plus répandus et les plus influents de par le monde.

Ce sont deux logiques, en partie différentes, reposant l'une sur l'autorité d'une jurisprudence censée « découvrir le droit », et l'autre sur un ensemble de normes préalablement édictées, voire idéalement codifiées. Chacune a ses mérites comme ses inconvénients.

Dans les pays de *common law*, le droit se construit essentiellement à partir de situations vécues. Ce système est considéré comme concret et pragmatique. Mais il se révèle aussi extrêmement coûteux pour la société, en temps et en argent, et souvent fort inégalitaire.

Quant au droit continental, s'il est plus lisible, plus cohérent et plus prévisible, il peut lui arriver de pêcher par excès d'abstraction, de complexité et d'éloignement des réalités sociales. En outre, il réserve aux activités publiques un traitement différent du droit commun.

Il résulte de cette coexistence concurrente une sorte de mouvement de ciseaux : en Europe, une alliance de raison entre droit continental et *common law*, s'accompagnant d'enrichissements mutuels ; sur d'autres continents, un divorce entre eux d'autant plus conflictuel que les intérêts économiques sous-tendus sont importants.

Face à ce constat, notre Cour a acquis la conviction qu'il n'y a pas de rayonnement unilatéral dans un monde global.

Elle est à l'origine du Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne. Cette structure, dont elle accueille le siège, offre aux plus hauts juges d'Europe un espace privilégié de communication et de concertation. Un portail commun de jurisprudence leur permet de savoir ce que des Cours comparables à la leur ont pu déjà décider sur des questions semblables à celles dont ils sont saisis.

Par leurs échanges réguliers avec leurs pairs, ils mesurent l'intensité d'une convergence croissante des solutions retenues, en dépit de la persistance, au sein d'un espace pourtant relativement homogène, d'importantes différences d'organisation judiciaire.

Notre parquet général a pris, à son tour, l'initiative d'établir un réseau symétrique des procureurs généraux.

Ces instruments d'harmonisation et d'influences réciproques ont pour langues de travail le français et l'anglais. Ils permettent à la Cour de concourir à la défense de notre modèle de cassation, alliant tradition séculaire et modernité maîtrisée.

Hors des frontières de l'Europe, le français demeure un vecteur privilégié d'expansion de notre pensée juridique, grâce au dynamisme de l'espace francophone.

Dans cet autre domaine de la coopération juridique et judiciaire internationale, notre juridiction joue un rôle moteur au travers de l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du Français (AHJUCAF), dont elle héberge le secrétariat général.

En la fondant, notre Cour a institué une enceinte de concertation transcendant les clivages économiques, politiques et culturels, afin que, rassemblées dans une approche partagée de l'État de droit, les cinquante juridictions qui la composent œuvrent ensemble et parlent d'une même voix.

Dans nos sociétés guettées par la massification et l'uniformisation, il s'agit d'un objectif particulièrement ambitieux que l'association a décliné, là aussi, sous forme électronique. Une base de données, en ligne depuis le 15 octobre dernier, regroupe les décisions des Cours suprêmes fédérées sous son égide.

Parallèlement, afin de mieux relever les défis posés par la mondialisation du droit et l'ère du « tout numérique », la Cour a beaucoup développé, ces dernières années, la coopération bilatérale avec ses homologues. Conventions de jumelage, programmes d'échange, missions d'expertise, actions de formation, forums spécialisés se sont multipliés. Dans cette démarche, nous savons pouvoir compter sur le soutien actif des magistrats et fonctionnaires français en poste dans les capitales étrangères, et placés sous l'autorité du service des affaires européennes et internationales de la chancellerie, ainsi que sur le précieux appui des directions concernées du ministère des affaires étrangères et européennes.

Complétant une présentation de la procédure de cassation dans les principales langues en usage dans le monde, plus d'une centaine de nos arrêts figurent sur notre site internet, traduits en anglais, arabe, chinois, espagnol, japonais et russe. Complexe en raison des contraintes techniques de telles traductions, cette réalisation unique illustre la volonté de la Cour de permettre à un public non francophone d'avoir accès, où qu'il se trouve, à nos décisions les plus marquantes.

De même, le choix de doter tous nos arrêts de l'identifiant européen de jurisprudence devrait rendre ceux-ci plus accessibles par les moteurs de recherche internationaux.

En ouvrant la voie d'un dialogue renforcé entre les différentes cultures juridiques, notre juridiction démontre qu'elle a la volonté de prendre pleinement en compte les transformations de notre droit et d'affronter les bouleversements d'une société mondialisée.

Le juge n'est pas isolé. Il appartient à une communauté nationale, elle-même partie intégrante d'un ensemble beaucoup plus vaste. Les relations personnelles s'y approfondissent, en favorisant une approche plus nuancée des pratiques professionnelles, de ce qui en constitue les atouts, comme de ce qui en demeure les faiblesses.

Confortés par l'ouverture qu'apportent ces opportunités, soyons fiers de notre mission et de ce que nous sommes.

Il est peu de réussites faciles, ni d'épreuves insurmontables.

Le service de la justice commande abnégation et patience, car le travail du juge procède par créations successives. Chacune est une réalisation plus accomplie d'un idéal élevé.

À la lumière de valeurs partagées, demeurons, jour après jour, les artisans clairvoyants de cette œuvre permanente.

Ouvrons avec confiance nos portes à l'an neuf.

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle
de début d'année judiciaire, le lundi 9 janvier 2012, par :

Monsieur Jean-Claude Marin,
procureur général près la Cour de cassation

Monsieur le président du Sénat, nous nous félicitons du temps que vous consacrez à cette cérémonie de rentrée judiciaire, marque à laquelle, soyez en certain, nous sommes tous, au sein de cette Cour, très honorés et nous vous en remercions chaleureusement.

Monsieur le garde des sceaux,

Monsieur le premier président vient de vous dire combien notre Cour est sensible à votre présence en cette audience solennelle de sa rentrée.

Je me joins bien évidemment à cette adresse et sais que votre assistance à ce rituel est la marque de la considération et de l'estime dans laquelle vous tenez les magistrats et fonctionnaires qui œuvrent au sein de la juridiction suprême de l'ordre judiciaire mais également de l'attention que vous portez à l'ensemble des femmes et des hommes qui servent la justice dans notre pays.

Vous avez placé les relations que nous entretenons, depuis ma nomination dans mes actuelles fonctions, qu'il s'agisse de celles exercées à la Cour de cassation ou de celles qui m'amènent à participer aux travaux du Conseil supérieur de la magistrature, sous le double signe d'une attitude d'écoute attentive et de dialogue ainsi que d'un attachement au respect du droit et des principes de fonctionnement de nos institutions.

Cette disposition a permis le développement d'échanges de vues nourris et constructifs et je ne saurais trop vous en remercier, en mon nom personnel, en celui des magistrats de ce parquet général et en celui des membres de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente pour les magistrats du parquet.

Monsieur le président du Conseil constitutionnel,

Monsieur le vice-président du Conseil d'État,

Monsieur le premier président de la Cour des comptes et Monsieur le procureur général,

Voici une nouvelle fois réunis, à l'orée de cette année nouvelle, les piliers de notre ordre juridictionnel dont nous savons la tâche essentielle pour la clarté, la lisibilité et la modernité de notre droit.

Chacune de ces institutions, à la place que la Constitution et la loi lui assignent, est garante essentielle de notre système juridique et judiciaire et, partant de notre démocratie tout entière.

Vous me savez attaché au dialogue indispensable sur bien des sujets qui nous sont communs et j'espère que la mitoyenneté géographique des uns face à l'insularité de l'autre ne seront pas considérées comme un obstacle à de tels échanges.

Mesdames et Messieurs les membres du Conseil supérieur de la magistrature, et plus particulièrement ceux d'entre vous qui, chers amis, participez à la formation compétente pour les magistrats du parquet,

En cet instant si particulier, je tiens à vous dire publiquement combien les travaux de notre CSM sont, grâce à vous, riches et fructueux, pluriels et rigoureux, exigeants et conviviaux, qu'il s'agisse de la formulation d'avis pour les nominations envisagées par Monsieur le garde des sceaux ou des avis proposés au ministre en matière disciplinaire.

Loin des échos fallacieux que certains se plaisent parfois à colporter, comme s'il fallait à tout prix ternir notre institution, je tenais sincèrement à vous remercier de tout cela.

Monsieur le défenseur des droits,

Monsieur le secrétaire général du gouvernement,

Monsieur le secrétaire général du ministère de la justice à qui le parquet général tout entier est fier de présenter ses félicitations à l'occasion de votre premier exercice de représentation *ès* qualités,

Mesdames et Messieurs les représentants des hautes autorités civiles, diplomatiques, militaires et religieuses,

Mesdames, Messieurs,

Mesdames et Messieurs les premiers avocats généraux, avocats généraux et avocats généraux référendaires, je ne saurais mieux faire, à l'orée de ces propos, en pensant à votre immense contribution à l'image de ce parquet général et à votre mission au service du droit et du droit seul, que de rappeler les mots prononcés, lors de la rentrée solennelle de cette Cour le 16 février 1853, par le nouveau procureur général d'alors, Monsieur de Royer.

Celui-ci s'était ainsi exprimé :

« Je sais d'ailleurs, combien mes nouveaux devoirs seront allégés par le concours habile et dévoué de messieurs les avocats généraux » (le parquet général et la Cour tout entière n'étaient pas, à l'époque, un symbole vivant de la mixité) et poursuivait-il, « je sais toute l'importance que la Cour attache à leurs travaux et avec quel soin éclairé et soutenu ils répondent à cette précieuse confiance, je n'aurais pas de guide plus sûr que leur expérience et leur collaboration. »

Les temps ont bien changé me direz-vous et le rôle de l'avocat général à la Cour de cassation est maintenant souvent regardé comme celui d'un avocat général près la Cour de cassation.

La sémantique est-elle plus forte que la réalité des institutions et leur utilité à la Cité.

Faut-il, à ce point, s'en remettre à Platon pour qui « La perversion de la cité commence par la fraude des mots », et le sens de ce subtil *distinguo* peut-il vraiment échapper à ceux qui connaissent notre institution.

Faut-il rappeler que notre parquet général ne fait pas partie de la hiérarchie du ministère public et qu'il n'exerce aucun rôle en rapport avec la notion d'action publique pour les affaires soumises à la Cour ?

Le procureur général près cette Cour ne reçoit d'ailleurs pas d'instruction du garde des sceaux, hormis le cas rarissime d'ordre de pourvoi dans l'intérêt de la loi, pourvoi dont l'issue ne saurait modifier la situation des parties dans l'affaire concernée, situation qui se limite à la violation évidente du droit par une juridiction du fond alors que les parties n'auront pas, en temps utile, exercé elles-mêmes de recours. De même, je ne peux pas davantage donner la moindre instruction aux procureurs généraux des cours d'appel.

Chaque membre de ce parquet général, chacun devrait le savoir, est indépendant et impartial et ne saurait recevoir d'instructions de conclure dans tel ou tel sens.

Chacun, à sa place, le conseiller et l'avocat général n'a de guide que sa conscience, sa connaissance du droit et le service de l'ordonnement juridique.

La Cour de cassation ne juge pas des affaires, elle juge des décisions rendues par les juges du fond, doit-on encore le rappeler ?

Dans ces conditions qualifier l'avocat général à la Cour de cassation de partie au procès est non seulement une erreur, que certains membres, en France, du ministère public près les cours et tribunaux commettent également en reprochant à ce parquet général de ne pas soutenir leurs pourvois, mais encore cette qualification signe la méconnaissance du fonctionnement de cette Cour suprême en particulier et de l'ordre judiciaire français en général.

Le conseiller Crepon, dans son ouvrage *Du pourvoi en cassation en matière civile* paru en 1892 note l'extrême plasticité des usages en matière de rapport et d'avis du rapporteur et insiste sur l'habitude en chambre des requêtes et parfois devant la chambre criminelle, de voir le ministère public assister au délibéré en chambre du conseil, contrepoids indispensable, dit-il, à l'influence du conseiller rapporteur qui connaît parfaitement le dossier et peut imposer son opinion aux autres conseillers.

L'opinion dissidente de sept juges dont le président d'alors de la CEDH dans l'arrêt Kress du 7 juin 2001 était ainsi émise, et je cite :

« Il serait souhaitable à nos yeux que, à l'avenir, la Cour reconsidère dans son ensemble sa jurisprudence sur la procédure devant les Cours suprêmes qui fait la part trop belle aux apparences au détriment de traditions nationales respectables et, en définitive, de l'intérêt réel des justiciables. »

Tout cela rend amer de voir la condition dans laquelle se trouve aujourd'hui ce parquet général alors que d'autres, en France et à l'étranger, dans des situations identiques ou proches, ont su s'adapter aux considérations de la Cour de Strasbourg sans mettre à bas un système pluriséculaire porteur d'une justice éclairée.

Le paradoxe culmine lorsque l'on sait que les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, qui ont la noble tâche de représenter les parties, les vraies parties au pourvoi, ont, par le canal de leur ordre, toujours souhaité le maintien ou la légère amodiation de l'ancienne posture du parquet général garant, à leurs yeux, d'une réelle égalité des armes, d'une transparence des débats et d'une intelligibilité des modalités d'élaboration des décisions rendues par la Cour de cassation.

Je saisis cette occasion pour saluer et remercier le président Le Prado, et son successeur le président Thouvenin pour la qualité des discussions qu'ils nous a été permis de tenir et de leur accueil favorable à la conclusion d'un protocole de travail entre les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et le parquet général de cette Cour destiné à permettre, dans un certain nombre de situations, un travail plus approfondi des membres de ce parquet général.

Le projet de protocole est sur le point d'être finalisé et a été soumis à votre ordre il y a peu de temps.

Dans le même esprit, et comme je l'avais envisagé lors de mon discours d'installation, j'ai pris des contacts avec des revues juridiques parmi les plus importantes pour que puissent être publiés, lorsque cela paraîtra utile à la communauté des juristes, les avis des avocats généraux, qu'ils aient ou non été suivis par la Cour.

Je vous sais, Monsieur le premier président, attaché au fonctionnement harmonieux de notre Cour et je vous sais gré, avec les membres du parquet général, des efforts que vous avez déployés pour que notre maison retrouve, autant que faire se peut, ses marques.

Mais ce qui frappe le presque nouvel arrivant que je suis, lorsqu'il étudie de près le fonctionnement de cette juridiction, et qu'il écoute chacun des acteurs de l'activité de notre Cour, c'est que notre institution ne fonctionne pas comme une institution, ni même comme une institution plurielle, dans l'exercice de cette fonction essentielle qu'est la régulation pour une cohérence dans l'interprétation et une prévisibilité dans l'application de la norme, mais que ce fonctionnement est, souvent, en effet, marqué essentiellement par l'individualité et l'atomisation des protocoles de travail dont la cartographie est malaisée à dessiner.

Je n'ignore pas la volonté et l'action de certains, tant au siège qu'au parquet général, de mieux harmoniser ces protocoles dans le respect des rôles respectifs de chacun.

Je les salue volontiers car la marginalisation du parquet général risquerait d'aboutir à une confusion des postures qui pourrait conduire le juge à ne plus être ce juge dont l'impartialité doit être objective conformément aux principes dégagés par la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés individuelles car le défaut de ce double regard si essentiel et de la fenêtre transparente sur la société civile manquerait nécessairement au juge qui tenterait alors de prendre le pouls de la société civile en dehors des chemins du contradictoire et de l'impartialité.

Faisons, Monsieur le premier président, mes chers collègues, de ce mot de Voltaire notre maxime :

« Un jour tout sera bien, voilà notre espérance ; tout est bien aujourd'hui, voilà l'illusion. »

Comment, avant de clore ces propos, ne pas évoquer, Monsieur le garde des sceaux, ce bouillonnement des idées et des propositions sur le statut du ministère public dans notre pays mais aussi cette inquiétude de plus en plus exprimée des magistrats du parquet sur les conditions d'exercice de leurs missions, chaque jour plus nombreuses, plus prioritaires, plus impérieuses.

Ces interrogations forment l'encre de la résolution de la conférence nationale des procureurs de la République dont les termes ont été approuvés au-delà du cercle des adhérents à cette conférence.

L'année qui vient de s'achever a été marquée par tant de bouleversements engendrés par des jurisprudences, nationales ou européennes, parfois contradictoires entre elles dans le même ordre juridictionnel, posant la problématique de la place des magistrats du ministère public mais aussi par tant de textes nouveaux induisant pour ces derniers une insécurité juridique et des adaptations incessantes des moyens aux priorités, anciennes ou nouvelles, qu'il ne faut pas s'en étonner.

Les magistrats du ministère public, magistrats à part entière, sont, c'est connu, en première ligne dans le traitement de la criminalité et de la délinquance, véritables juges de l'opportunité des poursuites mais également des modalités de ces poursuites ; ils sont aussi en première ligne face à la Cité dans le cadre des politiques partenariales, impliqués également dans les mille sujets de la vie privée, économique et sociale de notre pays à raison de leur situation de partie principale ou jointe devant les juridictions civiles, commerciales ou du travail.

La réforme constitutionnelle de 2008 et la loi organique de 2010 ont consacré un immense progrès en soumettant à l'avis du Conseil supérieur de la magistrature compétent pour les magistrats du parquet l'ensemble de vos propositions de nomination, Monsieur le garde des sceaux, qu'il s'agisse du procureur général près la Cour de cassation ou de l'auditeur de justice lors de sa sortie de l'École nationale de la magistrature.

Mais cette avancée essentielle qui légitime davantage encore les nominations aux différentes fonctions du ministère public, vous l'avez vous-même perçue comme incomplète, comme, en quelque sorte, orpheline d'une étape cardinale.

En affirmant, après d'autres de vos prédécesseurs, mais le premier s'agissant des plus hautes fonctions du parquet, que vous ne passeriez pas outre aux avis formulés par notre CSM, vous avez clairement indiqué la pierre qui manquait à l'édifice qui venait de se construire.

Nous vous savons gré de ce courage personnel qui vous honore.

La réforme des conditions de nomination des magistrats du parquet en les alignant sur celles des magistrats du siège, c'est-à-dire en formalisant le caractère impératif de l'avis donné par le Conseil supérieur de la magistrature sur les projets de nomination, mettrait ainsi tout simplement en conformité la pratique que vous avez adoptée avec les textes.

Il ne s'agit pas seulement de satisfaire un goût pour le bel ordonnancement de l'édifice juridique dans ce pays de droit écrit, c'est aussi une manière éclatante de mettre un terme à ces soupçons, certes infondés, qui oblitérent gravement toute réforme en profondeur de la procédure pénale.

Il ne s'agit pas non plus de brandir l'étendard de l'indépendance individuelle de chaque magistrat du parquet aboutissant, hors de tout lien hiérarchique, à la perte de cohérence dans la mise en œuvre de l'action publique et la réponse désordonnée aux phénomènes de criminalité et de délinquance dont nos concitoyens seraient les premières victimes.

La nécessaire cohésion de l'action du ministère public par l'existence d'un lien hiérarchique interne n'est pas sérieusement contestée, en tout cas pas par les magistrats du ministère public, de même que n'est pas vraiment remise en cause la capacité que doit conserver le gouvernement d'imprimer des axes de politique pénale par des instructions générales traduisant ainsi la volonté exprimée par les Français en portant aux rênes du pouvoir telle ou telle majorité.

De même, la capacité donnée, par des instructions individuelles de poursuites, écrites, motivées et soumises au débat contradictoire, dans les termes actuels du code de procédure pénale, ne devrait pas être critiquée puisqu'il s'agit, par l'exigence d'un acte de poursuite, de soumettre l'affaire au juge qui statuera en toute impartialité, non sans avoir entendu préalablement la parole libre du ministère public.

Mais cela ne suffit pas, ne suffit plus !

Ne suffit plus non plus, l'exhorte du procureur général de la Cour de cassation Moore aux magistrats, le 3 novembre 1929 :

« Aujourd'hui on ne cesse de nous dire l'opinion publique est là. Que le magistrat réponde toujours la conscience est ici ! »

Ce que nos magistrats du parquet demandent, c'est simplement de bannir le doute insidieux qui pèse sur chacune de leurs décisions, prises tout en conscience, et de faire taire ce murmure insupportable qui consiste à nier leur qualité même de magistrat en remettant en cause leur serment, le même que celui des magistrats du siège, en instillant la mélodie du « Qui t'a fait roi ? ».

Cela est injuste, inconséquent et absurde et nous connaissons tous le moyen d'y remédier.

Cela est d'autant plus insupportable que les magistrats de notre ministère public français sont investis dans une amélioration perpétuelle de leurs modes d'action, dans une adaptation sans cesse renouvelée à un contexte normatif dont la stabilité et la lisibilité appartiennent au passé, dans la recherche toujours en mouvement d'une réponse judiciaire plus lisible et dans la résolution si difficile de cette équation qui s'impose à eux chaque jour, chaque heure, chaque minute, jour et nuit, qui met en balance d'un côté, la cohérence de l'image d'une justice égale et équilibrée et, de l'autre, une approche la plus individuelle possible, c'est-à-dire la plus efficace possible, de situations qui leur sont soumises.

Acteur de la justice, porteur de l'immense tâche de défense de l'intérêt général que certains se plaisent à confondre avec l'intérêt du gouvernement, porte-parole du sens de l'action judiciaire à l'égard de la société civile et d'abord et surtout composé de magistrats, voilà ce qu'est profondément notre parquet « à la française ».

Il faut être conscient de ce travail considérable, de cette identité formidable et être fier que cette institution incomparable soit celle du ministère public de notre pays.

Je sais que certains ont les yeux de Chimène pour le système, qu'ils connaissent souvent mal, prévalant Outre-Manche.

Je me demande à cet égard si l'appréciation d'Alexis de Tocqueville, dans *l'État social et politique de la France avant et depuis 1789* sur la connaissance qu'ont, Français et Britanniques, de leurs institutions réciproques est si datée que cela :

« Chacun s'en tient », disait-il, « à une demie science, plus dangereuse que l'ignorance complète et songe à peine à s'éclairer. »

Ajoutant : « Ces deux grands peuples se sont imités sans se comprendre. »

C'est la fierté et la reconnaissance dues à ces magistrats que je voulais partager avec vous aujourd'hui.

Pour Chateaubriand, « le purgatoire surpasse, en poésie, le ciel et l'enfer en ce qu'il présente un avenir qui manque aux premiers ».

Nous sommes donc modestes, nous ne demandons que le purgatoire, c'est-à-dire l'avenir d'un ciel.

C'est donc avec confiance que je forme, pour toutes et tous, des vœux de bonheur, de paix et de santé pour cette nouvelle année qui s'ouvre devant nous.



TROISIÈME PARTIE

ÉTUDE

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

LE RISQUE

Sous la direction scientifique de M. le professeur Jacques Moury,
ont contribué à l'étude :

M. Hugues Adida-Canac
M. Frédéric Arbellot
M. Pierre Bailly
M. Michel Blatman
M^{me} Claire Coutou
M. Samuel Crevel
M^{me} Marie-Lucie Divialle
M^{me} Frédérique Dreifuss-Netter
M. Grégoire Finidori
M. Philippe Flores
M^{me} Pascale Fontaine
M. Thierry Fossier
M. Jean-Yves Frouin
M. Jean-Louis Gallet
M. Jean-Pierre Gridel
M^{me} Isabelle Harel-Dutirou
M. François Jessel
M^{me} Françoise Kamara
M. Jean Lecaroz
M. Philippe Mollard
M^{me} Marie-Laure Morin
M. Pierre Mucchielli
M. Xavier Prétot
M^{me} Monique Radenne
M. Nicolas Régis
M. Cyril Roth
M. Renaud Salomon
M. Jean-Dominique Sarcelet
M. Jean-Michel Sommer
M^{me} Sylvie Tréard

AVANT-PROPOS

Par M. Jacques Moury,

professeur à l'université de Reims Champagne-Ardenne.

* – **Inventaire.** La seule évocation du mot *risque* fait surgir, avec l'année 2011, les images de l'accident survenu au printemps à la centrale nucléaire japonaise de Fukushima. L'actualité économique du second semestre est jalonnée par les craintes de dégradation, par les agences de notation, de divers États, avec singulièrement la menace pour la France de perdre son « triple A ». Le 13 octobre, le journal *Le Monde* révèle le lancement d'un protocole d'évaluation élaboré par le ministère de l'éducation se proposant de classer les enfants de grande section de maternelle « à risque » ou non, voire à « haut risque »... Dans les derniers jours du mois explose l'affaire du bisphénol A, ce composé chimique, très présent dans les conserves et les plastiques alimentaires, dont les effets nocifs ont été minorés par la plupart des agences nationales de sécurité sanitaire¹. Le 15 décembre, le rapport publié par la commission d'enquête parlementaire sur les prêts « toxiques » des collectivités locales fait apparaître que, sur un encours atteignant 32,1 milliards d'euros au 30 juin, 18,8 milliards sont « risqués² ». Rien ne relie ces faits l'un à l'autre, si ce n'est leur appartenance à un inventaire – qu'une prétention d'exhaustivité allongerait sans fin – dont le risque est le dénominateur.

* – **Étymologie.** Ayant pour origine le verbe latin *resicare*, signifiant au sens propre enlever en coupant, tailler, et au sens figuré retrancher, supprimer, le substantif *risque* dérive d'un mot du latin médiéval apparu au XII^e siècle dans des documents pisans et génois, *resicum*, avec dès l'abord une signification juridique, le terme relevant du vocabulaire du droit maritime naissant : il s'agissait de l'imputation à un sujet de droit d'une charge financière éventuelle, liée à une entreprise au résultat incertain. Le vocable ne se dégagera que lentement, au cours du XVI^e siècle, de ce contexte juridique.

Le *risque* s'est ainsi distingué *ab initio* d'un certain nombre de notions voisines qu'expriment d'autres termes également issus du latin médiéval ou de l'arabe tels que chance, aléa, danger ou encore hasard, en ce que, observe un linguiste³, il implique une façon particulière de se rapporter à un événement futur contingent, selon le mode actif de l'anticipation, cependant qu'un danger ou un aléa ne sont qu'attendus, que ce soit d'ailleurs dans la crainte ou dans l'espoir. Entre le risque et les notions auxquelles renvoient ces différents autres termes, ce n'est pas tellement le caractère plus ou moins prévisible de l'événement qui importe, mais le fait que cette anticipation conduit à en penser par avance les conséquences éventuelles sous la forme de dommages possibles et permet, en affectant l'éventualité même du risque d'un coefficient de probabilité, d'en exprimer la valeur dans le présent.

1. *Le Monde*, 29 octobre 2011.

2. *Le Monde*, 16 décembre 2011.

3. S. Piron, « Prologue : Risque, histoire d'un mot », in *Risques*, n° 81/82, mars-juin 2010, p. 25.

Et l'auteur de souligner que, trait marquant découlant de ce caractère actif, le risque suppose un acteur en assumant la charge.

* – **Délimitation du concept.** Littré définit le risque comme un « péril dans lequel entre l'idée de hasard ». Le *Petit Robert*⁴ y voit semblablement un « danger éventuel plus ou moins prévisible ». Il ressort de ces définitions proposées par les grandes lexicographies que, sauf à être confondu avec la probabilité, le concept de risque implique une connotation négative. Aussi la locution « risque heureux », parfois rencontrée, recèle-t-elle quelque antinomie.

Par ailleurs, la part de l'incertitude dans le risque est irréductible, son absence exclusive de la notion : l'événement redouté est affecté d'une incertitude dans sa survenance et non point seulement quant à la date de cette survenance, auquel cas il ne s'agit plus exactement d'un risque, mais d'un dommage futur certain.

* – **Conscience.** Dans sa *Phénoménologie de l'esprit*⁵, Hegel observait que « l'humanité de l'homme passe par le risque, plus précisément le risque de sa vie ». C'est à travers ce risque qu'il prend conscience de ce qu'il est, un être dont la valeur ne se ramène pas à sa seule existence biologique parce qu'il est capable de la risquer pour autre chose, un être dont les valeurs se peuvent dès lors mesurer à l'aune de ce qu'il est prêt à risquer pour elles. François Ewald présente une illustration saisissante de l'évolution de la graduation de cette échelle de valeurs en évoquant la guerre à « risque zéro » – tout au moins telle que la présentent aujourd'hui les stratèges et gouvernants avant que de s'y engager – quand le Chemin des dames autorisait en 1917 les généraux à sacrifier quelque trois cent mille hommes par quinzaine⁶. L'énoncé même de l'idée de « risque zéro » auquel aspire le lointain descendant de l'*homo faber* est au reste, fondamentalement, insupportable car inconciliable avec la conscience qu'a l'homme de ce qu'il est, avec son libre arbitre et avec sa liberté. Que vaudrait la vie dans une société au fronton de laquelle serait gravée la triste devise de celle qui fut pourtant la plus éblouissante femme de la Renaissance italienne, Isabelle d'Este : *nec spe, nec metu*⁷ ?

* – **Symptômes.** L'omniprésence du risque est le symptôme, techniquement, des dérèglements d'une société qui ne parvient pas à maîtriser totalement les applications des avancées constantes de ses connaissances théoriques, sociologiquement, de la maladie de cette même société dont le besoin de sécurité ne cesse de croître pour se loger dans tous les replis du corps qui en est atteint : Carbonnier regardait ce besoin de sécurité comme « la forme contemporaine de l'angoisse ; une forme abrégée, moins érudite⁸ »...

L'« S » majuscule qui orne la *Sécurité* sociale entendue comme institution a certes donné ses lettres de noblesse à l'état d'esprit que traduit le terme. Il reste que, si la société

4. *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, éd. 2009, définition n° 1 du mot risque.

5. G.W.F. Hegel, *Phénoménologie de l'esprit*, trad. J.-P. Lefebvre, Aubier, 1991, p. 143 et suivantes.

6. F. Ewald, « Le risque dans la société contemporaine », in *Université de tous les savoirs*, volume 5, *Qu'est-ce que les technologies ?*, Odile Jacob, 2001, p. 574.

7. Ni (par) espoir, ni (par) crainte.

8. J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 203.

contemporaine ne jure que par l'esprit d'entreprise, ses membres n'en finissent pas de souhaiter être protégés contre le moindre de tous les risques que l'initiative qui en est indissociable ne peut pas ne pas générer. Ce qui est devenu une exigence collective s'est accru à l'ère techno-scientifique avec l'apparition de risques nouveaux de grande ampleur et la peur de risques dont la nature exacte et par le fait même la probabilité de survenance sont inconnues. Ce climat d'angoisse se traduit par une baisse du seuil d'acceptabilité des risques, lors même que ceux encourus dans la vie quotidienne sont bien moindres qu'auparavant.

* – **Régulation.** Avec d'autres systèmes normatifs mais quant à lui au premier rang, le droit participe à la régulation de la vie sociale. Il a très tôt saisi le risque pour contenir les conséquences dommageables de sa réalisation, ce en en modifiant la charge par le jeu d'une règle attributive (I). Axés sur le souci de prévenir des risques d'une autre dimension, de nouveaux mécanismes sont venus s'ajouter aux techniques classiques de prise en charge, en sorte que les innombrables manifestations du concept ont aujourd'hui envahi le droit (II). C'est que, en regard d'un besoin toujours grandissant et irrépressible de sécurité, devait « logiquement jailli[r] en droit la notion antithétique sans laquelle on ne peut penser la sécurité : le risque⁹ ».

I – Le risque saisi par le droit

* – **Omniprésence.** Lévy-Bruhl regardait le droit comme « l'ensemble des règles obligatoires déterminant les rapports sociaux imposés à tout moment par le groupe auquel on appartient¹⁰ ». Ce groupe se modifiant sans cesse, le droit – qui est sans doute davantage, quoiqu'instrument de politique économique et sociale, le reflet de ces mutations que leur moteur propre – évolue subséquemment, avec un décalage plus ou moindre. La place sans cesse croissante occupée par le risque dans l'ordre juridique des sociétés avancées illustre fortement la dimension de cette approche sociologique du droit, dont « le caractère social [...] exige que sa pratique soit conforme aux aspirations du corps social¹¹ ».

Le phénomène d'intrusion massive du risque dans la sphère du droit a précédé la connaissance raisonnée de ses causes. Le risque est omniprésent dans la norme juridique. La notion y est polymorphe, le vocable polysémique, son utilisation conduisant parfois à de curieux résultats comme en témoigne la juxtaposition de deux termes parfaitement antinomiques – sans qu'une quelconque figure de rhétorique, en l'occurrence l'oxymore, fût recherchée – dans la locution *risque de développement*.

* – **Probabilisation de l'incertitude.** Saisi au présent par le droit, le risque, tout au moins dans ses formes traditionnelles, s'ancre dans le passé par la fréquence et se projette dans l'avenir par la récurrence : « l'union du droit et du risque s'opère au moyen de la

9. H. Barbier, *La Liberté de prendre des risques*, thèse Aix-Marseille-III, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2010, p. 11, n° 6.

10. H. Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 6^e éd., 1981, p. 21.

11. H. Lévy-Bruhl, *op. cit.*, p. 31.

probabilisation de l'incertitude¹²». Cette rencontre est celle de l'incertain, que représente le risque, avec le certain, vers lequel tend par toute sa construction la règle de droit parce qu'elle est un facteur d'harmonie dans l'épanouissement des rapports sociaux dont elle constitue le cadre, devant être connu de leurs acteurs comme une règle du jeu.

Encore qu'il infléchisse la fréquence de certains événements par la crainte de la sanction qui accompagne la violation de ses prescriptions, le droit ne permet pas de modifier un réel qui demeure plein d'incertitudes. En revanche, par l'anticipation à laquelle il procède, il a longtemps permis d'obvier aux conséquences économiques d'événements dont il devance la possible survenance : cette survenance demeure incertaine, mais ses effets pourront être contenus. En cela, le droit éloigne le risque.

* – **Absence de correspondance avec une qualification générique.** À lui seul ou associé à d'autres termes, le vocable revêt dans certaines branches du droit une signification technique précise : en droit des assurances tout d'abord, où le terme n'en est pas moins polysémique¹³ avec par exemple le *risque putatif* de l'assurance maritime, dans le droit du bail avec le *risque locatif*, ou encore avec les *risques sociaux*... Mais au *risque* ne correspond aucune qualification générique¹⁴ qui permettrait, parce que la notion présenterait les caractéristiques essentielles des éléments en relevant, de le faire entrer dans telle catégorie d'où résulterait par rattachement l'application de tel régime juridique. En dehors donc d'hypothèses ponctuelles, le risque demeure un concept et ne remplit pas de fonction – entendue au sens actif du terme – uniforme¹⁵ dans l'ordre juridique. Il n'en est pas moins présent en d'innombrables occurrences dans la règle de droit.

* – **Dénominateur commun.** L'on ne saurait davantage embrasser ses manifestations dans une définition commune. Un dénominateur peut cependant en être recherché dans la définition du terme que propose, avec l'entrée correspondant à la langue du droit, la lexicographie de Robert : « éventualité d'un événement ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer la perte d'un objet ou tout autre dommage ». La définition du *Vocabulaire* de l'Association Henri Capitant centre la notion non point sur le caractère – éventuel – de l'événement qui en est affecté mais sur l'événement lui-même : « événement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation ou à la date de cette réalisation », ajoutant toutefois que le vocable « se dit aussi bien de l'éventualité d'un tel événement en général que de l'événement spécifié dont la survenance est envisagée »¹⁶.

12. A. Brenci, « De la rencontre entre le risque et le droit : le risque est-il de l'essence du droit ? », in *Risque(s) et droit*, Schulthess Verlag, Genève, 2010, p. 14.

13. Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, 12^e éd., 2005, p. 253 et suivantes.

14. Comp. A. Brenci, *op. cit.*, p. 15.

15. Pour un essai tendant à appréhender le risque de manière unitaire, voir H. Barbier, *op. cit.*, l'auteur considérant que « l'action même de prendre des risques, détachée de l'action de contracter ou d'entreprendre et indifférente à la source, au type ou à l'étendue du risque, devient productrice d'effets juridiques qui lui sont propres » (p. 23, n^o 18).

16. *Vocabulaire juridique*, sous la direction du doyen Gérard Cornu, PUF, 3^e éd., 2002, définition n^o 1 du mot « risque ».

* – **Règle attributive.** Le risque pénètre la règle de droit dès l'aube naissante des temps juridiques. Voici près de quatre mille ans, il loge dans plusieurs dispositions du Code d'Hammurabi. Ainsi l'« article » 48 de ce recueil prévoit-il que, « si quelqu'un a une dette et si le dieu Adad a noyé son terrain, ou bien si une crue l'a emporté, ou bien si, faute d'eau, de l'orge n'a pas été produite sur le terrain, en cette année là il ne rendra pas d'orge à son créancier et [...] donc ne livrera pas l'intérêt dû pour cette année-là¹⁷ ». La notion se ramassera longtemps en un événement prévisible dans sa possibilité de survenance et dans ses conséquences, donc connu, quantifiable et pouvant dans cette mesure donner prise, par le moyen du droit, à divers mécanismes pour contenir les effets dommageables de sa réalisation.

Tel que le risque est saisi par le droit, les applications du concept tendent toutes, convergeant vers la satisfaction d'un besoin de sécurité, à corriger les déséquilibres qu'est susceptible d'engendrer, au sein de relations individuelles ou dans un cadre collectif, la survenance de l'événement redouté. La charge de ses conséquences dommageables est alors modifiée par le jeu d'une règle attributive¹⁸. De longue date, celle-ci peut emprunter deux techniques distinctes. Chronologiquement la première parce qu'elle est élémentaire, l'une d'elles consiste à déplacer la charge du risque sur un – ou plusieurs – sujet de droit déterminé : à ce procédé correspond l'ensemble des hypothèses avec lesquelles la règle de droit attribue la charge des conséquences d'un événement à une personne autre que celle que cet événement affecte naturellement. Cette charge peut, d'une autre part, technique d'une mise en œuvre plus sophistiquée, être répartie entre des individus en nombre suffisant pour en amortir efficacement le poids : le risque est alors mutualisé.

A – Le déplacement de la charge du risque

S'inscrivant dans des rapports qui, pouvant être plurilatéraux, demeurent individuels, cette technique peut suivre deux voies différentes : soit la charge du risque potentiel est assumée, *a priori*, par l'un des intéressés au rapport de droit considéré, son déplacement étant le plus souvent convenu¹⁹ entre les parties à ce rapport, soit cette charge, le risque étant alors réalisé et le déplacement s'effectuant *a posteriori*, est imputée à l'un d'entre eux par la mise en œuvre de sa responsabilité.

1 – Contrat

* – **Prêt à la grosse aventure.** La première manifestation moderne de l'anticipation du risque dans l'ordonnement juridique se présente au Bas Moyen Âge avec le prêt à la grosse aventure – pratique que connaissaient à la vérité les commerçants, sous une forme rudimentaire, depuis la plus haute antiquité –, qui apparaît également comme la première

17. *Le Code de Hammurabi*, introduction, traduction et annotation par A. Finet, Les éditions du Cerf, 2^e éd., 1996.

18. Sur laquelle voir spécialement F. Millet, *La Notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2002.

19. Sur le déplacement de la charge du risque résultant d'une manifestation unilatérale de volonté, voir l'étude, livre 1, titre 1, chapitre 1.

forme de partage convenu du risque. Il s'agissait d'un prêt à intérêt concernant des biens exposés à des risques à l'occasion d'un transport maritime, prêt consenti avec cette particularité que l'emprunteur était dispensé en cas de sinistre de rembourser au prêteur tout ou partie des sommes prêtées. Le transport maritime restera le domaine d'élection du déplacement convenu de la charge du risque, ce à la faveur des nombreuses combinaisons susceptibles d'aménager celle-ci dans les contrats translatifs.

* – **Imprévision.** Un saut dans le temps permet de constater que sont par ailleurs de plus en plus fréquemment utilisées dans la pratique contemporaine des clauses d'inspiration anglo-saxonne telle la clause de *hardship*, ou autre *material adverse change clause*²⁰, par lesquelles les parties acceptent de faire entrer dans le champ contractuel l'éventualité d'un changement de circonstances extérieures qui viendrait bouleverser l'équilibre économique qui avait présidé à la conclusion du contrat. De manière plus générale, l'autonomie de la volonté permet aux contractants d'envisager, dès lors qu'elles ne heurtent pas l'ordre public, diverses possibilités pour parer à un risque, quelle qu'en puisse être la nature, de la stipulation modifiant la définition de la force majeure à celle créant une condition suspensive, en passant bien entendu par les clauses relatives à la responsabilité.

Certains aménagements relatifs à la théorie de l'imprévision témoignent de la récente prise en considération, indépendamment du jeu de certaines des clauses précédemment évoquées, de ces risques « extérieurs » dont la survenance demeurait jusqu'alors indifférente. Posé par l'arrêt Canal de Craponne²¹, le principe demeure certes celui du rejet de cette théorie par le juge judiciaire. Mais, en dehors des exceptions que le code civil²² ou le législateur moderne²³ y apportent en permettant alors la révision du contrat, la jurisprudence est venue, à partir de l'obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi²⁴, assouplir cette intangibilité au cas de refus injustifié d'une partie de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités contractuelles, sous cette réserve que ce refus ne soit pas fondé sur le déséquilibre structurel du contrat que, par négligence ou imprudence, l'autre partie n'avait pas su apprécier lors de sa conclusion²⁵. Pareille évolution va dans le sens d'une meilleure attractivité²⁶ de notre droit des contrats.

20. Dite *mac clause*.

21. Civ., 6 mars 1876, *D.P.* 1876, I, 193.

22. Pour le bail à ferme et – dans une moindre mesure – le *commodat* avec, respectivement, les articles 1769 et 1889.

23. Pour, par exemple, les rentes viagères avec la loi n° 49-420 du 25 mars 1949, les baux commerciaux avec le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953, les donations avec charge avec l'article 900-2 du code civil issu de la loi n° 84-562 du 4 juillet 1984...

24. Com., 3 novembre 1992, pourvoi n° 90-18.547, *Bull.* 1992, IV, n° 338; Com., 24 novembre 1998, pourvoi n° 96-18.357, *Bull.* 1998, IV, n° 277.

25. 1^{re} Civ., 16 mars 2004, pourvoi n° 01-15.804, *Bull.* 2004, I, n° 86.

26. Sur laquelle voir X. Lagarde, « Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats », *in D.* 2005, p. 2745. Voir aussi A. Raynouard et A.-J. Kerhuel, « L'évaluation des systèmes juridiques au cœur de la tourmente », *in D.* 2010, p. 2928.

* – **Contrats aléatoires.** Il convient encore de faire mention des contrats aléatoires puisque leurs effets dépendent, par définition²⁷, d'un événement incertain. Toutefois, l'éventualité d'un événement *dommageable* n'y est pas nécessairement présente : si tel est bien le cas avec l'assurance, il en va différemment lorsque l'équivalent consiste dans une chance de gain ou de perte pour chacune des parties²⁸, singulièrement avec les jeux et paris des articles 1964 et 1965 du code civil ainsi d'ailleurs, à y bien regarder, qu'avec les contrats de rente viagère des articles 1968 et suivants.

2 – Responsabilité

* – **Risque réalisé.** La réparation du dommage futur, lorsqu'il est certain, est admise depuis longtemps par la jurisprudence²⁹. Mais au risque correspond un dommage qui n'est qu'éventuel, voire hypothétique. Or la responsabilité, quoiqu'ayant indéniablement une vertu prophylactique en ce que la crainte de sa mise en œuvre constitue un instrument de dissuasion, est avant tout, fondamentalement, réparatrice. Il s'agit, dans sa fonction classique, de l'imputation d'événements d'ores et déjà survenus et de la réparation des conséquences dommageables en étant effectivement résultées, la responsabilité déterminant les règles selon lesquelles doit s'opérer le déplacement de la charge d'un risque qui s'est réalisé.

a – Avant le code civil

* – **Matérialité du dommage. Comportement fautif.** Dans l'ancien droit romain avec au troisième siècle avant notre ère la loi Aquilia, c'est la matérialité du dommage, envisagé du seul côté de la victime, qui ouvre droit à réparation. Il faudra attendre la fin de la République pour que, le départ étant fait entre ce qui est dû au hasard et ce qui résulte d'un comportement fautif, la réparation soit subordonnée à une faute.

Dans les droits primitifs, la victime est vengée. Avec le *wergeld* qui se substituera à la vengeance, les coutumes germaniques lui permettront dès le Haut Moyen Âge d'être indemnisée, en nature, sans que soit envisagé le comportement de l'auteur du dommage : la réparation deviendra en quelque manière automatique, le dommage étant perçu comme une injustice exigeant une compensation, y compris lorsqu'aucune faute ne peut être imputée à son auteur.

L'Ancien droit ne verra apparaître le principe d'une responsabilité fondée – uniquement – sur la faute qu'à la fin de l'Ancien Régime, sous l'influence des travaux antérieurs des canonistes. Il sera à cet égard transcrit, et repris, par Domat : « Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu³⁰ ». Le dommage ne résultant pas d'une faute n'est *a contrario* pas réparable.

27. Article 1964 du code civil.

28. Article 1104 du code civil.

29. Req. 1^{er} juin 1932, *D.P.* 1932, I, 102.

30. *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, livre II, titre 8, section IV, article 2.

b – Après le code civil

* – **Principe général de responsabilité fondée sur la faute.** Directement inspirés par Domat, dans les pas duquel avait progressé Pothier, les rédacteurs du Code Napoléon posent avec l'article 1382 un principe général de responsabilité fondée sur la faute. Cette responsabilité est subjective, qui s'appuie sur l'analyse du comportement de l'auteur du dommage, la finalité des textes s'appuyant sur une logique libérale allant dans le sens d'une limitation des hypothèses où la responsabilité peut être engagée.

* – **Théorie du risque.** Un siècle plus tard, les progrès du machinisme, avec notamment le développement des accidents de la circulation automobile conjugué à la fréquente difficulté d'en déterminer précisément la cause, montrent l'insuffisance d'une responsabilité fondée exclusivement sur la faute. Aussi des théories nouvelles voient-elles le jour, dont la principale – la théorie de la garantie avancée par Starck en 1947³¹, l'auteur se plaçant du côté de la victime, connaîtra un moindre retentissement en droit positif – est proposée dès la fin du XIX^e siècle³² par Saleilles, immédiatement suivi par Josserand³³ : « La vie moderne est plus que jamais question de risques [...]. La question n'est pas d'infliger une peine, mais de savoir qui doit supporter le dommage, de celui qui l'a causé ou de celui qui l'a subi [...]. Ce n'est plus à proprement parler une question de responsabilité, mais une question de risques : qui doit les supporter ? Forcément, en raison et en justice, il faut que ce soit celui qui, en agissant, a pris à sa charge les conséquences de son fait et de son activité³⁴ ». Celui qui crée, souvent pour son profit, une activité engendre des risques potentiels dont il doit, au cas de réalisation, répondre : « tout dommage accidentellement subi par un individu ou un groupe d'individus doit, dans une société bien construite, trouver une réparation assurée », écrira plus tard Savatier³⁵. Gény donne une portée plus large encore à ce lien entre risques et responsabilité, les regardant comme « les deux faces, réciproquement complémentaires, d'une idée générale et nécessaire de la vie juridique, l'idée de la répartition des dommages qui atteignent les intérêts privés³⁶ ».

En parallèle et sous un angle totalement différent, il vaut d'être rappelé que, tirant la leçon des crises majeures de 1929 et 1931, Schumpeter mettait en exergue une légitimité de l'entrepreneur reposant sur l'initiative et la prise de risques, considérant que c'est par la réalisation des bénéfices engendrés par les risques qu'il assume, tout particulièrement en innovant, qu'il contribue au développement économique. Pour l'économiste autrichien,

31. B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, Paris, 1947.

32. Avant que d'être formellement émise par ses promoteurs, la théorie des risques n'en avait pas moins connu une première application avec une loi allemande de 1871 relative à la responsabilité des chemins de fer et des entreprises industrielles (voir J. Carbonnier, *Droit civil*, tome IV, *Les Obligations*, PUF, Thémis, 22^e éd., 2000, p. 370, citant Saleilles, *Obligation*, n° 325 et suivants).

33. L. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897.

34. R. Saleilles, *Les Accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897, p. 4.

35. R. Savatier, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 2^e éd., 1952.

36. F. Gény, « Risques et responsabilité », in *RTD civ.* 1902, p. 817.

« l'initiative serait rendue impossible dans la majorité des cas si l'on ne pouvait compter dès le départ sur la survenance probable de situations exceptionnellement favorables, généralisées [...] de profits suffisants pour surmonter d'autres situations exceptionnellement défavorables, à la condition que celles-ci soient contrôlées par les mêmes méthodes³⁷ ».

* – **Mutation.** En considération de la théorie dite du risque, qui vint s'ajouter à celle de la faute, le droit de la responsabilité, mutant pour partie en un droit de la réparation et de son financement, organisa ces déplacements de la charge du risque dans le dessein de la faire peser sur celui qui a créé le risque ou sur celui qui en profite. Une telle responsabilité est dite objective qui, ayant pour seule finalité l'indemnisation, s'appuie non plus sur l'analyse d'un comportement mais sur une constatation matérielle : est responsable celui qui est objectivement à l'origine du dommage.

La théorie du risque a directement inspiré le législateur adoptant certains régimes spéciaux de responsabilité. Tel a été le cas dès 1898 avec la loi du 9 avril sur les accidents du travail – à propos de laquelle un auteur parle à juste titre de « passage d'une gestion individuelle de la faute à une gestion socialisée du risque³⁸ » –, ou encore avec une loi du 31 mai 1924 sur la navigation aérienne, plus récemment avec celles du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation puis du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

Au fil d'une évolution amorcée avec l'arrêt Teffaine³⁹ par la découverte d'un principe général de responsabilité du fait des choses au travers d'une nouvelle lecture de l'article 1384, alinéa 1^{er} du code civil, la jurisprudence y a largement puisé, singulièrement à partir de l'arrêt Jand'heur⁴⁰ évoquant à propos de ce texte une présomption non plus de faute mais, le gardien ne pouvant s'exonérer par son absence de faute, de responsabilité.

* – **Préoccupation d'indemnisation.** Les systèmes de responsabilité privé et public convergent autour de la place croissante de la responsabilité sans faute⁴¹ – quoique celle des personnes publiques repose sur un fondement différent, qui est le souci de rétablir l'égalité devant les charges publiques. La faute n'en conserve pas moins un rôle important dans la responsabilité civile. Le Conseil constitutionnel considérait dans une décision du 9 novembre 1999 que « l'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer⁴² ». Il avait souligné

37. J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 1942, trad. G. Fain, Payot, 1951, spécialement p. 171.

38. L. Engel, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine », in *Esprit*, juin 1993, p. 16.

39. Civ., 16 juin 1896, *D.P.* 1898, I, 433, concl. Sarrut, note Saleilles ; *S.* 1897, I, 17, note Esmein.

40. Ch. réunies, 13 février 1930, *D.P.* 1930, I, 57, concl. Matter, note Ripert ; *S.* 1930, I, 121, note Esmein.

41. La construction prétorienne s'en étant faite, en droit public, à partir de CE, 28 mars 1919, Regnault-Desroziers, *Recueil Lebon*, p. 329.

42. Cons. const., 9 novembre 1999, décision n° 99-419 DC ; *JCP* 2000, I, 280, n° 1, obs. G. Viney ; *RTD civ.* 2000, 870, obs. Th. Revet.

quelques années auparavant que le droit français ne comporte, en aucune matière, de régime soustrayant à toute réparation les dommages résultant de fautes civiles imputables à des personnes physiques ou morales de droit privé, quelle que soit la gravité de ces fautes⁴³.

Mais si, lit-on dans le *Rapport* 2005 du Conseil d'État avec l'intitulé de l'un des titres d'une étude ayant pour thème « Responsabilité et socialisation du risque », le droit commun de la responsabilité publique reste fondé sur la faute⁴⁴, celle-ci n'est plus aujourd'hui le seul ni, sans doute, le principal fondement de la responsabilité civile. Distinguant les deux étapes du processus qui conduit du fait dommageable à la réparation, un auteur⁴⁵ met en lumière les rapports qu'entretient le risque avec les fondements de la responsabilité civile. S'agissant tout d'abord de l'incidence du risque au sein du rapport entre fait générateur et fondement du droit à réparation, ce fait est – hors l'hypothèse de faute – celui d'une chose ou d'une personne, de façon générale un événement accidentel, et le fondement du droit à réparation réside alors dans le risque, dont cet accident n'est que la réalisation : le dommage est réparable parce qu'il réalise un risque qu'une personne doit prendre en charge. Quant au rapport entre désignation du responsable et fondement de la responsabilité, les fondements de cette désignation – toujours dans ces responsabilités objectives engagées indépendamment de toute faute – sont divers mais s'ordonnent tous autour de cette même idée de risque, risque cette fois de la réparation qu'un responsable doit assumer. C'est ainsi que « la volonté de *faire remonter la responsabilité au créateur des risques* est présente dans toutes les responsabilités objectives fondées sur le risque⁴⁶ ».

Avec la mise en place de régimes autonomes de responsabilité, telle la responsabilité en matière d'accidents de la circulation à la suite de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 – et l'introduction remarquable, éludant le débat sur la causalité, de la notion d'implication –, celle du fait des produits défectueux organisée par les articles 1386-1 et suivants du code civil créés par la loi n° 98-389 du 19 mai 1998, ou encore la responsabilité des professionnels de santé telle que son régime s'est dessiné à partir de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, la préoccupation d'indemnisation prend nettement le pas sur la question de l'imputation.

L'assurance, enfin, est une considération majeure dans la désignation du responsable. Il est bien certain que le développement de la responsabilité s'est nourri de celui de l'assurance tant il est vrai que « c'est seulement parce que le poids de la responsabilité, en apparence individuelle, se répartit en définitive sur tout le corps social, que le domaine de la responsabilité tend à s'accroître indéfiniment⁴⁷ ».

43. Cons. const., 22 octobre 1982, décision n° 82-144 DC, *D.* 1983, 189, note F. Luchaire.

44. Conseil d'État, *Rapport public* 2005, p. 232.

45. P. Jourdain, *Les Principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 8^e éd., 2010, p. 27 et suivantes.

46. P. Jourdain, *op. cit.*, p. 30.

47. R. Savatier, *op. cit.*, n° 284.

B – La répartition de la charge du risque

Seconde technique possible, la règle attributive peut consister dans la répartition de la charge du risque entre des individus en nombre suffisant pour l'amortir. Lorsque les conséquences dommageables de l'événement qui est advenu sont prises en charge par un assureur, sans doute est-ce ce dernier qui est débiteur de l'indemnité stipulée, supportant ainsi juridiquement le poids du risque. Mais celui-ci est économiquement réparti au sein de la mutualité que constitue l'ensemble des cocontractants de l'assureur. C'est cependant avec les assurances sociales que la prise en charge du risque par ce mécanisme de la répartition connaît son développement le plus achevé : par la mise en œuvre de ce qui n'est plus simplement une technique, la mutualisation, mais un principe, la solidarité, c'est entre la totalité des membres de la collectivité nationale qu'il est alors réparti.

1 – Répartition de la charge du risque par mutualisation entre les membres de groupes déterminés privés

* – **Naissance et développement de l'assurance.** Les difficultés nées de la condamnation par l'Église de l'*usure nautique* conduiront les marchands de la péninsule italienne à mettre au point dès le XIV^e siècle un véritable contrat d'assurance, dit à *simple cédule*⁴⁸. Mais, pour pouvoir être contenu à une plus grande échelle par l'instrument qu'offre le droit, le risque devait être, quantitativement, rationalisé. Aussi l'assurance n'a-t-elle pu se développer que grâce aux lois relatives aux probabilités découvertes au XVII^e siècle par Pascal mais aussi par Fermat, dont Laplace pensait qu'il partageait avec l'auteur des *Lettres provinciales* l'honneur de l'invention du calcul des probabilités. La probabilité mathématique résulte du calcul, théorique, du nombre de fois où un événement devrait se réaliser au regard des possibilités qui se présentent ; la fréquence résulte de l'observation, concrète, du nombre de fois où cet événement se produit réellement. C'est la constatation de l'écart qui existe toujours entre les deux qui devait conduire quelques décennies plus tard Jacques I^{er} puis Daniel Bernoulli à poser les prémices de la loi des grands nombres. Il ne restait plus qu'à établir les fréquences sur la base de données présentant la récurrence de l'événement considéré.

Initialement cantonnée aux commerce et explorations maritimes, l'assurance s'est développée progressivement pour connaître au début du XX^e siècle un essor considérable avec le besoin de répondre au nombre sans cesse croissant d'accidents d'automobile, phénomène auquel ne pouvait répondre de manière satisfaisante le caractère individuel de la responsabilité civile. Il est bien certain que l'institution puis l'accroissement des assurances obligatoires se sont accompagnés d'un retrait corrélatif sensible – touchant le domaine de la responsabilité – de la règle d'attribution de la charge du risque par le mécanisme de son déplacement.

* – **Le prix de la sécurité.** Au moment de la naissance du rapport de droit, soit lors de la conclusion du contrat d'assurance, le risque est virtuel. Il n'en fait pas moins l'objet, au travers de l'attribution de sa charge par le mécanisme de la répartition et par le calcul des probabilités, d'une évaluation pécuniaire actuelle : le risque de survenance d'un

48. Voir P.-Ch. Pradier, « Naissance de l'assurance », in *Risques*, n° 81/82, mars-juin 2010, p. 53 (Introduction, les assurances maritimes).

événement qui n'est pourtant qu'éventuel, et en cela nécessairement futur – si tant est qu'il advienne –, s'ancre immédiatement, à la fois, dans le réel et dans le présent. Précisément déterminée, la prime d'assurance devient le prix de la sécurité. Le traitement du risque par l'assurance est ainsi celui avec lequel le risque reçoit le plus nettement et le plus directement une valeur économique.

* – **Mutualisation.** Le risque est avec l'assurance au cœur du rapport de droit puisqu'il fait l'objet même du contrat. Celui-ci implique au reste la qualification de contrat aléatoire, ce que dit l'article 1964 du code civil et rappelle de façon constante la Cour de cassation en soulignant « l'existence de l'aléa inhérent au contrat d'assurance⁴⁹ ». À la vérité, il ne l'est pourtant que pour l'assuré : la charge du risque qui vient à se produire n'est en réalité pas déplacée de l'assuré vers l'assureur, mais répartie au sein de la mutualité qui réunit les cocontractants de celui-ci. La mutualisation se présente ici avec un caractère exclusivement technique, l'assurance n'en constituant pas moins une machine économique considérable.

2 – Répartition de la charge du risque par mutualisation, doublée de solidarité, entre les membres de la collectivité nationale

* – **Principe général d'action publique.** Aux termes du paragraphe 12 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel renvoie le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, la Nation proclame la *solidarité* et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales. C'est que l'on est passé progressivement, à partir de la fin du XIX^e siècle, d'un concept faisant écho à une obligation morale à un principe général d'action publique devant guider le législateur, ce qui s'est concrétisé par la mise en place face au risque de mécanismes de répartition de la richesse nationale par le biais de sa redistribution.

Au principe de solidarité correspondent à la fois une prescription, l'aide aux plus démunis devenant une obligation pour la collectivité et un droit pour ses bénéficiaires, et une technique, la mutualisation – opérant cette fois à l'échelle de la collectivité tout entière –, doublée d'assistance : l'objectif poursuivi englobe en effet la réparation des conséquences dommageables d'événements non couverts par les institutions classiques de garantie sociale, la solidarité pouvant conduire à une indemnisation déconnectée de toute cotisation ou prélèvement spécifique. Ce qui est ainsi devenu une socialisation du risque, au travers de la sécurité sociale et ultérieurement de fonds d'indemnisation, s'est corrélativement et logiquement accompagné d'un déclin sensible de la responsabilité individuelle⁵⁰.

* – **Système de la sécurité sociale**⁵¹. La logique de réponse au risque par la technique de la répartition a connu son plus fort développement lorsqu'il s'est agi d'affronter les

49. Récemment encore : 2^e Civ., 7 octobre 2010, pourvoi n° 10-30.233.

50. Sur lequel voir en premier lieu G. Viney, *Le Déclin de la responsabilité individuelle*, thèse, Paris, LGDJ, 1965.

51. La locution s'entend non seulement des régimes de sécurité sociale *stricto sensu*, mais aussi des dispositifs divers conçus pour les compléter (J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 16^e éd., 2008, n° 319, p. 247).

problèmes sociaux nés de la société industrielle. C'est cependant dans une tout autre occurrence que le qualificatif *social* est apparu pour la première fois en épithète au terme *risque* sous la plume du législateur, avec une loi du 16 avril 1914 et relativement aux dommages et dégâts résultant des crimes et délits commis par violence par des attroupements ou rassemblements dans les communes⁵². Mais la fortune de la locution s'est logiquement faite dans le domaine social *stricto sensu*. C'est ainsi que, « fondée sur le principe de solidarité nationale », « l'organisation de la sécurité sociale [...] garantit les travailleurs et leur famille contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain. Elle couvre également les charges de maternité, de paternité et les charges de famille. Elle assure, pour toute autre personne et pour les membres de sa famille résidant sur le territoire français, la couverture des charges de maladie, de maternité et de paternité ainsi que des charges de famille. [...] Elle assure le service des prestations d'assurances sociales, d'accidents du travail et maladies professionnelles, des allocations de vieillesse ainsi que le service des prestations familiales [...]»⁵³. Selon la Convention C 102 de l'Organisation internationale du travail (OIT)⁵⁴, les *risques sociaux* devant être couverts englobent semblablement maladie, invalidité, décès, accident du travail et maladie professionnelle, maternité, vieillesse, chômage et charges familiales.

La nature de certains risques apparus, à l'ère industrielle, à la faveur de la transformation de la relation de travail a eu pour effet de présenter ceux qui les subissaient moins comme des victimes individuelles que comme les membres d'une société exposés comme leurs semblables à la survenance d'événements dommageables sécrétés par cette société elle-même. La prise en considération de ces risques a conduit à penser, en se détachant des comportements individuels, un processus collectif lié au fonctionnement de la société industrielle. L'idée a germé dans le dernier tiers du XIX^e siècle que toute personne, indépendamment de ses facultés financières, doit être protégée contre ces risques parce qu'ils sont, considérés au regard des revenus de chacun, très inégalement répartis et qu'il est hors des moyens de nombre de ceux qui en sont victimes de s'en prémunir. Des « doctrines sociales » ont ainsi vu le jour, leurs promoteurs s'attachant au fait social que constitue le droit. C'est par le truchement de Durkheim, mettant en évidence l'existence d'une conscience collective du groupe distincte de la conscience individuelle de ses membres et s'exprimant dans la règle de droit, dont la finalité est d'améliorer le sort du groupe, puis de Duguit, pour lequel⁵⁵ toute règle de droit trouve son fondement dans l'interdépendance des membres de la société, très exactement dans la norme de solidarité sociale qui en découle, que s'est dégagée l'idée d'une interdépendance objective de tous ces membres devant se traduire par une mise en commun de certains risques dans le but d'en amortir plus aisément les conséquences.

52. Aux termes de l'article 108 de la loi municipale du 5 avril 1884 tel que modifié par cette loi du 16 avril 1914, « l'État contribue pour moitié, *en vertu du risque social*, au paiement » de ces dommages-intérêts.

53. Article L. 111-1 du code de la sécurité sociale.

54. Convention C 102 « concernant la sécurité sociale (norme minimum) » du 28 juin 1952 de l'Organisation internationale du travail.

55. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Albert Fontemoing, 1901.

Ces préoccupations solidaristes ont présidé aux grandes réformes de la fin de la première moitié et du tournant du siècle dernier. La couverture des risques sociaux n'a plus été l'effet d'un acte, elle est devenue un droit, « un droit du salarié d'abord, puis un droit du citoyen avec la Sécurité sociale⁵⁶ ». La mutualité ne regroupe plus ici les quelques dizaines ou centaines de milliers d'individus qu'agrègent des contrats conclus avec un même assureur, mais les membres de la collectivité nationale : la mise en commun du risque concerne la société tout entière. Dans ce domaine et toujours selon le procédé de la répartition, la mutualisation du risque entendue comme une technique est venue servir un principe politique, la solidarité. Celle-ci – qui est au demeurant, fondamentalement, le seul vrai lit du lien social – a été le moteur de ce mécanisme collectif qui pouvait répondre au besoin lui-même collectif de sécurité : il s'est agi d'assurer la « protection des citoyens contre les risques essentiels qui les menacent dans leurs intérêts essentiels⁵⁷ ». S'inscrivant dans la logique d'une justice commutative, la règle de droit qui allait être l'instrument de cette compensation des inégalités devant le risque social a recherché l'équilibre au sein du collectif. Le temps est venu de l'État providence avec la création de la sécurité sociale à l'issue du deuxième conflit mondial, marquant l'avènement d'une société sécurisée.

* – **Autres illustrations.** Palliant les insuffisances objectives des dispositifs d'assurance existants, l'apparition puis la multiplication, à partir de la loi n° 51-1508 du 31 décembre 1951 instituant un fonds de garantie automobile, de fonds d'indemnisation, notamment au profit des victimes d'infractions pénales en 1977, d'actes de terrorisme en 1986, de la contamination par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH) par transfusion sanguine en 1991 ou encore des victimes de l'amiante en 2000, ont favorisé un nouveau passage de la responsabilité – relayée par l'assurance – à la solidarité nationale.

Une illustration récente de cette solidarité se présente avec ce que la jurisprudence antérieure à la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 désignait sous la locution d'« aléa thérapeutique », exclu de la responsabilité contractuelle du praticien, tenu d'une obligation de moyens. Les règles de la responsabilité ne pouvant être utilement mises en œuvre pour conduire à une réparation dès lors que la responsabilité, désormais légale, du professionnel de santé n'est engagée qu'en cas de faute prouvée, la réparation a dû en être détachée. C'est ainsi qu'aux termes de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, texte issu de la loi du 4 mars 2002, « [...] un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale [...] ».

Pourrait encore être mentionnée au chapitre des mécanismes relevant de la solidarité, quoique dans un cadre nettement plus étroit puisque la collectivité sollicitée est celle des chefs d'entreprise, et bien que l'institution évolue à certains égards vers l'assurance⁵⁸, la

56. F. Ewald, *in* Université de tous les savoirs, volume 5, *Qu'est-ce que les technologies ?*, Odile Jacob, 2001, p. 578.

57. G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1995, n° 27.

58. Voir à cet égard A. Arseguet et B. Reynès, « L'AGS et la loi de modernisation sociale : de la solidarité à l'assurance ? », *in D.* 2003, p. 502.

création avec une loi du 27 décembre 1973⁵⁹ de l'Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS), dont l'objectif est de protéger les salariés « contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire⁶⁰ ».

C – Le risque généré par la règle de droit elle-même

* – **Prolifération.** Cette étude n'est pas le lieu de dissertier sur un facteur d'insécurité provenant de la loi elle-même⁶¹. Le bilan que dressait le Conseil d'État dans son *Rapport* pour l'année 2006 était sévère : « Pour respecter la loi, il faut la connaître. Pour la connaître, il faut qu'elle soit claire et stable. Or, et ce constat est préoccupant, nombre de nos lois ne sont ni claires ni stables. La France légifère trop et légifère mal⁶² ». La place occupée depuis quelques décennies dans l'appareil législatif par la prévention puis par la précaution a contribué objectivement – notamment avec la transposition des directives européennes dans l'ordre interne – à cette prolifération de la règle de droit dans des domaines où sa présence était jusqu'alors moins prégnante, tels l'environnement, bien entendu, mais aussi la santé.

* – **Faux risques.** Par-delà ce constat, il y a deux manières d'entendre le « risque juridique ». L'on peut tout d'abord songer à la crainte de la sanction prévue par la règle de droit au cas de méconnaissance de la norme qu'elle édicte. Élaborant une stratégie pour protéger son client, le praticien évoquera auprès de lui le « risque indemnitaire », le « risque fiscal », le « risque pénal » desquels il s'efforcera de le mettre à l'abri. Cela ne relève nullement du risque, mais simplement d'un choix à faire par un sujet de droit en considération des effets normaux, parfaitement prévisibles et certains, de cette règle.

* – **Revirements.** Mais l'expression recouvre également les conséquences, pouvant être ressenties comme dommageables, d'une modification affectant la norme gouvernant le rapport de droit considéré, en raison singulièrement d'un revirement de jurisprudence. La première chambre a jugé le 11 juin 2009⁶³ que la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée dès lors, ajoute-t-elle en reprenant la formulation qu'avait adoptée l'assemblée plénière le 21 décembre 2006⁶⁴, que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge. C'est que la rétroactivité de la règle jurisprudentielle est liée à l'exercice même de la fonction juridictionnelle : « le juge statue nécessairement sur

59. Loi n° 73-1194 du 27 décembre 1973 « tendant à assurer, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, le paiement des créances résultant du contrat de travail ».

60. Article L. 3253-6 du code du travail.

61. Voir notamment sur cette question : *Le Traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Dalloz, 2008, spécialement p. 5 à 49.

62. Conseil d'État, *Rapport public* 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, p. 9.

63. 1^{re} Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 07-14.932, *Bull.* 2009, I, n° 124 et pourvoi n° 08-16.914, *Bull.* 2009, I, n° 124; voir aussi : Com., 26 octobre 2010, pourvoi n° 09-68.928, *Bull.* 2010, IV, n° 159.

64. Ass. plén., 21 décembre 2006, pourvoi n° 00-20.493, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 15.

des faits qui sont antérieurs à son jugement. Lorsque, par son interprétation créatrice, il fait naître une règle nouvelle, celle-ci s'applique à des faits qui lui sont antérieurs ; elle a donc effet rétroactif⁶⁵ ». L'éventuel désagrément que peut éprouver un plaideur n'est ainsi que le fruit d'un événement qui, ne présentant rien d'accidentel, s'inscrit dans le cadre du fonctionnement normal de l'institution judiciaire.

II – Le droit occupé par le risque

* – **Insuffisance de l'attribution de la charge du risque.** À la société industrielle a succédé ce que le sociologue autrichien Ulrich Beck a nommé la « société du risque⁶⁶ ». Fondé, au travers d'une multiplication des responsabilités et subséquemment des hypothèses d'assurance de responsabilité obligatoire, sur la préoccupation de s'assurer de la solvabilité de ceux auxquels doit être imputée la charge du risque, le schéma que dessinent les techniques d'attribution de cette charge a dû pousser de nouvelles ramifications. Responsabilité, assurances et fonds d'indemnisation peuvent en effet se révéler insuffisants, voire impuissants, pour faire face aux risques apparus à l'ère techno-scientifique. L'ampleur des dommages susceptibles d'être causés par certaines des technologies nouvelles pourrait être telle que la question ne serait plus de savoir à qui incomberait une réparation sans commune mesure avec les capacités des mécanismes classiques d'indemnisation. En deçà même des catastrophes virtuelles – les dangers liés au fonctionnement des installations classées sont une réalité tangible –, il convient de faire en sorte que l'événement ne se produise pas. « La notion de risque devient le *concept politique et scientifique* fondamental, propre à nos sociétés. Cette signification nouvelle du "risque" convoque la construction de nouvelles formes de savoirs et de pratiques, de techniques de prévention et de dépistage, et fabrique de nouvelles exigences éthiques, comme celle du principe de précaution⁶⁷ ».

La règle de droit revêt alors les habits d'une fonction nouvelle. L'idée est celle d'un risque devant être prévenu : il importe d'une part d'éviter le risque avéré, d'autre part d'envisager, et autant que faire se peut anticiper, le risque suspecté. La démarche s'accompagne d'une réhabilitation de l'imputation. Il ne s'agit plus tellement de l'imputation, nécessairement liée à la survenance du dommage, d'une réparation, mais d'une manière d'assomption de certains de ces risques par la mise à la charge de leurs acteurs, en amont de la survenance potentielle des événements redoutés ou pressentis, d'obligations de faire d'un genre nouveau, tournées vers l'avenir⁶⁸. Aussi le modèle d'une responsabilité dont la mise en œuvre est subordonnée à un dommage réalisé commence-t-il à souffrir des tempéraments – plus exactement, c'est la caractérisation du dommage qui se fait plus souple –, la porte s'ouvrant sur une responsabilité non plus seulement curative mais préventive.

65. J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 3^e éd., 1990, p. 413, n° 460.

66. U. Beck, *Riskgesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Francfort, 1986, traduction française : *La Société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, 2003.

67. R. Gori, *De quoi la psychanalyse est-elle le nom ? Démocratie et subjectivité*, Denoël, 2010, p. 184.

68. Voir F. Millet, *op. cit.*, p. 273 et suivantes.

A – Le souci d'éviter le risque avéré

* – **Risque connu et identifié.** C'est un truisme de dire que la prévention opère *a priori* : sa finalité est de devancer la réalisation du dommage pour, précisément, qu'il n'ait pas lieu, à tout le moins que la probabilité de sa réalisation en soit diminuée. Le procédé ne peut être mis en œuvre que dans des situations avec lesquelles le risque est avéré : pour éventuel que soit le dommage, le risque n'en est pas moins identifié et certain. Aussi, à la différence de la précaution, la prévention suppose-t-elle la connaissance, tant dans sa genèse que dans ses effets, de l'événement menaçant. Cette compréhension du risque permet son évaluation, instrument indispensable d'une politique de « gestion » rationnelle des risques. C'est ainsi qu'ont fait leur apparition, depuis longtemps maintenant dans les pays anglo-saxons puis continentaux, des disciplines qui ont pris leur autonomie, au premier rang desquelles figure chronologiquement le *risk management*.

1 – Mesures directement préventives

* – **Culture de la prévention.** La prévention peut être érigée en une véritable culture. La Convention C 187 de l'Organisation internationale du travail⁶⁹ en donne une forte illustration. Son préambule souligne « l'importance de promouvoir de façon continue une culture de prévention nationale en matière de sécurité et de santé ». Selon son article 1 d, « l'expression *culture de prévention nationale en matière de sécurité et de santé* désigne une culture où le droit à un milieu de travail sûr et salubre est respecté à tous les niveaux, où le gouvernement, les employeurs et les travailleurs s'emploient activement à assurer un milieu de travail sûr et salubre au moyen d'un système de droits, de responsabilités et d'obligations définis et où le principe de prévention se voit accorder la plus haute priorité ». Comme l'enjoint à l'employeur l'article L. 4121-2 de notre code du travail dans ce même domaine de la santé et de la sécurité des travailleurs, le but est de « combattre les risques à la source ».

* – **Arsenal.** Vaste est l'arsenal des mesures de prévention, dont l'efficacité peut être renforcée par la création d'organismes de veille et de contrôle. Un moyen procédural à caractère général mérite d'être préalablement rappelé : l'article 809 du code de procédure civile permet au président du tribunal de grande instance⁷⁰, même en présence d'une contestation sérieuse, de prescrire en référé les mesures conservatoires qui s'imposent pour, notamment, « prévenir un dommage imminent ». Il est vrai, la part aléatoire dans la survenance de l'événement redouté étant quasiment inexistante s'il est imminent, que l'on s'éloigne quelque peu du risque. Mais il faut ajouter la panoplie des mesures à caractère conservatoire qu'offrent le droit des voies d'exécution et le droit des sûretés pour obvier à un dommage qui demeure éventuel. Et il existe encore des dispositifs judiciaires particuliers, tel en matière de respect de la vie privée l'article 9 du code civil qui autorise le juge à, « sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures [...] propres à empêcher [...] une atteinte à l'intimité de la vie privée ».

69. C 187, convention « sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail », adoptée le 15 juin 2006.

70. Un même pouvoir appartient au président des différentes juridictions d'exception du premier degré.

* – **Seveso.** Une étape importante en matière de prévention a été marquée par l'adoption des Règlements européens Seveso I le 24 juin 1982, imposant aux industriels l'évaluation des risques que leurs installations sont susceptibles de présenter et subséquemment leur réduction par des mesures techniques appropriées, puis le 9 décembre 1996 Seveso II, renforçant ces moyens de prévention et d'inspection.

Il serait fastidieux de se livrer à une énumération des normes à caractère préventif édictées par le législateur contemporain sous la forme de prescriptions de prudence et de sécurité, éventuellement accompagnées de contrôles administratifs, dans des domaines aussi divers que l'hygiène et la sécurité au travail, la lutte contre le tabagisme, les installations classées ou la circulation routière. Elles sont souvent assorties d'un dispositif répressif – l'on aura garde d'oublier le caractère préventif qui s'attache en principe à la répression. Ainsi, en matière écologique, c'est certes un risque d'ores et déjà réalisé qui peut faire l'objet de l'infraction mais aussi, avec les « infractions-obstacles », le fait par exemple de ne pas se soumettre à un contrôle administratif, ou d'exploiter une installation sans l'autorisation requise ou en dépit d'une décision de suspension ou d'interdiction, mesures de nature strictement préventive.

L'on évoquerait encore les dispositions du code de la santé publique issues de la loi n° 98-535 du 1^{er} juillet 1998 « relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme », ou l'article L. 212-1 du code de la consommation selon lequel, « dès la première mise sur le marché, les produits doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs », l'article L. 214-1 visant les conditions de conception, fabrication, importation, conservation et commercialisation des produits concernés.

* – **Balance bénéfico-risque.** Provenant du vocabulaire économique de l'investissement, le *rappor bénéfico-risque* s'est invité dans celui du droit, de la santé notamment, sous la plume tant du législateur que du juge⁷¹. La prise en compte de ce *ratio* doit guider la décision médicale. Ancien article 40 du code de déontologie médicale, l'article R. 4127-40 du code de la santé publique dit ainsi que « le médecin doit s'interdire, dans les investigations et interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié ». Issu quant à lui de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, l'article L. 1110-5 du même code pose le principe que « les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, faire courir [à la personne] de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté ».

* – **Procédures collectives.** Le droit des procédures collectives offre au traitement du risque économique lié à l'entreprise un cadre très structuré puisque c'est sa finalité même. C'est avec les mesures préventives qu'organise ce droit que se présente son aspect le plus intéressant.

Le seul intitulé de la première des lois venues en 1984 et 1985 substituer au droit antérieur, essentiellement préoccupé du règlement des dettes de l'entreprise et se ramenant largement à un ensemble de procédures d'exécution, un droit nouveau tourné vers la prévention,

71. Voir par exemple, reprenant expressément ces termes, 1^{re} Civ., 24 janvier 2006, pourvoi n° 02-16.648, *Bull.* 2006, I, n° 35, à propos d'un médicament.

soit la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 « relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises », dit assez la place nouvelle qu'allait occuper celle-ci dans le droit des procédures collectives, notamment avec la mise en place de techniques de détection de la défaillance de l'entreprise. Le droit qui lui succédera vingt ans plus tard à la suite de la réforme opérée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 dite « de sauvegarde des entreprises » sera davantage encore orienté vers l'anticipation de ces difficultés en s'efforçant de les prévenir toujours plus en amont de la cessation des paiements, objectif dont l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 renforcera les moyens⁷². C'est que, procédure d'anticipation et de prévention, la sauvegarde ne peut être efficace, permettant la restructuration de la dette et une réorganisation de l'entreprise, que si elle est précocement mise en œuvre.

Le législateur s'est par ailleurs appliqué à endiguer le risque de défaillance, dans une logique économique de continuation de l'exploitation, par le biais de solutions soit amiables, tels le mandat *ad hoc* et la conciliation, soit judiciaires, avec les plans de sauvegarde et de redressement. Le souci de prévention occupe ainsi une place primordiale dans le droit contemporain des procédures collectives, au demeurant plus volontiers appelé droit des entreprises en difficulté.

2 – Responsabilité à finalité préventive

* – **Théorie du risque.** Avec l'idée de faire supporter la charge des risques que fait naître une activité par celui qui l'a créée, la réponse au risque se déplaçait certes, préoccupation première de ses promoteurs, sur le terrain de l'indemnisation. L'approche de Saleilles n'en répondait pas moins, en elle-même, à un souci de prévention : celui qui se trouve à la source du risque est le mieux placé pour en empêcher la réalisation.

* – **Regain de vitalité.** Au stade de la prévention, l'on devrait se trouver hors du périmètre de la responsabilité, parce que l'on est en amont de son éventuelle mise en œuvre : il n'y a pas – encore – de dommage. Il s'agit d'imposer aux sujets de droit, en contemplation des dommages auxquels leur activité ou les choses dont ils ont à répondre exposent autrui, des obligations de faire ou de ne pas faire.

En réalité, la responsabilité est loin d'être absente de la prévention. Le développement de celle-ci s'est au reste traduit par un regain de vitalité de l'institution dont une fonction *accessoire* nouvelle – le droit positif est resté longtemps exigeant un dommage comme condition incontournable de la mise en œuvre de la responsabilité –, tournée vers l'avenir, est préventive⁷³. Ce renouveau s'est accompagné d'un retour de la faute – ce qui n'est pas sans lien avec une exigence collective de sanction de la défaillance en matière de sécurité. La faute

72. L'article L. 620-1 du code de commerce dispose désormais qu'il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, *sans être en cessation des paiements*, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter.

73. Sur laquelle voir spécialement C. Thibierge, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », in *RTD civ.* 1999, p. 561 et suivantes. Voir aussi G. Viney, parlant d'une « contre-offensive de la responsabilité », *Le Déclin de la responsabilité individuelle*, thèse, Paris, LGDJ, 1965, p. 305 et suivantes ; Y. Flour, « Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? », in *Rev. Droit* 1987, n° 5, PUF, p. 41.

consistant dans la méconnaissance d'une norme préventive rend d'ailleurs plus aisée l'indemnisation des conséquences du risque réalisé. Le mouvement s'observe également en droit public : le Conseil d'État a récemment retenu la responsabilité pour faute de l'État pour carence dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante⁷⁴.

* – **Obligations de sécurité, d'information, de vigilance.** À l'articulation de la prévention et de la responsabilité, l'obligation de sécurité induite par l'article 1135 du code civil, touchant aujourd'hui tous les contrats susceptibles de porter atteinte à la sécurité des personnes, recevant de plus en plus fréquemment la qualification d'obligation de résultat⁷⁵, est une large illustration de la prévention du risque par la dissuasion. Prescription du législateur à visée spécifiquement préventive et qualification prétorienne d'obligation de résultat se rejoignent parfois : édictée par l'article L. 4121-1 du code du travail, l'obligation faite à l'employeur de « [prendre] les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs », notamment par « des actions de prévention des risques professionnels et de la pénibilité au travail », est qualifiée par la chambre sociale d'obligation de sécurité de résultat⁷⁶.

Occupant une place tout aussi importante, l'obligation générale d'information poursuit le même dessein, que la partie sur laquelle elle pèse, notamment si c'est un professionnel, soit débitrice d'une obligation de renseignement, de mise en garde, voire de conseil quant à l'opportunité de l'acte qu'il s'agit de conclure. Une application récente nette s'en présente en droit bancaire : le risque d'endettement né de l'octroi du prêt fonde l'obligation de mise en garde qui incombe au banquier, lequel engage sa responsabilité à l'égard de l'emprunteur non averti à qui il a consenti un crédit excessif⁷⁷. La responsabilité des professionnels de santé est quant à elle « légale », dont le fondement est désormais l'article L. 1111-2 du code de la santé publique⁷⁸. L'on évoquerait parallèlement l'obligation d'information prescrite en matière de santé et de sécurité des travailleurs par l'article L. 4141-1 du code du travail, selon lequel « l'employeur organise et dispense une information des travailleurs sur les risques pour la santé et la sécurité et les mesures prises pour y remédier ». Nous nous

74. CE, Ass., 3 mars 2004, nos 241150, 241151, 24152, 24153, *RFD adm.* 2004, p. 612.

75. À laquelle le manquement peut revêtir, dans le cadre du contrat de travail, le caractère de faute inexcusable : Soc., 28 février 2002, pourvoi n° 99-21.255, *Bull.* 2002, V, n° 81, jugeant qu'« en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ».

76. Soc., 24 juin 2009, pourvois nos 07-41.911 et 08-41.050.

77. 1^{re} Civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 06-13.562 ; 1^{re} Civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 07-18.334, *Bull.* 2009, I, n° 85 ; 1^{re} Civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 07-21.382, *Bull.* 2009, I, n° 231.

78. Ce texte dispose que « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus [...] ».

permettons de renvoyer, sur les différents aspects de l'obligation d'information, au *Rapport* 2010 de la Cour de cassation.

Enfin, ne saurait être passé sous silence le rôle préventif de l'obligation générale de prudence, sous la forme qu'elle prend fréquemment d'obligation de vigilance, lorsque le risque est connu et identifié. Dans un arrêt du 7 mars 2006, la première chambre approuve une cour d'appel d'avoir retenu la responsabilité du laboratoire ayant commercialisé le distilbène au motif « qu'existaient avant 1971 et dès les années 1953-1954 des doutes portant sur [son] innocuité, que la littérature expérimentale faisait état de la survenance de cancers très divers et qu'en outre, à partir de 1971, de nombreuses études expérimentales et des observations cliniques contre-indiquaient l'utilisation du distilbène », ce dont elle a pu « déduire sans dénaturer les rapports d'expertise que la société X... qui, devant ces risques connus et identifiés sur le plan scientifique, n'avait pris aucune mesure, ce qu'elle aurait dû faire même en présence de résultats discordants quant aux avantages et inconvénients, avait manqué à son obligation de vigilance⁷⁹ ».

* – **Risque lui-même indemnisable.** Le principe selon lequel seul un dommage réel peut donner lieu à réparation, principe induisant que, tant qu'il demeure à l'état de risque, le préjudice n'est qu'éventuel⁸⁰, s'est infléchi. La jurisprudence admet désormais que le risque lui-même peut être indemnisable, indépendamment de sa réalisation.

En premier lieu, il a été jugé sur le fondement de la théorie des troubles excédant les inconvénients normaux de voisinage que le risque peut créer une menace dont l'existence cause en elle-même un préjudice, menace par exemple de projections de balles de golf sur un fonds situé à proximité d'un parcours⁸¹, ou d'incendie due à la proximité d'un tas de paille⁸².

En deuxième lieu, le fait de ne pas prendre les mesures de nature à prévenir la réalisation d'un risque peut s'analyser en une négligence engageant la responsabilité de son auteur et le coût des travaux ayant dû, en raison de son inertie, être exécutés pour mettre matériellement fin à une situation porteuse de risques constitue alors un dommage réparable⁸³.

Enfin et surtout, est désormais admise la réparation du préjudice consistant dans l'angoisse éprouvée en raison de l'exposition à un risque. La réalisation du risque peut être certaine, le préjudice ici réparé n'est pas pour autant le préjudice futur, dont il est distinct : le 11 mai 2010, la chambre sociale a approuvé les juges du fond d'avoir décidé que « les salariés [...]

79. 1^{re} Civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 04-16.179, *Bull.* 2006, I, n° 142. Dans le même sens, s'agissant du même produit : 1^{re} Civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 04-16.180, *Bull.* 2006, I, n° 143.

80. 1^{re} Civ., 16 juin 1998, pourvoi n° 96-15.437, *Bull.* 1998, I, n° 216.

81. 2^e Civ., 10 juin 2004, pourvoi n° 03-10.434, *Bull.* 2004, II, n° 291.

82. 2^e Civ., 24 février 2005, pourvoi n° 04-10.362, *Bull.* 2005, II, n° 50.

83. 2^e Civ., 15 mai 2008, pourvoi n° 07-13.483, *Bull.* 2008, II, n° 112 : travaux de déblaiement et de terrassement rendus nécessaires par des excavations réalisées sur une parcelle présentant un risque pour le fonds voisin, la cour d'appel, en constatant la création de masses instables, ayant « caractérisé un préjudice portant en lui-même les conditions de sa réalisation ». Voir aussi 1^{re} Civ., 28 novembre 2007, pourvoi n° 06-19.405, *Bull.* 2007, I, n° 372 : présence d'un rocher sur un fonds présentant un risque de chute au préjudice du fonds voisin.

se trouvaient par le fait de l'employeur dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante et étaient amenés à subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse », et « ainsi caractérisé l'existence d'un préjudice spécifique d'anxiété »⁸⁴. Mais cette réalisation peut aussi n'être point certaine, s'agissant par exemple du « danger important sur les personnes » résultant des défauts de conformité d'une construction à la norme parasismique⁸⁵. Il n'en demeure pas moins que, dans l'un et l'autre cas de figure, la responsabilité vient bien réparer un dommage.

* – **Perte d'une chance, lien de causalité.** La responsabilité sanctionne également le risque de façon indirecte, sous divers angles. Tel est le cas avec l'indemnisation de la perte d'une chance dans certaines hypothèses où l'événement dommageable ne s'est pourtant pas réalisé : la première chambre décide ainsi le 14 janvier 2010⁸⁶ que, « par des motifs de nature à exclure l'existence d'un dommage intégralement consommé, mais impropres à écarter la perte de chance invoquée », la cour d'appel « n'a pas tiré les conséquences légales du risque constaté ». Une autre illustration se présente, l'événement dommageable étant cette fois survenu, au travers du *possible* lien de causalité entre celui-ci et le fait *alors* générateur⁸⁷.

* – **Dommages et intérêts punitifs.** Il convient d'évoquer un instant, totalement détachés de la fonction d'indemnisation de la responsabilité dans la mesure où leur finalité n'est pas la réparation d'un dommage mais la sanction du comportement de son auteur, les dommages-intérêts punitifs. Leur principe, dans les droits de *common law* qui les connaissent, est de pouvoir être fixés à l'aune du profit que le débiteur a pu tirer de sa faute, y compris s'ils excèdent le préjudice éprouvé par le créancier. Une partie de la doctrine⁸⁸ souhaiterait les voir introduits dans notre droit positif. L'avant-projet de réforme du droit des obligations propose⁸⁹ de les y importer en cas de « faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative ».

Il est permis de se demander si cette introduction ne se traduirait pas par une atteinte indirecte grave au principe de légalité des délits et des peines et un empiètement sur le droit

84. Soc., 11 mai 2010, pourvois n^{os} 09-42.241 à 09-42.257, *Bull.* 2010, V, n^o 106.

85. 3^e Civ., 7 octobre 2009, pourvoi n^o 08-17.620, *Bull.* 2009, III, n^o 212.

86. 1^{re} Civ., 14 janvier 2010, pourvois n^o 08-16.760 et 08-21.562, *Bull.* 2010, I, n^o 5.

87. Voir par exemple 1^{re} Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n^o 08-11.073, *Bull.* 2009, I, n^o 176, approuvant les juges du fond, ayant d'une part relevé que, « si les études scientifiques versées aux débats [...] n'ont pas permis de mettre en évidence une augmentation statistiquement significative du risque relatif de sclérose en plaque ou de démyélinisation après vaccination contre l'hépatite B, elles n'excluent pas, pour autant, un lien possible entre cette vaccination et la survenance d'une démyélinisation de type sclérose en plaque », d'autre part souverainement estimé que les faits de l'espèce constituaient des présomptions graves, précises et concordantes, d'avoir pu en déduire un lien causal entre la vaccination de la demanderesse et le préjudice par elle subi.

88. Voir spécialement, favorable à cette introduction, Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2010-2011, 8^e éd., 2010, n^o 45. Comparer, défavorables ou réservés : A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 12^e éd., 2010, n^o 420, p. 304 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^e éd., 2011, n^o 387, p. 503 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., 2009, n^o 691, p. 701.

89. Dans la rédaction proposée de l'article 1371 du code civil.

pénal – auquel revient la fonction punitive – dès lors que l'allocation de tels dommages-intérêts, distraite de toute fonction de réparation, interviendrait exclusivement à titre de sanction, étant de surcroît observé que les sommes allouées à ce titre dans les droits anglo-saxons vont au créancier et non point à l'État⁹⁰. Statuant dans l'ordre international, la première chambre a jugé que, « si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur⁹¹ ».

B – L'anticipation du risque suspecté

* – **Risque non identifié.** Quoique constamment repoussées, les limites des connaissances scientifiques marquent également celles de la prévisibilité des conséquences de certaines de leurs applications. Les plus grands dangers auxquels sont exposés les habitants de la planète viennent désormais de ce que produit la civilisation techno-scientifique sans plus pouvoir le maîtriser totalement, de la « face obscure du progrès » pour reprendre les termes colorés d'Ulrich Beck⁹². Dans la société industrielle, la représentation d'une réalité potentielle permettait d'appréhender un risque objectif et mesurable; nombre des dangers liés aux nouvelles technologies sont virtuels, ne pouvant être identifiés précisément en l'état des connaissances, de telle sorte que la logique dont le raisonnement juridique se doit d'être empreint vient buter sur une absence de certitude. La société contemporaine aspire au « risque zéro » cependant que la progression exponentielle des technologies n'a jamais engendré autant de risques majeurs, connus ou confusément redoutés, et, partant, de peurs. Il s'agit donc, dépassant la prévention qui n'a ici plus de prise, d'anticiper ces derniers, d'« ouvrir un nouvel imaginaire de la vulnérabilité⁹³ ». Est ainsi venu le temps de la précaution.

* – **Angle nouveau.** Un auteur représente cette fonction nouvelle de la règle de droit en observant avec justesse que, « parce que les progrès de la médecine font rêver à une maîtrise parfaite de la vie, on demande en quelque sorte au droit de suppléer à la technique médicale lorsque celle-ci échoue. Le droit est supposé, en tout état de cause, pouvoir compenser les conséquences négatives de la catastrophe⁹⁴ ». La civilisation techno-scientifique appelait une évolution quant à l'angle sous lequel le droit doit désormais saisir également le concept de risque.

* – **Génération futures.** Cette approche du risque est là encore marquée par le retour d'une responsabilité reposant sur un fondement subjectif. Surtout, il s'agit d'une responsabilité à l'égard non seulement de possibles victimes dans un avenir immédiat, mais encore des générations futures. D'où, cette considération se conjuguant avec le caractère irrémédiable

90. Il est vrai que l'avant-projet de réforme du droit des obligations précité prévoit que le juge aurait la faculté d'en faire bénéficier pour une part le Trésor public.

91. 1^{re} Civ., 1^{er} décembre 2010, pourvoi n° 09-13.303, *Bull.* 2010, I, n° 248.

92. « C'est le mythe du progrès et de la sécurité qui est en train de s'effondrer », *Le Monde*, 26 mars 2011.

93. F. Lemarchand, « Le danger des risques "invisibles" », *Le Monde*, 19 avril 2011.

94. L. Engel, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine », in *Esprit*, juin 1993, p. 21.

des conséquences de certains de ces risques, la place qu'occupe aujourd'hui la précaution dans les politiques environnementale et de santé.

* – **Risque de développement.** Presque à rebours de ce fort courant allant dans le sens de la précaution, le risque de développement se réfère à l'état des connaissances au bénéfice, cette fois, de l'*innovation*. La notion s'inscrit dans le cadre de l'indemnisation des victimes de produits dangereux, plus particulièrement des produits défectueux. Créé par la loi n° 98-389 du 19 mai 1998, l'article 1386-11 du code civil porte que le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut. Sans le nommer ainsi – la désignation est le fait de la doctrine –, le législateur a ainsi mis le risque de développement au rang des causes d'exonération du producteur⁹⁵.

Parce qu'elle constitue une exception, l'exonération pour risque de développement⁹⁶ appelle une interprétation stricte⁹⁷, telle que l'impossibilité de déceler le vice doit avoir été pour ainsi dire absolue pour emporter cet effet exonératoire. En effet, c'est non point la connaissance personnelle et effective du producteur qui doit être prise en considération, mais l'état objectif des connaissances auxquelles il avait la possibilité d'accéder au moment de la fabrication du produit, et dont il est présumé être informé⁹⁸. Ne se cantonnant pas au secteur d'activité du professionnel concerné, ces connaissances s'étendent par ailleurs à l'ensemble des champs du savoir dès lors que l'information disponible était de nature à éveiller l'attention du producteur sur le risque potentiel de son produit, et leur degré s'entend au « niveau le plus avancé tel qu'il existait au moment de la mise en circulation du produit en cause⁹⁹ ».

1 – Genèse du principe de précaution¹⁰⁰

a – Éléments fécondateurs

* – **Facteurs d'ordres technique et sociologique.** Le principal élément fécondateur du principe de précaution est bien sûr d'ordre technique, la civilisation techno-scientifique nous ayant quelque peu éloignés – quoique dans un dessein contraire puisqu'il est *a priori*

95. L'article 1386-12 ajoute toutefois que le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci.

96. Sur laquelle voir notamment P. Oudot, *Le Risque de développement. Contribution au maintien du droit à réparation*, Éditions universitaires de Dijon, 2005; J. Calais-Auloy, « Le risque de développement : une exonération contestable », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz et Litec, 1999, p. 81.

97. Voir spécialement Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2010-2011, n°s 8443 et suivants.

98. CJCE, 29 mai 1997, affaire n° C-300/95, *D.* 1998, p. 488, note A. Penneau, *RTD civ.* 1998, 524, obs. J. Raynard.

99. CJCE, 29 mai 1997 précité, § 26.

100. Sur le principe de précaution, voir notamment : C. Thibierge, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?) », in *RTD civ.* 1999, p. 561 et suivantes; Ph. Kourilsky et G. Viney, *Le Principe de précaution. Rapport au Premier ministre*, La Documentation française, Odile Jacob, 2000; M. Boutonnet, *Le Principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, 2005; D. Tapinos, *Prévention, précaution et responsabilité civile*, thèse, Paris, L'Harmattan, 2008.

question d'améliorer le bien-être de l'individu – du « meilleur des mondes possibles voulu par Dieu » et de l'« harmonie préétablie » célébrés par Leibniz dans ses *Essais de Théodicée* : certaines technologies nouvelles apparaissent comme susceptibles de s'émanciper de leurs créateurs ! Lorsqu'il n'est pas identifié, l'incertitude pèse sur le risque lui-même, s'agissant tant de sa causalité que de la nature, de l'ampleur et de la possible irréversibilité des conséquences de l'événement confusément appréhendé.

Ayant fait la preuve de leur efficacité en présence de risques classiques, y compris avec les accidents industriels, les techniques d'attribution de la charge du risque sont dérisoires devant les atteintes qui pourraient être aujourd'hui portées aux personnes et à l'environnement, face auxquelles la logique statistique et comptable est inadaptée. Les conséquences de ces risques de masse ne seraient pas davantage quantifiables que compensables, pouvant au demeurant aller bien au-delà des limites de ce qui est indemnisable, voire réparable. Reposant plus sur une logique du possible que du probable dès lors que les hypothèses ne peuvent être vérifiées ni s'appuyer sur des séries statistiques, mais d'un possible dans la survenance duquel entre une grande part d'inconnu, le débat ne peut avoir pour socle la vérité scientifique, comme telle démontrée. Les mesures à prendre au nom de la sécurité ne sont donc plus ancrées sur une rationalité technique.

Mais il est un autre facteur, important, d'ordre sociologique. Le besoin de sécurité, jusqu'alors en grande partie satisfait par les mécanismes traditionnels d'attribution de la charge du risque, devient devant ces nouvelles menaces une exigence collective, les victimes, potentielles ou virtuelles, n'acceptant plus un modèle de développement laissant une quelconque place à l'acceptabilité des risques. Des sanctions sont par ailleurs réclamées car les membres de la collectivité supportent de moins en moins que toutes les précautions n'aient pas été prises pour que le risque craint ne pût se réaliser.

b – Risques « nouveaux »

* – **Illustrations.** Les peurs nourries par les nouvelles technologies émaillent l'actualité de ces dernières années :

- risques environnementaux, depuis tous ceux qui dérivent du réchauffement climatique jusqu'à l'exploitation des gaz de schiste, en passant par les pollutions marines par les hydrocarbures et les pollutions chimiques ;
- risque nucléaire, apparu – quoique la technologie fût loin d'être nouvelle – dans toute sa réalité avec Tchernobyl puis Fukushima ;
- risque sanitaire avec les industries pharmaceutique et agroalimentaire, risques liés aux nanotechnologies en général et aux biotechnologies en particulier ;
- risque que présenterait l'exposition à des champs électromagnétiques ;
- risques numériques, dont les conséquences pourraient être considérables tant la société contemporaine est totalement dépendante de cette technologie ¹⁰¹ ;
- *et cætera.*

101. Voir sur ce point M. Riguidel, « Un chaos numérique est possible en 2015. Inventer un dispositif de sécurité approprié », *Le Monde*, 26 mars 2011.

L'activité économique et financière était jusqu'à un passé récent moins fréquemment, ou moins spontanément, abordée lors des grands débats sur le risque. Elle s'y est invitée sans ménagement avec l'effet de contagion – illustrant le phénomène de mondialisation du risque – qu'a entraîné en 2007 la faillite de Lehman Brothers liée aux *subprimes mortgages*. Ce fut également le cas avec l'affaire Madoff, qui a montré les dangers du développement spectaculaire des dérivés de crédit, instruments à terme permettant de transférer en vertu d'un contrat à titre onéreux un risque inhérent à une créance, sans transmission de la créance elle-même : d'un côté, des opérateurs cherchent à se couvrir contre un risque, de l'autre, des spéculateurs mettent celui-ci à profit sans engager, au moins dans l'immédiat, de capitaux. L'histoire récente et l'actualité montrent qu'en matière financière chaque dérégulation, ayant en quelque manière un effet d'accélérateur de crises dont les ingrédients sont présents à l'état latent, ouvre les vannes de ces crises.

c – Caractères et facteurs de développement des risques « nouveaux »

* – **Changement d'échelle.** Que ce soit par le nombre des victimes, par les conséquences sur l'environnement réparables à très long terme ou irréversibles – les suites de Tchernobyl montrent qu'il n'existe après une telle catastrophe aucun retour à la normale possible avant des délais qui se mesurent par générations –, ou par la charge financière, l'ampleur des dommages dont le nucléaire ou les biotechnologies pourraient être à l'origine se traduit par un changement d'échelle du risque, qui devient risque de masse.

* – **Mondialisation.** Accéléralant la vitesse de diffusion de ses vecteurs, le phénomène de mondialisation n'épargne pas le risque. L'on songe immédiatement au risque épidémiologique, ou encore financier, mais l'observation vaut de manière générale.

* – **Intrication.** L'on relève une augmentation sensible des catastrophes climatiques, dont certaines sont indubitablement liées, par une causalité qu'il est actuellement impossible de déterminer avec rigueur, à l'activité humaine. Et il n'est guère de climatologues pour mettre en doute l'incidence, sur l'accroissement de ces catastrophes, du réchauffement climatique lui-même, lequel est en partie lié à l'émission des gaz à effet de serre. Certains risques naturels ne sont ainsi... plus exclusivement naturels.

À l'inverse, des catastrophes naturelles peuvent avoir un impact sur les risques nés des technologies nouvelles, ce dont l'accident de Fukushima offre une parfaite illustration ; un pareil accident a d'ailleurs été envisagé sous nos latitudes, qui résulterait d'inondations, dont le caractère aujourd'hui violent et inopiné, comme plus largement un indéniable dérèglement climatique, paraît lié au réchauffement de la planète. Des risques majeurs sont ainsi le produit d'un enchaînement de plus en plus complexe de facteurs, la frontière entre risques technologiques et risques naturels devenant de plus en plus poreuse. Or « on ne peut pas négocier avec la nature », relevait avec simplicité mais sagesse M. Mohamed Nasheed¹⁰², président des îles Maldives, un État constitué de quelque mille deux cents îles situées à fleur d'eau et sans doute le plus exposé de la planète aux conséquences du réchauffement climatique.

102. *Le Monde*, 14 octobre 2011, précité.

Ulrich Beck observe non moins pertinemment que « la nature ne connaît pas de catastrophes, tout au plus des processus soudains de transformations. Des transformations telles qu'un tremblement de terre ou un tsunami ne deviennent des catastrophes qu'en référence à la civilisation humaine¹⁰³ ». La succession de deux phénomènes naturels déclenchant une catastrophe nucléaire a permis en effet de mesurer le haut degré d'intrication entre ce qui est le résultat des seuls caprices de la nature et ce qui est imputable à l'activité de l'homme. À cela s'ajoute l'effet paradoxal que peut induire une prise de conscience écologique : le réchauffement climatique a fait progresser le nucléaire, de telle sorte que le souci de palier un danger a eu pour conséquence d'en accroître un autre.

Ce constat a conduit un scientifique néerlandais de renom, Paul J. Crutzen, Prix Nobel de chimie en 2004, considérant que le destin de la biosphère ne peut plus être dissocié de celui d'*homo sapiens*, à baptiser la période contemporaine « anthropocène », ère géologique qui se serait ouverte voici quelque deux cents ans...

* – **Médiatisation.** Enfin, facteur d'amplification des angoisses que suscite la part d'inconnu de ces risques nouveaux, leur perception est exacerbée par une médiatisation des catastrophes qui va bien au-delà de ce que réclamerait une saine information.

2 – Formulation

* – **Prolégomènes.** Dans sa *Lettre sur la providence* de 1756, Rousseau répondait à Voltaire à propos du tremblement de terre, suivi d'un tsunami puis d'un incendie, ayant dévasté Lisbonne l'année précédente : « Convenez, par exemple, que la nature n'avait point rassemblé là vingt mille maisons de six à sept étages, et que si les habitants de cette grande ville eussent été dispersés plus également, et plus légèrement logés, le dégât eût été beaucoup moindre, et peut-être nul¹⁰⁴ ». L'on pourrait presque lire dans la logique de ces propos les prolégomènes de notre actuel principe de précaution. Plongeant ainsi ses racines dans un passé beaucoup plus lointain, l'idée en apparaît en Allemagne à la fin des années 1960 sous le vocable *Vorsorgeprinzip*, soit « principe de prévoyance », relativement au souci de protéger les ressources naturelles de la mer du Nord.

* – **Textes.** Surgissant pour la première fois sur la scène internationale au sommet de la Terre de Rio, en 1992, le principe figure à l'article 174-2 du traité sur l'Union européenne, aux termes duquel la politique de la Communauté en matière d'environnement est « fondée sur les principes de précaution et d'action préventive ».

Initialement perçu en France, à l'occasion de l'affaire du sang contaminé, comme lié à la responsabilité de l'État, il y voit le jour en droit positif avec la loi n° 95-101 du 2 février 1995. L'article L. 110-1 du code de l'environnement, qui est une reprise, augmentée, de l'article L. 200-1 du code rural tel que modifié par cette loi, fait référence, dans une formulation proche de la Déclaration de Rio, au « principe de précaution, selon lequel l'absence de

103. *Le Monde*, 26 mars 2011, précité.

104. Rapporté par G. Radica, « L'optimisme de Rousseau. La lettre à Voltaire du 18 juin 1756 », in *Lisbonne 1755 : un tremblement de terre et de ciel*, Presses universitaires de Bordeaux, revue *Lumières*, n° 6, 2^e semestre 2005, p. 41 à 58, cité par P.-Ch. Pradier, in *Risques*, n° 81/82, mars-juin 2010, p. 66.

certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable¹⁰⁵ ».

Consécration suprême, la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 est venue ajouter au premier alinéa du préambule de la Constitution un renvoi aux « droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 », laquelle a donc pris place dans l'ordre constitutionnel français. L'article 5 de cette charte proclame que, « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

Extension remarquable du domaine d'influence de la théorie du risque¹⁰⁶, dont il est un ultime prolongement, le principe de précaution apparaît ainsi comme une injonction faite aux autorités publiques, leur imposant dans une situation d'incertitude scientifique une action immédiate face à un risque sérieux.

3 – Applications

* – **Principe d'incitation législative.** La lecture de l'article 5 de la Charte de 2004 laisse entendre que la préservation de l'environnement par le biais du principe de précaution – en ce que les manquements à ce devoir de préservation peuvent donner lieu à des sanctions sur le fondement de ce principe – passe par l'adoption préalable de procédures d'évaluation des risques et de mesures dont l'initiative appartient aux pouvoirs publics¹⁰⁷. Si tel est bien le cas, le lien avec la responsabilité civile ne se peut d'ailleurs établir qu'au travers de la faute que traduit alors la méconnaissance de telles procédures ou mesures édictées par le législateur.

105. Il convient de faire également mention de la loi n° 98-535 du 1^{er} juillet 1998, relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme. Ce texte a créé un « Institut de veille sanitaire » chargé notamment de rassembler, analyser et actualiser les connaissances sur les risques sanitaires, leurs causes et leurs évolutions, de détecter tout événement modifiant ou susceptible d'altérer l'état de santé de la population, ainsi que d'alerter les pouvoirs publics, notamment l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé et l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments, en cas de *menace* pour la santé publique, quelle qu'en soit l'origine, et de leur recommander toute mesure ou action appropriée.

106. En ce sens : P. Jourdain, *Les Principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 8^e éd., 2010, p. 27 et suivantes ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, Thémis, 2^e éd., 2010, p. 53 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations, 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^e éd., 2011, n° 72, p. 84 et n° 85, p. 98. Rapprocher Ph. Kourilsky et G. Viney, *Le Principe de précaution. Rapport au Premier ministre*, La Documentation française, Odile Jacob, 2000, p. 181 et suivantes.

107. En ce sens J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations, 2. Le fait juridique*, 14^e éd., 2011, n° 85, p. 98.

Relevant ainsi d'une politique d'orientation législative, le principe de précaution ne saurait être regardé comme une règle *stricto sensu*¹⁰⁸ – et sans doute pas davantage comme un principe général du droit, auquel manquerait singulièrement la généralité qui caractérise ces principes¹⁰⁹. Il ne constitue dans sa formulation constitutionnelle qu'une incitation à l'adresse des autorités publiques.

Hors le domaine de l'environnement, le législateur s'en est inspiré en droit sanitaire en instituant notamment une veille pour la fabrication des produits destinés à l'homme¹¹⁰. Ce n'est en revanche pas le cas avec la responsabilité des fabricants du fait des produits défectueux, l'article 1386-11 du code civil disant que le producteur est responsable de plein droit « à moins qu'il ne prouve [...] que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut¹¹¹ ».

* – **Jurisprudence.** Certains juges du fond ont fait une application ample du principe de précaution avec des décisions ayant ordonné le démontage d'antennes relais de téléphonie mobile¹¹² lors même que les opérateurs respectaient les niveaux d'émission fixés par les pouvoirs publics. Leur jurisprudence sur cette question reste cependant très contrastée¹¹³.

Ayant garde d'oublier que l'on est hors du champ du principe de précaution si le risque est connu et identifié, l'on évoquera tout d'abord un arrêt rendu le 3 mars 2010 par la troisième chambre¹¹⁴ à la suite de l'assignation délivrée à des particuliers, sur le fondement notamment d'une violation du principe de précaution, dans le but d'obtenir la fermeture d'un forage réalisé pour l'arrosage de leur jardin situé à proximité d'une source d'eaux minérales naturelles exploitée par le demandeur. Rappelant les dispositions de l'article L. 110-1 II 1° du code de l'environnement, la Cour approuve les juges du fond, qui avaient relevé que le forage avait été exécuté dans les règles de l'art et le respect des autorisations administratives par une entreprise spécialisée et que l'expert avait conclu que, se situant en aval du

108. En ce sens, Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, 5^e éd., 2011, n° 30, p. 15.

109. Sur lesquels voir notamment J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, tome I, p. 50 et suivantes, spécialement n° 5, l'auteur relevant que « c'est la généralité des principes généraux du droit qui marque le mieux leur définition », ces principes se caractérisant en ce qu'ils comportent « une série indéfinie d'applications ».

110. Loi n° 98-535 du 1^{er} juillet 1998, précitée, note 41. Voir aussi, antérieurement, loi n° 92-654 du 13 juillet 1992 relative au contrôle de l'utilisation et de la dissémination des organismes génétiquement modifiés.

111. Voir *supra*, sur le risque de développement.

112. CA Versailles, 4 février 2009, *D.* 2009, p. 819, obs. M. Boutonnet, *JCP* 2009, éd. G, I, 248, n° 3, obs. Ph. Stoffel-Munck, *RTD civ.* 2009, p. 327, obs. Jourdain.

113. Voir en effet : CA Bordeaux, 26 octobre 2004, *Resp. civ. et ass.*, janvier 2005, comm. n° 3, obs. Ch. Radé; CA Aix-en-Provence, 15 septembre 2008, faisant état de « l'absence de risque sanitaire établi », *JCP* 2009, éd. G, I, 123, n° 4, obs. Ph. Stoffel-Munck; CA Chambéry, 4 février 2010, *JCP* 2010, éd. G, I, 1015, n° 9, obs. Ph. Stoffel-Munck; Bastia, 21 juillet 2010, *JCP* 2011, éd. G, I, 435, n° 5, obs. Ph. Stoffel-Munck.

114. 3^e Civ., 3 mars 2010, pourvoi n° 08-19.108, *Bull.* 2010, III, n° 53.

captage des eaux minérales sans lien direct par faille avec celui-ci, il n'avait aucune possibilité de polluer les eaux exploitées par le captage même si l'on y précipitait des produits nocifs ou des germes délétères, d'avoir retenu à bon droit que le principe de précaution ne pouvait trouver application dès lors que le risque de pollution avait été formellement exclu par l'expert, et d'en avoir justement déduit que les défendeurs n'avaient pas commis de faute.

Cette même chambre a rendu une autre décision importante le 18 mai 2011, les juges du fond ayant été saisis d'une demande d'indemnisation de préjudices matériels et économiques, subis en raison des problèmes sanitaires rencontrés par ses animaux, formée contre EDF par un GAEC exploitant un élevage sur des terrains situés à proximité de lignes à très haute tension. Énonçant à bon droit que « la Charte de l'environnement et le principe de précaution ne remettaient pas en cause les règles selon lesquelles il appartenait à celui qui sollicitait l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes », les juges du fond sont approuvés qui, ayant relevé que des éléments sérieux divergents et contraires s'opposaient aux indices existant quant à l'incidence possible des courants électromagnétiques sur l'état des élevages de sorte qu'il subsistait des incertitudes notables sur cette incidence, ont pu retenir sans inverser la charge de la preuve que, compte tenu de l'ensemble des explications et données fournies, l'existence d'un lien de causalité n'était pas suffisamment caractérisée et en déduire exactement que les demandes d'indemnisation du GAEC ne devaient pas être admises¹¹⁵.

Dans l'une et l'autre décisions, le demandeur est débouté, qui invoquait le principe de précaution : à défaut de dommage possible, et de faute, avec la première affaire, de lien de causalité suffisamment caractérisé avec la seconde. L'enseignement du dernier arrêt est particulièrement net : le principe de précaution n'empêche pas de déroger aux règles qui gouvernent la responsabilité, singulièrement sur le terrain du lien de causalité, dont la preuve doit être rapportée par le demandeur – celle de la faute peut il est vrai être facilitée en ce qu'elle devrait résulter mécaniquement de l'absence de respect des procédures ou mesures le cas échéant prescrites. Les contours du principe étant encore diffus, la troisième chambre dessine opportunément des limites afin d'éviter qu'il ne soit invoqué inconsidérément. D'ailleurs, la jurisprudence n'a-t-elle pas de longue date, avec l'obligation générale de prudence et de diligence, introduit la précaution dans la responsabilité civile par le biais des standards d'appréciation du comportement du défendeur ?

M. le premier président Canivet écrivait en 2004, relativement au principe de précaution, que, « en l'état, le droit de la responsabilité lui-même, dans les principes qui le caractérisent aujourd'hui tels qu'ils ont été dégagés par la jurisprudence de la Cour de cassation, n'a pas changé de cap¹¹⁶ ». Le propos semble toujours d'actualité, et c'est sans doute heureux.

115. 3^e Civ., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-17.645, *Bull.* 2011, III, n° 80.

116. G. Canivet, « Le principe de précaution dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Risques*, n° 57, mars 2004, p. 72.

4 – Effets pervers

* – **Excès.** Les effets pervers d'une mise en œuvre sans mesure de la précaution ne doivent en effet pas être sous-estimés. Dans l'équation mettant en balance le bénéfice de technologies prometteuses – les OGM permettent, par l'amélioration des espèces, de nourrir plus de populations – et la crainte qu'elles peuvent raisonnablement inspirer – nul ne saurait affirmer que l'introduction dans la matière vivante de constructions génétiques, qu'accompagne l'éventualité d'une diffusion incontrôlable dans la nature et de la survenance d'une toxicité indécélable lors de la pénétration de cette matière dans la chaîne alimentaire, n'entraînera pas à moyen ou long terme de conséquences désastreuses et irréversibles –, les arguments doivent être pesés au trébuchet.

Le principe de précaution est en lui-même excessif, qui porte à amplifier la menace. « La précaution encourage ainsi une sorte de prolifération indéfinie des risques, réels ou supposés ; elle les multiplie, toute activité se trouvant progressivement dédoublée par les risques qui l'accompagnent. Ainsi, par précaution, nous nous condamnons à vivre dans un univers toujours plus marqué par le risque¹¹⁷. » L'on a dénoncé non sans quelque bon sens « une véritable *culture du risque*, une fabrication infinie de ses menaces potentielles, avec pour corrélat la prolifération de dispositifs sécuritaires de contrôle, de surveillance, d'inspection, d'alerte et de *monitoring* en tous genres, ayant pour horizon commun, comme le remarque François Ewald, une “utopie de la précaution [...] d'organiser le monde comme un grand laboratoire”¹¹⁸ ».

* – **Entrave.** Élevée au rang de vertu obligatoire, appliquée sans mesure, procédant alors d'une défiance à l'égard de la science, la précaution devient rapidement un frein à l'initiative, une entrave à l'innovation technologique et donc au développement économique que l'une et l'autre stimulent.

* – **Contrôle.** Enfin, l'emprise croissante du risque sur les sociétés contemporaines avancées et la politique de précaution qui lui fait cortège tendent naturellement à en faire des sociétés de contrôle. Et l'immédiateté des mesures à prendre pour faire face à un risque perçu comme omniprésent est de nature à faire craindre, *mutatis mutandis*, une sorte d'état d'exception permanent¹¹⁹, tant il est vrai que les mesures d'urgence ne sont guère propices aux libertés.

117. F. Ewald, C. Gollier et N. de Sadeleer, *Le Principe de précaution*, PUF, coll. « Que sais-je? », 2^e éd., 2009, p. 36.

118. R. Gori, *De quoi la psychanalyse est-elle le nom ? Démocratie et subjectivité*, Denoël, 2010, p. 247.

119. Rapprocher U. Beck, *La Société du risque*, op. cit., p. 43 : « Dans la société du risque se dessine ainsi par sauts petits ou grands [...] le potentiel politique des catastrophes. S'en prémunir et les gérer, voilà qui peut impliquer une réorganisation du pouvoir et des attributions. La société du risque est une société de la catastrophe. L'état d'exception menace d'y devenir un état normal. »

* – **Accélération.** Dire que « le risque s'impose désormais comme une nouvelle rationalité du droit, c'est-à-dire une nouvelle manière de raisonner en droit, de penser le droit ¹²⁰ », est sans doute excessif. En prélude au principe que la loi n'a point d'effet rétroactif, l'article 2 du code civil rappelle cette évidence que c'est vers le futur qu'elle est tournée. L'évolution de l'environnement socio-économique fut longtemps suffisamment lente pour que le législateur eût une visibilité importante : prenant certes en considération ses courants d'évolution, la norme était élaborée à partir d'une connaissance empirique de cet environnement, la jurisprudence constituant un facteur d'adaptation constante. Mais son auteur doit aujourd'hui, la société étant en perpétuelle mutation, scruter un futur baigné d'incertitudes. La règle de droit s'est faite extraordinairement prolix, en raison de la complexification des rapports sociaux mais aussi de la vitesse de circulation de l'information et, subséquent, de la réactivité attendue – ou supposée telle – de leurs gouvernants par les membres de la collectivité. Quoique constamment dénoncée, l'inflation législative est un phénomène qui ne s'essouffle pas. Il en résulte que l'instrument de navigation que constitue la règle de droit est de plus en plus complexe, mais aussi de plus en plus précaire et par là même incertain.

La manière de penser le droit qu'appellent les accélérations de la civilisation technoscientifique ne se peut ramener au traitement du risque, autrement dit s'inscrire dans une perspective avant tout porteuse de dommages potentiels. Elle doit conduire, plus largement et moins négativement, à l'élaboration de règles qui, présentant un minimum de stabilité, ne soient pas aussitôt inadaptées et donc modifiées parce que la société a évolué « trop » rapidement. La différence n'est pas seulement formelle : elle procède d'un refus de voir la fin dernière du droit dans le souci de conjurer un risque dont le sentiment aurait envahi la société. L'on ne saurait souscrire aux propos foncièrement pessimistes d'Ulrich Beck s'indignant dans *Le Monde* du 26 mars 2011 : « À quoi bon un système juridique qui régleme dans le moindre détail les petits risques techniquement négociables, mais use de son autorité pour légaliser et faire supporter comme "risque résiduel" acceptable des dangers majeurs qui menacent la vie de tous ? »

* – **Réflexion.** Ces propos recèlent pourtant une part de réalisme dans le constat qu'ils portent. Il est temps de ne plus succomber sans réflexion grave aux blandices du progrès qu'apporte dans la vie quotidienne cette civilisation. C'est bien sûr l'image de Prométhée qui vient à l'esprit devant les risques qui l'accompagnent ou encore, quelque deux millénaires plus tard, celle de l'Apprenti sorcier de Goethe, apprenti dont le *scherzo* de Paul Dukas fait si bien entendre l'emballlement des pouvoirs. Pour Hans Jonas présentant un « Principe responsabilité ¹²¹ » dont la thèse liminaire est que la promesse de la technique moderne s'est inversée en menace, « Le Prométhée définitivement déchaîné, auquel la science confère des forces jamais encore connues et l'économie son impulsion effrénée, réclame une éthique qui, par des entraves librement consenties, empêche le pouvoir de l'homme de devenir une malédiction pour lui ». L'auteur observe qu'aucune éthique traditionnelle ne peut nous éclairer sur les normes du « bien » et du « mal » susceptibles de gouverner les modalités entièrement

120. H. Barbier, *La Liberté de prendre des risques*, thèse, Aix-Marseille-III, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2010, p. 19.

121. H. Jonas, *Le Principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, trad. J. Greisch, Les éditions du Cerf, 3^e éd., 1995.

nouvelles du pouvoir de l'homme sur la nature et de ses créations possibles. C'est seulement des profondeurs de leurs enjeux humains que se peuvent dégager les obligations que réclame ce pouvoir – ce que H. Jonas appelle « l'heuristique de la peur ». L'impératif cardinal est de préserver l'existence des hommes pour l'avenir, ce qu'exprime semblablement le philosophe américain John Rawls au travers de ses « préférences intertemporelles » : « des personnes appartenant à différentes générations ont des devoirs et des obligations les unes vis-à-vis des autres, exactement comme à l'égard de leurs contemporains. La génération actuelle ne peut agir à sa guise, elle est liée par les principes qui auraient été choisis dans la position originelle pour définir la justice entre des personnes qui vivent à différentes époques »¹²².

Et Hans Jonas de renvoyer aux « vieilles questions » du rapport de l'être et du devoir, de la cause et de la finalité, de la nature et de la valeur. La portée causale nouvelle et possiblement irréversible des actes de l'homme réclame l'élaboration d'une éthique renforcée tant est lourd le joug sous lequel l'économie tient la science, éthique ancrée sur le soubassement, présent au plus profond de notre être, de la responsabilité. Responsabilité fondée non plus, en droit strict, sur la faute, mais sur le devoir qu'a l'individu à l'égard de ses semblables et de ses enfants, et peut-être avant tout vis-à-vis de lui-même.

Selon la belle formule de Lévy-Bruhl, « le droit est une inspiration – rationnelle ou surnaturelle, peu importe – déposée au cœur de l'homme, et qui trace la voie à suivre, la conduite à tenir¹²³ ». C'est le rôle du droit, art du bon sens, d'être aussi facteur d'apaisement des tensions sur lesquelles se construit sans trêve la société. Il est à ce titre l'instrument du *bon gouvernement*. La jurisprudence doit s'employer à cette construction tout en donnant, par le pouvoir de régulation qui est le sien, la juste mesure face aux excès auxquels conduirait l'utopie d'une éradication totale du risque, singulièrement par une extension inconsidérée des applications du principe de précaution¹²⁴.

122. J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Points, coll. « Points Essais », 2009, § 44, p. 332.

123. H. Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 6^e éd., 1981, p. 9.

124. Rapprocher P. Jourdain, « Principe de précaution et responsabilité civile », in *Petites affiches*, 30 novembre 2000, p. 52, l'auteur augurant alors que « l'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile [...] demeurer[ait] vraisemblablement très marginale ».



LE RISQUE

Le risque

Sommaire

LIVRE 1. LA CHARGE DU RISQUE DÉPLACÉE	121
TITRE 1. LA CHARGE DU RISQUE ASSUMÉE	121
Chapitre 1. Déplacement de la charge du risque résultant d'une manifestation unilatérale de volonté.....	121
Section 1. Initiative.....	121
Sous-section 1. L'exécution d'une décision non irrévocable aux risques et périls du créancier.....	121
<i>A. Le risque de l'exécution d'une décision non irrévocable : vers un rapprochement des régimes juridiques</i>	122
Les textes.....	122
La jurisprudence.....	123
<i>B. Les conséquences de l'exécution d'une décision anéantie</i>	123
L'obligation de restituer.....	124
L'obligation de réparer.....	126
Sous-section 2. La résolution unilatérale du contrat aux risques et périls de son auteur.....	128
Sous-section 3. L'initiative du contractant qui passe outre à une mise en garde du cocontractant : l'exemple des travaux de construction.....	129
Section 2. Acceptation des risques.....	129
Chapitre 2. Déplacement de la charge du risque convenu.....	131
Section 1. La théorie des risques dans le contrat synallagmatique.....	131
Sous-section 1. Une théorie classique.....	133
<i>A. Un périmètre délimité</i>	133
<i>B. L'imputation légale des risques</i>	134
Le principe : <i>res perit debitori</i>	135
L'exception : les contrats translatifs de propriété.....	136
<i>C. Les risques contractuellement assumés</i>	138
<i>D. Un effet automatique</i>	139
Sous-section 2. Une théorie inefficace et dépassée?.....	140
Section 2. Les clauses limitatives et élisives de responsabilité.....	142
Sous-section 1. La validité des clauses élisives ou limitatives de responsabilité.....	143
Sous-section 2. L'efficacité des clauses élisives ou limitatives de responsabilité.....	145
Section 3. Les risques dans les contrats de transport de marchandises et les ventes internationales de marchandises.....	146
Sous-section 1. Les Incoterms.....	146
Sous-section 2. La Convention sur le contrat de transport international de marchandises par route (CMR).....	147
Section 4. Le risque dans la détermination du salaire.....	148
Section 5. La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise dans la jurisprudence de la chambre criminelle.....	152
Sous-section 1. Conditions.....	153
<i>A. Conditions de forme</i>	153
<i>B. Conditions de fond</i>	154
Sous-section 2. Effets.....	155
<i>A. L'action civile contre le délégataire</i>	155
<i>B. Le transfert de la délégation en cas de modification de la situation juridique de l'employeur</i>	156
<i>C. L'efficacité des délégations faites par plusieurs dirigeants sur une seule tête</i>	156

TITRE 2. LA CHARGE DU RISQUE IMPUTÉE	157
Chapitre 1. Responsabilité contractuelle.....	158
Section 1. Phase précontractuelle : la recherche d'une meilleure maîtrise du risque économique au travers de l'obligation d'information (illustration tirée de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 dite loi Doubin).....	158
Sous-section 1. L'information précontractuelle au service d'une meilleure maîtrise du risque assumé	159
A. <i>Le contenu global de l'information précontractuelle incombant au franchiseur</i>	159
B. <i>L'étendue des informations à transmettre : les éléments d'une appréciation plus fine des risques</i>	160
Sous-section 2. L'incidence de la qualité de l'information précontractuelle sur la charge effective du risque réalisé	163
A. <i>Tout risque réalisé n'aboutit pas à faire peser la charge finale des risques d'exploitation sur le franchiseur défaillant</i>	163
B. <i>La preuve d'une faute ou d'un vice du consentement peut faire peser sur le franchiseur la charge finale du risque réalisé, en tout ou partie</i>	164
Section 2. Droit civil : le risque dans la responsabilité des notaires et des avocats.....	165
Sous-section 1. Le risque lié aux incidences proprement juridiques et fiscales de l'acte instrumenté	166
A. <i>Transfert des risques par le jeu de la responsabilité civile professionnelle</i>	167
Un transfert généralement partiel.....	167
Un transfert occasionnellement provisoire ou subsidiaire.....	168
B. <i>Exceptions par le jeu de certaines exonérations</i>	169
Sous-section 2. Le risque dans l'environnement factuel de l'acte	169
Sous-section 3. Le cas particulier du revirement de jurisprudence ou du changement de doctrine fiscale	172
Section 3. Droit des transports	173
Sous-section 1. Le risque dans le contrat de transport de personnes	173
A. <i>Le risque-accident</i>	174
Le risque-accident dans le transport ferroviaire	174
Le risque-accident dans le transport aérien	175
B. <i>Le risque-agression</i>	176
C. <i>Le risque-retard</i>	177
Le risque-retard dans le transport ferroviaire.....	177
Le risque-retard dans le transport aérien.....	178
Sous-section 2. L'imputation du risque du défaut de paiement du prix du transport sur l'expéditeur et le destinataire (article L. 132-8 du code de commerce).....	178
Chapitre 2. Régimes autonomes de responsabilité	181
Section 1. Le risque dans le régime de responsabilité du fait des produits défectueux	181
Sous-section 1. La charge du risque imputée au fabricant	181
A. <i>Le principe de la responsabilité de plein droit</i>	181
B. <i>Le défaut</i>	182
C. <i>L'exclusion d'un autre régime de responsabilité</i>	184
D. <i>La responsabilité imputée, en principe, au seul fabricant ou producteur</i>	185
E. <i>La responsabilité possiblement imputée à plusieurs fabricants</i>	187
Sous-section 2. L'imputation du risque au fabricant, édulcorée par le système de preuve	187
A. <i>La preuve du risque de développement</i>	187
B. <i>La charge du risque des preuves pour la victime</i>	188
Section 2. Le risque dans le régime de responsabilité en matière d'accidents de la circulation	191
Sous-section 1. L'appréhension du risque inhérent à la circulation	191
A. <i>La notion d'implication et ses conséquences</i>	192
Définition de l'implication.....	192
Exclusions du domaine de la loi.....	193
Cas du conducteur éjecté et théorie de l'accident complexe.....	193
B. <i>La notion de véhicule terrestre à moteur</i>	195
C. <i>La notion de circulation</i>	195
D. <i>Un régime autonome de responsabilité</i>	197
Sous-section 2. L'indemnisation du risque réalisé.....	198
Section 3. Le risque dans le régime de responsabilité des professionnels de santé.....	201
Sous-section 1. La méconnaissance des risques constitutive de faute médicale	201

<i>A. La prise de risques fautive</i>	201
<i>B. La mauvaise gestion de risques prévisibles</i>	202
Sous-section 2. La responsabilité pour défaut d'information sur les risques de l'acte médical.....	204
<i>A. L'information sur les risques, un droit du patient</i>	204
<i>B. L'indemnisation du préjudice né du défaut d'information</i>	204
Section 4. Le risque lié au voisinage.....	206
Chapitre 3. Procédures collectives : responsabilité et autres mécanismes d'imputation du risque.....	208
Section 1. L'imputation du risque au dirigeant.....	210
Sous-section 1. Le débiteur personne physique.....	210
<i>A. La portée de la déclaration d'insaisissabilité</i>	210
<i>B. L'actif de la procédure collective et le patrimoine du couple marié</i>	211
L'assiette du gage des créanciers.....	211
L'impact de la procédure sur les pouvoirs du conjoint.....	212
Sous-section 2. Le débiteur personne morale.....	213
<i>A. La responsabilité du dirigeant de la personne morale en difficulté</i>	213
La responsabilité civile de droit commun.....	213
La responsabilité du dirigeant social pour insuffisance d'actif et les sanctions professionnelles.....	213
<i>B. L'imputation du risque aux associés de la personne morale en difficulté</i>	215
Section 2. L'imputation du risque aux partenaires de l'entreprise en difficulté.....	217
Section 3. L'imputation du risque aux professionnels de la procédure : le cas de l'administrateur judiciaire.....	218
Chapitre 4. Droit du travail : le risque économique dans l'entreprise et le licenciement pour motif économique.....	220
Section 1. Cessation d'activité de l'entreprise.....	220
Section 2. Hors cessation de l'activité de l'entreprise.....	221
Chapitre 5. Droit maritime : les avaries communes, un mécanisme singulier.....	223
Section 1. Présentation générale des avaries communes.....	223
Section 2. Précisions apportées par la Cour de cassation.....	223

LIVRE 2. LA CHARGE DU RISQUE RÉPARTIE..... 225

TITRE 1. RÉPARTITION DE LA CHARGE DU RISQUE PAR MUTUALISATION ENTRE LES MEMBRES DE GROUPES DÉTERMINÉS PRIVÉS..... 225

Chapitre 1. Droit commun de l'assurance.....	226
Section 1. La faute intentionnelle de l'assuré.....	227
Section 2. La déclaration du risque.....	228
Sous-section 1. La déclaration initiale.....	229
Sous-section 2. La déclaration en cours de contrat.....	231
Section 3. La détermination du risque assuré.....	234
Sous-section 1. Conditions de garantie et clauses d'exclusion de garantie.....	234
Sous-section 2. Conditions de validité des clauses d'exclusion de garantie.....	236
<i>A. Exclusion clairement exprimée et délimitée</i>	237
<i>B. Exclusion ne vidant pas la garantie de sa substance</i>	238
Sous-section 3. Sanction applicable aux exclusions de garantie illicites.....	239
Section 4. Le risque partiellement assuré : l'exemple de l'assurance construction.....	240
Sous-section 1. L'assurance de responsabilité.....	240
Sous-section 2. L'assurance de dommages.....	241
Chapitre 2. Solidarité sous-jacente.....	242
Section 1. Assistance maritime.....	242
Sous-section 1. Présentation générale des règles applicables à l'assistance maritime.....	242
Sous-section 2. Assistance maritime et contrat de remorquage.....	244
Section 2. Assurance automobile obligatoire.....	245

TITRE 2. RÉPARTITION DE LA CHARGE DU RISQUE PAR MUTUALISATION, DOUBLÉE DE SOLIDARITÉ, ENTRE TOUS LES MEMBRES DE LA COLLECTIVITÉ NATIONALE.....	246
Chapitre 1. Fonds d'indemnisation.....	246
Section 1. Généralités.....	246
Sous-section 1. L'indemnisation du risque.....	247
A. <i>Le contentieux de la compétence des fonds d'indemnisation</i>	247
FGAO et FGTI.....	247
FGTI et accidents du travail.....	249
B. <i>Le contentieux des rapports entre les fonds d'indemnisation et le juge naturel</i>	250
FGTI et juridictions de droit commun.....	250
FIVA et juridiction du contentieux général de la sécurité sociale.....	252
Sous-section 2. Le risque de ne pas être indemnisé.....	254
A. <i>La prescription ou la forclusion des demandes adressées aux fonds d'indemnisation</i>	254
Les délais pour saisir la CIVI.....	254
La prescription des demandes adressées au FIVA.....	254
B. <i>Les conditions du droit à indemnisation</i>	256
Les modalités de la réparation par un fonds d'indemnisation.....	256
La réparation intégrale du préjudice par le fonds d'indemnisation.....	257
Les limites à la réparation intégrale.....	258
Section 2. Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA).....	260
Chapitre 2. Sécurité sociale.....	261
Section 1. Le risque dans la branche accidents du travail, maladies professionnelles.....	263
Sous-section 1. Accident du travail : la théorie du risque lié à l'autorité de l'employeur.....	264
Sous-section 2. Maladie professionnelle : la théorie du risque lié à l'emploi.....	266
A. <i>Risque-emploi et reconnaissance de la maladie professionnelle dans le cadre de tableaux</i>	266
B. <i>Risque-emploi et reconnaissance individuelle de la maladie professionnelle</i>	267
Section 2. Le risque dans les dispositifs spécifiques de l'amiante.....	268
Chapitre 3. Protection des salariés contre les risques d'insolvabilité de l'employeur et de chômage.....	269
Section 1. Risques affectant l'entreprise : garantie des créances salariales.....	269
Section 2. Risques affectant l'emploi : garanties liées au chômage.....	270
Sous-section 1. Présentation.....	270
Sous-section 2. Garanties.....	271
A. <i>Chômage partiel</i>	271
B. <i>Contrats de travail aidés</i>	272
Chapitre 4. Protection des personnes en matière de santé : la réparation des conséquences de la réalisation des risques sanitaires.....	273
Section 1. L'indemnisation des accidents médicaux.....	273
Section 2. L'indemnisation du risque nosocomial.....	275
LIVRE 3. LE RISQUE PRÉVENU.....	277
TITRE 1. LA PRÉVENTION DU RISQUE AVÉRÉ.....	277
Chapitre 1. Mesures directement préventives.....	277
Section 1. La prévention des conduites à risques par le droit pénal.....	277
Sous-section 1. La responsabilité pénale des personnes morales.....	278
Sous-section 2. L'infraction de mise en danger d'autrui.....	282
A. <i>Le risque punissable</i>	282
Violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement.....	282
Exposition d'autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures.....	283
Violation délibérée.....	283
Conflit de qualifications.....	284
B. <i>Les principaux domaines d'application de l'infraction de mise en danger d'autrui</i>	284
Circulation routière.....	284

Droit du travail	285
Installations classées	285
En matière médicale	286
Autres	286
Sous-section 3. Une illustration du risque causé à autrui : la destruction ou la dégradation par l'effet d'un incendie ou d'une explosion	287
A. <i>Éléments constitutifs du fait punissable</i>	288
B. <i>Évolution de la rédaction de l'article 322-5 du code pénal</i>	291
Sous-section 4. La répression du risque créé pour soi-même	292
Sous-section 5. Le risque environnemental en droit pénal	296
A. <i>Le régime pénal des installations classées</i>	296
B. <i>Les caractères de l'action civile en matière environnementale</i>	298
Section 2. La prévention du risque dans le domaine de la santé publique	300
Sous-section 1. Réglementation du médicament	300
A. <i>Le monopole de la préparation et de la vente des médicaments</i>	301
La définition du médicament par présentation	302
La définition du médicament par fonction	303
Les derniers éléments de définition donnés par la jurisprudence	305
Médicaments et compléments alimentaires	306
B. <i>Le monopole de la vente des plantes médicinales</i>	308
Sous-section 2. Prévention des risques et lutte contre le tabagisme	309
A. <i>L'interdiction de la publicité en faveur du tabac</i>	309
L'application par la Cour de cassation des dispositions relatives à la réglementation de la publicité en faveur du tabac	310
La réglementation de la publicité en faveur du tabac au regard de la Convention européenne des droits de l'homme	313
B. <i>L'inscription de mentions obligatoires et d'un message de caractère sanitaire sur les paquets de cigarettes</i>	315
L'obligation d'information imposée aux fabricants de tabac	315
La responsabilité des fabricants de tabac	316
Section 3. La prévention du risque en droit social	316
Sous-section 1. La tarification du risque accident du travail	316
A. <i>Présentation générale</i>	317
B. <i>Modalités</i>	319
L'annualité de la tarification	319
La tarification par établissement	319
La détermination du taux brut	322
Les ristournes et les cotisations supplémentaires	327
Le contentieux de la tarification	327
Sous-section 2. Les obligations de l'employeur en matière de prévention des risques pour la santé et la sécurité	328
A. <i>L'obligation d'évaluation des risques</i>	329
Le document unique d'évaluation des risques	330
La fiche individuelle d'exposition à certains facteurs de risques professionnels de pénibilité, ou la « traçabilité » des risques	330
B. <i>L'obligation d'information et de formation sur les risques</i>	331
L'obligation pour l'employeur de s'informer	331
L'obligation pour l'employeur d'informer	332
L'obligation pour l'employeur de former	332
L'obligation pour l'employeur de donner à certains travailleurs une formation « renforcée » à la sécurité	333
Sous-section 3. L'obligation de sécurité de résultat de l'employeur	333
A. <i>L'effectivité de l'obligation de sécurité de résultat</i>	334
B. <i>Le passage de l'individuel au collectif</i>	335
C. <i>La question de la pénibilité</i>	335
Sous-section 4. Le droit d'alerte et de retrait du salarié	336
A. <i>Quelques rappels préalables</i>	336
B. <i>Risque pour la santé et la sécurité et risque juridique pour l'employeur et le salarié</i>	337
Sous-section 5. Les risques psychosociaux	338
A. <i>La prise en compte des risques psychosociaux par les partenaires sociaux</i>	338
Au niveau communautaire	338
Au niveau interne	338
B. <i>Le stress et les autres risques psychosociaux vus à travers le prisme de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur</i>	339
En droit du travail	339

En droit de la sécurité sociale.....	341
Sous-section 6. La prévention du risque de harcèlement moral.....	341
A. <i>La prévention directe : l'évitement du risque de harcèlement moral</i>	342
L'objectif de prévention	342
Les instruments de prévention	344
B. <i>La prévention indirecte : le régime juridique du harcèlement moral</i>	345
L'identification du harcèlement moral	346
Les sanctions du harcèlement moral	348
Sous-section 7. Le CHSCT et la prévention des risques du travail	350
A. <i>Missions et moyens du CHSCT</i>	352
Une extension légale et jurisprudentielle des missions du CHSCT	352
Les moyens du CHSCT	354
B. <i>Environnement, coactivité, risques majeurs</i>	356
Risques environnementaux	356
Risques liés à la coactivité.....	357
Installations classées et risques majeurs	357
Sous-section 8. La prévention du risque de disparition des emplois.....	358
A. <i>L'obligation permanente de formation et d'adaptation aux changements pesant sur l'employeur</i>	358
B. <i>La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC)</i>	359
C. <i>La prévention du risque de perte d'emplois avant tout licenciement</i>	359
L'obligation de reclassement.....	359
Le plan de sauvegarde de l'emploi	361
Les mesures particulières d'accompagnement social	364
Section 4. Prévention et santé de l'entreprise : la procédure de sauvegarde	364
Chapitre 2. Réparation à finalité préventive : l'indemnisation du risque de préjudice.....	368
TITRE 2. L'ANTICIPATION DU RISQUE SUSPECTÉ	370
Chapitre 1. Le risque d'atteinte à l'environnement.....	371
Section 1. Précaution	371
Section 2. Réparation.....	372
Chapitre 2. Le principe de précaution et son invocation devant les juridictions pénales au titre de l'état de nécessité	373

Tel que le concept de risque est saisi par le droit, ses applications tendent toutes, convergeant vers la satisfaction d'un besoin de sécurité, à corriger les déséquilibres qu'est susceptible d'engendrer la survenance de l'événement redouté. La charge des conséquences dommageables de cet événement est modifiée par le jeu d'une règle attributive, laquelle peut être mise en œuvre au moyen de deux techniques. La première consiste à déplacer cette charge sur un sujet de droit autre que celui qui devrait être affecté par la réalisation du risque (livre 1). Par le jeu d'un mécanisme plus complexe, la charge peut par ailleurs être répartie, soit entre des individus en nombre suffisant mais constituant un groupe de particuliers auquel ne correspond qu'une fraction de la collectivité, soit entre les membres de la collectivité nationale tout entière (livre 2). Longtemps satisfaisant, ce schéma classique est impuissant devant certains des « risques majeurs » apparus à l'ère techno-scientifique : il ne s'agit alors plus tellement de l'imputation d'une réparation, possiblement si lourde que les mécanismes traditionnels n'auraient guère de sens, que de tenter de prévenir le risque (livre 3).

LIVRE 1. La charge du risque déplacée

La technique d'attribution du risque par le déplacement de sa charge en laisse la totalité du poids à un – ou plusieurs – sujet de droit déterminé. S'inscrivant dans des rapports qui, pouvant être plurilatéraux, demeurent individuels, elle peut emprunter deux voies différentes : soit la charge du risque potentiel est assumée par l'un des intéressés au rapport de droit considéré (titre 1), soit cette charge, le risque étant alors réalisé, est imputée à l'un d'entre eux (titre 2).

TITRE 1. LA CHARGE DU RISQUE ASSUMÉE

Regardé dans l'éventualité de sa réalisation, le risque fait l'objet d'une prise en charge délibérée, qui passe par conséquent par une manifestation préalable de volonté. Si le déplacement de sa charge résulte parfois d'une manifestation unilatérale de cette volonté (chapitre 1), il est plus fréquemment convenu entre les parties au rapport de droit dans le cadre duquel il doit s'opérer (chapitre 2).

Chapitre 1. Déplacement de la charge du risque résultant d'une manifestation unilatérale de volonté

La prise en charge du risque est parfois l'effet inéluctable d'une initiative individuelle qui est à l'origine même de ce risque (section 1). Tel est le cas lorsque le titulaire d'un droit sanctionné par une décision de justice la fait exécuter, à ses risques et périls, en dépit de son caractère non encore irrévocable, lorsqu'une partie procède, à ses risques et périls toujours, à la résolution unilatérale du contrat, ou encore passe outre à une mise en garde de son cocontractant. Le déplacement de la charge du risque peut également résulter, simplement, de son acceptation par celui qui s'y expose en connaissance de cause (section 2).

Section 1. Initiative

Sous-section 1. L'exécution d'une décision non irrévocable aux risques et périls du créancier

Sauf à ce que les moyens mis en œuvre soient disproportionnés, excédant ce qui est nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation compte tenu du montant de la créance et de l'attitude du débiteur (2^e Civ., 10 mai 2007, pourvoi n° 05-13.628, rendu au visa de l'article 1382), « l'exécution d'une décision de justice exécutoire ne constitue pas une faute » (1^{re} Civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 03-10.018, *Bull.* 2005, I, n° 57). En revanche, l'exécution d'une décision exécutoire à titre provisoire n'a lieu qu'aux risques de celui qui la poursuit, à charge pour lui d'en réparer les conséquences dommageables si le titre est ultérieurement modifié (Ass. plén., 24 février 2006, pourvoi n° 05-12.679, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 2, JCP

2006. I. 166, obs. Ph. Stoffel-Munck). L'on est alors en présence d'une responsabilité objective fondée sur le risque, lequel consiste dans une infirmation, une réformation ou une annulation de la décision en vertu de laquelle l'exécution a été poursuivie.

L'exécution provisoire dont est assortie la décision rendue en première instance, qu'elle soit de droit comme pour les ordonnances de référé et les décisions prescrivant des mesures provisoires pour le cours de l'instance¹, ou qu'elle soit ordonnée par le juge, déroge à la règle de l'effet suspensif de l'appel. Permettant une exécution immédiate, elle garantit à la partie gagnante le bénéfice des droits reconnus par cette décision malgré leur caractère conditionnel du fait, précisément, de l'existence de la voie de recours, appel ou opposition, susceptible de les remettre en cause et de les faire disparaître. Le bénéficiaire peut mettre en œuvre l'exécution forcée et recourir aux procédures civiles d'exécution en toutes matières, mobilière ou immobilière². La situation est très proche en cas d'arrêt d'appel soumis à un pourvoi en cassation. Une telle décision est en effet de plein droit exécutoire puisque le pourvoi est, en principe, sans effet suspensif. Mais elle n'est pas irrévocable et la condamnation qu'elle comporte peut donc être remise en cause. Ainsi, le recours à l'exécution tant du jugement que de l'arrêt comporte un risque majeur : celui de l'anéantissement de la décision par annulation, infirmation ou cassation. La question se pose cependant de déterminer si le régime applicable à cette prise de risque est identique selon que l'exécution porte sur une décision de première instance ou sur un arrêt. Cette question sera l'objet d'une première partie. L'examen des conséquences de l'exécution d'une décision modifiée constituera la seconde partie.

A. Le risque de l'exécution d'une décision non irrévocable : vers un rapprochement des régimes juridiques

Les textes applicables prévoient des régimes distincts selon que l'exécution concerne une décision susceptible d'un recours suspensif ou un arrêt. L'étude de la jurisprudence conduit à une atténuation de cette distinction.

Les textes

La loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation dispose dans son article 19 que « le pourvoi en cassation en matière civile n'empêche pas l'exécution de la décision attaquée. [Que] cette exécution ne pourra donner lieu qu'à restitution [et qu'elle][...] ne pourra en aucun cas être imputée à faute ». L'article 31 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, après avoir énoncé que l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire à titre provisoire, dispose dans un second alinéa que « l'exécution est poursuivie aux risques du créancier qui, si le titre est ultérieurement modifié, devra restituer le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent ». Des termes de ce dernier texte découle clairement un régime de responsabilité objective fondé sur le risque. À l'inverse, l'article 19 précité se borne à envisager la restitution de ce qui a été versé en cas de décision ultérieurement cassée, écartant en conséquence toute réparation de préjudices causés par l'exécution.

1. Voir les articles 514 et 515 du code de procédure civile.

2. L'adjudication ne peut, néanmoins, se faire qu'après un jugement définitif en dernier ressort ou passé en force de chose jugée.

La jurisprudence

Pour une partie de la doctrine, une telle dualité de régime juridique entre l'exécution de décisions susceptibles d'un recours suspensif et celles ne pouvant faire l'objet que d'un pourvoi en cassation ne se retrouve plus dans la jurisprudence de la Cour de cassation qui aurait, ainsi, conduit à un alignement dans l'application de dispositions légales différemment conçues³ et « unifié le droit applicable en la matière⁴ ». Elle précise, à cet égard, qu'aucune restitution en matière d'obligation de faire ou de ne pas faire n'est possible et qu'une restitution par équivalent qui aboutit au versement d'une indemnité est une responsabilité déguisée⁵.

L'on peut, dans ce sens, faire état d'une décision de la deuxième chambre civile du 13 juin 2002⁶, ayant retenu qu'une cour d'appel saisie par une société d'une demande d'indemnisation d'un manque à gagner à la suite d'un arrêt, ultérieurement cassé, qui avait ordonné une cessation d'activité, n'avait pu rejeter la demande de la société au motif de l'absence de faute de la partie qui avait exécuté, sans rechercher si la restitution ne pouvait intervenir par équivalent. Un arrêt récent de la troisième chambre civile⁷ peut également être mentionné. Il a décidé que constituait une restitution l'indemnisation de la privation de jouissance subie par un preneur ayant quitté le fonds loué en exécution d'un arrêt d'appel ultérieurement cassé, ayant prononcé l'extinction anticipée du bail rural.

La décision de la deuxième chambre a pu être considérée par la doctrine comme étant « une avancée audacieuse vers une pleine objectivation de la responsabilité du créancier de l'exécution⁸ ». Mais il ne peut être omis que subsiste toujours, en l'état actuel de la jurisprudence, une distinction entre les deux régimes. La Cour de cassation ne prend en effet en considération, s'agissant de l'exécution d'un arrêt ultérieurement cassé, en application de la loi du 3 juillet 1967 précitée, que les restitutions, à l'exclusion de toute réparation des conséquences dommageables dues à l'exécution de la décision cassée.

B. Les conséquences de l'exécution d'une décision anéantie

Le bénéficiaire de l'exécution provisoire d'une décision peut librement choisir de ne pas la mettre en œuvre, même s'il l'a expressément sollicitée du juge. Il peut préférer attendre la décision irrévocable, cela, précisément, pour éviter, en cas de modification, une condamnation à restituer ou à réparer le dommage causé⁹.

La question s'est toutefois posée de déterminer l'acte par lequel le créancier met en œuvre l'exécution. Un commandement, une saisie, constituent à l'évidence un tel acte, car manifestant

3. J.-J. Barbieri, in *JCP* 28 mars 2011, éd. G., Actualités n° 332.

4. L. Boré, « Restitutions et responsabilités après l'anéantissement d'une décision de justice exécutoire », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 609-610.

5. *Ibid.*, p. 611.

6. 2^e Civ., 13 juin 2002, pourvoi n° 01-00.683, *Bull.* 2002, II, n° 124.

7. 3^e Civ., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-30.603, *Bull.* 2011, III, n° 33.

8. J. Roustan de Péron, in *RD rur.* juin 2011, n° 89.

9. 3^e Civ., 4 juin 2008, pourvoi n° 07-14.118, *Bull.* 2008, III, n° 100.

sans ambiguïté la volonté d'exécution de la partie qui y procède. Mais la Cour de cassation a jugé¹⁰, lors d'une assemblée plénière, que la seule signification d'une décision bénéficiant de l'exécution provisoire, en l'occurrence une ordonnance de référé, constituait également une mesure d'exécution de nature à justifier la réparation du dommage causé par celle-ci en cas de réformation de la décision. Cette solution a été l'objet de critiques soutenant notamment que, « si [la signification d'un jugement] donne force exécutoire à la décision de justice, c'est uniquement pour offrir au gagnant la possibilité de recourir à une mesure d'exécution forcée s'il le juge utile, au moment où il le jugera opportun, sans en faire pour autant un acte d'exécution qui pourrait ne pas se révéler nécessaire¹¹ ». Elle met en lumière cependant que l'exécution provisoire est un avantage dangereux pour le créancier poursuivant. La deuxième chambre civile a ultérieurement rendu un arrêt qui mérite d'être mentionné puisqu'il concerne une notification de la décision ordonnée par le juge lui-même : dans une affaire où un juge de référé administratif avait suspendu à la demande d'un concurrent les effets d'un arrêté d'attribution d'une licence de taxi à une société, et ordonné la notification de son ordonnance valant titre exécutoire à cette dernière, l'obligeant ainsi à cesser son activité, elle a jugé qu'une cour d'appel, saisie par la société d'une demande d'indemnisation après anéantissement du titre, avait exactement retenu que le demandeur à la suspension devait, par application de l'article 31 de la loi du 9 juillet 1991, restituer la société dans ses droits en nature ou par équivalent¹². L'on devrait, par ailleurs, admettre que la simple demande de radiation, adressée au premier président ou au conseiller de la mise en état en application de l'article 526 du code de procédure civile en cas de non-exécution de la décision exécutoire, constitue également un acte d'exécution, de nature à engager la responsabilité de la partie requérante en cas d'infirmité¹³.

L'infirmité de la décision assortie de l'exécution provisoire exécutée contraint le créancier, partie gagnante en première instance, à se conformer à la nouvelle situation telle qu'elle résulte de l'arrêt, ce dernier se substituant, en principe, au jugement, à la date de celui-ci. Il devra, pour assurer cette mise en conformité, d'une part, restituer à la partie adverse ce qu'il a reçu de celle-ci en exécution de la décision, d'autre part, s'agissant cette fois exclusivement de l'exécution d'une décision susceptible d'un recours suspensif, réparer, le cas échéant, les dommages causés par l'exécution.

L'obligation de restituer

Une telle obligation conduit à examiner le titre en vertu duquel la restitution doit se faire puis son objet.

10. Ass. plén., 24 février 2006, pourvoi n° 05-12.679, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 2.

11. R. Perrot, « Exécution provisoire : exécution aux risques et périls du débiteur », *in D.* 2006, p. 1085. Voir également P. Théry, « La responsabilité du bénéficiaire de l'exécution provisoire en cas d'infirmité : menaces sur le référé ? », *in RTD Civ.* 2006, p. 368.

12. 2^e Civ., 9 septembre 2010, pourvoi n° 09-68.120, *Bull.* 2010, II, n° 148.

13. J. Junillon, « Exécution provisoire en matière civile », *in J.-Cl. Procédures Formulaire*, Fasc. 10, n° 19.

Le titre ouvrant droit à restitution

La jurisprudence a toujours décidé que « l'obligation de rembourser [résultait] de plein droit de la réformation de [la décision de première instance ayant alloué des sommes au gagnant]¹⁴ ». Ainsi qu'un auteur¹⁵ a pu l'écrire, « la décision d'infirmer, bien que ne contenant expressément aucune condamnation positive, doit être considérée comme formant un titre exécutoire inverse du précédent ». Il importe peu, dès lors, que la décision infirmative comporte une disposition expresse à cet égard. Une telle solution est également applicable en cas de réformation simplement partielle¹⁶.

S'agissant de l'exécution d'un arrêt frappé d'un pourvoi en cassation, l'obligation de restitution naît du jour du prononcé de l'arrêt de cassation, celui-ci ordonnant expressément la remise en état antérieur de la cause et des parties, et constituant un titre exécutoire permettant de contraindre la partie initialement gagnante à restitution¹⁷.

L'objet de la restitution

Celle-ci concerne tant les biens qui ont été remis par le débiteur lors de l'exécution que les sommes d'argent qu'il a versées.

* Les risques encourus par le bénéficiaire de l'exécution provisoire peuvent être accrus par l'utilisation faite par lui des droits qui lui sont reconnus sur le bien objet du litige. Le transfert de ceux-ci à un tiers avant la décision rendue sur opposition, appel ou cassation, peut compromettre la remise en état dans la situation antérieure à l'exécution provisoire¹⁸ et rendre difficile la restitution. Il en est ainsi, notamment, lorsque le bailleur d'un immeuble, bénéficiaire du jugement assorti de l'exécution provisoire, a expulsé le locataire et a reloué l'immeuble à un tiers antérieurement à la décision d'appel infirmative, et donc favorable au premier locataire. Il en est de même s'agissant de la revente à un tiers d'un bien remis en vertu de l'exécution provisoire. L'article 2276 du code civil attribuant au possesseur de bonne foi la qualité de propriétaire rend impossible sa restitution et engage de ce fait la responsabilité du propriétaire pour l'obtention d'une réparation par équivalent.

* En cas de condamnation au paiement d'une somme d'argent, le bénéficiaire d'une somme versée sur le fondement d'un arrêt cassé ne doit les intérêts légaux qu'à compter de la signification de l'arrêt de cassation. Cette même solution a été adoptée en cas de réformation d'un jugement assorti de l'exécution provisoire. Si, dans un premier temps, la Cour de cassation a retenu, se prévalant de ce que le bénéficiaire de l'exécution provisoire en supportait les risques, que le créancier de la restitution avait droit aux intérêts au taux légal à compter du versement qu'il avait opéré, elle a abandonné cette manière de voir dans un

14. Soc., 20 mars 1990, pourvoi n° 86-45.721, *Bull.* 1990, V, n° 126; 3^e Civ., 19 février 2002, pourvoi n° 00-20.665.

15. M. Hébraud, cité dans le commentaire n° 86 de la revue *Procédures* de mai 2002.

16. 2^e Civ., 8 mars 2007, pourvoi n° 06-11.693.

17. 2^e Civ., 26 octobre 2006, pourvoi n° 05-21.398, *Bull.* 2006, II, n° 291.

18. Voir sur ce point M. Thiberge, « L'exécution provisoire du jugement et l'équilibre des parties », *in D.* 2011, p. 610, n° 20 et suivants.

arrêt du 16 juillet 1987¹⁹, qui a jugé que le créancier ne pouvait être tenu, son titre ayant disparu, qu'à la restitution, selon les principes de l'article 1153, alinéa 3, du code civil. Les intérêts légaux ne sont donc dus qu'à compter de la sommation de payer ou de restituer. L'assemblée plénière a précisé le 3 mars 1995²⁰ que « la partie qui doit restituer une somme qu'elle détenait en vertu d'une décision de justice exécutoire n'en doit les intérêts au taux légal qu'à compter de la notification valant mise en demeure, de la décision ouvrant droit à la restitution ».

Cette solution, qui exclut tous intérêts compensatoires, a été critiquée pour ne pas faire supporter au bénéficiaire de l'exécution provisoire l'entier risque de l'exécution puisque laissant à la charge de l'autre partie, pourtant *in fine* gagnante, la perte de la jouissance des sommes versées entre le moment du paiement et celui de la notification de la décision infirmative²¹. La Cour de cassation a, cependant, maintenu sa jurisprudence²². Les intérêts ne peuvent être que moratoires et ne courent qu'à compter de la notification de la décision ouvrant droit à restitution.

L'obligation de réparer

L'exécution provisoire, contrairement à ce qui est prévu par l'article 19 de la loi du 3 juillet 1967 pour l'exécution définitive²³, oblige le créancier, si la décision assortie de l'exécution provisoire est ultérieurement réformée, à réparer le préjudice subi par le débiteur du fait de l'exécution forcée. Cette nécessaire réparation est fondée, ainsi qu'indiqué ci-dessus, sur la responsabilité pour risque. Il a ainsi été jugé que « l'exécution d'une ordonnance de référé n'a lieu qu'aux risques et périls de celui qui la poursuit, à charge pour lui d'en réparer les conséquences dommageables sans qu'il soit nécessaire de relever une faute à son encontre²⁴ ».

Une décision spéciale

Si les restitutions découlent de plein droit de la décision infirmative même en l'absence d'une disposition spéciale, la réparation nécessite quant à elle une nouvelle décision, ne serait-ce que pour évaluer le préjudice.

19. Soc., 16 juillet 1987, pourvoi n° 84-45.608, *Bull.* 1987, V, n° 484.

20. Ass. plén., 3 mars 1995, pourvoi n° 91-19.497, *Bull.* 1995, Ass. plén., n° 1.

21. Voir sur ce point P. Hoonakker, « Exécution provisoire », in *Rép. proc. Civ. Dalloz*, septembre 2010, n° 106.

22. 2^e Civ., 15 mai 2003, pourvoi n° 99-21.657, *Bull.* 2003, II, n° 145.

23. Voir cependant ci-dessus dans le A les développements concernant la notion de restitution.

24. 2^e Civ., 22 janvier 2004, pourvoi n° 01-00.580, *Bull.* 2004, II, n° 18; voir aussi 2^e Civ., 18 juin 2009, pourvoi n° 08-12.240.

L'exigence d'un préjudice

La jurisprudence, qu'elle soit antérieure²⁵ ou postérieure²⁶ à la loi du 9 juillet 1991, a toujours écarté la nécessité d'une faute pour condamner la partie qui poursuit l'exécution d'une décision frappée d'appel à réparer, en cas d'infirmité de la décision, le préjudice qui a pu être causé par cette exécution. Elle exige cependant la preuve d'un préjudice directement lié à l'exécution provisoire.

Les préjudices susceptibles d'être invoqués sont variés. Les uns sont la conséquence d'une abstention imposée. Ainsi en est-il lorsque la décision initiale exécutoire par provision a enjoint la cessation de livraison de fioul²⁷ ou ordonné la suspension des effets d'un arrêté d'attribution d'une licence de taxi à une société²⁸ ou de travaux de construction²⁹. D'autres sont constitués par une perte de jouissance du bien objet du litige³⁰. D'autres encore découlent de l'impossibilité de restituer les biens, ainsi que cela a été mentionné ci-dessus, ou de la nécessité de réparer des conséquences dommageables provoquées par l'exécution. Un arrêt rendu par la deuxième chambre civile³¹ met en évidence combien le bénéficiaire de l'exécution provisoire doit prendre en considération les risques d'une telle exécution. Il a mis à la charge de ce dernier le remboursement des frais exposés par la partie perdante en première instance pour la réalisation d'un prêt avec hypothèque en vue de payer les sommes en vertu de l'exécution provisoire, ces frais trouvant leur fondement dans la demande du créancier, sans laquelle ils n'auraient eu lieu d'être.

L'incidence du comportement de la victime à l'origine de la décision assortie de l'exécution provisoire

Le montant du préjudice subi par la partie ayant exécuté le jugement initial peut varier selon le comportement de cette victime à l'origine de la décision assortie de l'exécution provisoire. C'est ce que la Cour de cassation a jugé dans une espèce³² où l'occupant d'un fonds avait été condamné avec exécution provisoire à supporter le coût de réfection d'un mur mitoyen, et n'avait révélé qu'en cause d'appel son défaut de qualité de propriétaire. Une telle décision ne remet pas en cause le principe d'une responsabilité sans faute encourue par celui qui a exécuté le jugement ultérieurement infirmé. Elle prend seulement en considération le comportement de la victime de l'exécution, et estime qu'il peut être de nature à réduire, ou exclure, son indemnisation.

L'exécution provisoire d'une décision judiciaire non irrévocable constituée, à l'évidence, un avantage important pour la partie qui en bénéficie. Elle doit cependant être utilisée avec

25. 3^e Civ., 2 juillet 1974, pourvoi n° 73-20.046, *Bull.* 1974, III, n° 281.

26. 2^e Civ., 10 juillet 2003, pourvoi n° 01-14.778, *Bull.* 2003, II, n° 244.

27. Voir l'arrêt cité dans la note précédente.

28. 2^e Civ., 9 septembre 2010, pourvoi n° 09-68.120, *Bull.* 2010, II, n° 148.

29. 2^e Civ., 12 mai 1971, pourvoi n° 70-11.191, *Bull.* 1971, II, n° 173.

30. Com., 12 février 1973, pourvoi n° 70-13.517, *Bull.* 1973, IV, n° 67.

31. 2^e Civ., 14 avril 2005, pourvoi n° 03-14.195, *Bull.* 2005, II, n° 91.

32. 2^e Civ., 23 octobre 2008, pourvoi n° 07-17.937.

prudence. Un risque réel pèse en effet sur celui qui la met en œuvre, et la jurisprudence a conduit à un rapprochement des régimes légaux dans le sens d'une objectivation de la responsabilité du créancier. Certains auteurs s'interrogent cependant sur une réforme pouvant, dans certaines hypothèses très précises, conduire également à la responsabilité de l'État puisque : « Si une décision exécutoire entachée d'un vice n'avait pas été rendue, aucun préjudice ne serait survenu³³. »

Sous-section 2. La résolution unilatérale du contrat aux risques et périls de son auteur

La gravité du comportement d'une partie peut justifier que, indépendamment de toute clause résolutoire et sans intervention judiciaire préalable, l'autre mette un terme au contrat de façon unilatérale, la résolution jouant alors comme « une sorte de prolongement renforcé de l'exception d'inexécution » (A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 12^e éd., 2010, p. 277, n° 393). Mais cette résolution a lieu aux risques et périls de son auteur, le risque tenant à ce que le juge ultérieurement saisi, à qui appartient un pouvoir de contrôle du bien-fondé de la décision de rupture, l'estime infondée.

La charge du risque peut être pareillement assumée par le cocontractant qui prend l'initiative de la rupture du contrat. Le principe en a été admis par la première chambre pour fonder le rejet d'un moyen qui faisait grief aux juges du fond d'avoir refusé de déclarer abusive la rupture unilatérale par une clinique du contrat d'exercice d'un médecin anesthésiste avec lequel elle était liée.

Alors que la rupture du contrat avait été accompagnée d'un délai de préavis et que les manquements allégués du médecin n'avaient été sanctionnés par le conseil de l'ordre que par un blâme, la Cour a retenu « que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité, dont l'appréciation qui en est donnée par une autorité ordinaire ne lie pas les tribunaux, n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis » (1^{re} Civ., 13 octobre 1998, pourvoi n° 96-21.485, *Bull.* 1998, I, n° 300).

Sur le fondement d'un manque de base légale au regard des articles 1134 et 1184 du code civil, la première chambre, après avoir énoncé le principe de cette rupture unilatérale aux risques et périls du cocontractant qui en prend l'initiative, et précisé qu'il importe peu que le contrat soit à durée déterminée ou non, a rappelé à deux reprises aux juges du fond qu'il leur appartenait de rechercher si le comportement du cocontractant revêtait une gravité suffisante pour justifier cette rupture (1^{re} Civ., 20 février 2001, pourvoi n° 99-15.170, *Bull.* 2001, I, n° 40 ; 28 octobre 2003, pourvoi n° 01-03.662, *Bull.* 2003, I, n° 211).

Les professions de santé et les conventions d'exercice en commun qu'elles génèrent constituent sans doute le domaine privilégié de ces ruptures unilatérales aux risques et périls du cocontractant. Rappelant l'appréciation souveraine des juges du fond sur la gravité des manquements justifiant l'initiative de la rupture, la première chambre a rejeté les pourvois formés

33. L. Boré, « Restitutions et responsabilités après l'anéantissement d'une décision de justice exécutoire », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 617.

par un médecin qui contestait la rupture du contrat par ses confrères dont les griefs étaient, « par leur conjonction, suffisamment graves pour leur permettre, à leurs risques et périls, de décider de rompre le contrat sans respecter les modalités prévues » (1^{re} Civ., 19 octobre 2004, pourvoi n° 02-12.656), par un chirurgien qui avait suspendu ses interventions en raison d'un risque d'infection nosocomiale qui s'est révélé inexistant (1^{re} Civ., 12 juillet 2007, pourvoi n° 06-12.426), et par un anesthésiste qui avait prétexté un motif médical erroné pour ne pas révéler à la clinique l'interdiction temporaire de soins aux assurés sociaux dont il avait fait l'objet pour manquement à la probité, et reçu en consultation des patients au mépris de cette sanction, en commettant un faux en écriture pour effacer de son ordinateur les traces de ses interventions (1^{re} Civ., 28 février 2008, pourvoi n° 07-11.824).

Sous-section 3. L'initiative du contractant qui passe outre à une mise en garde du cocontractant : l'exemple des travaux de construction

On sait qu'en règle générale le maître de l'ouvrage est plutôt bien protégé, entre responsabilité dérogatoire et assurance obligatoire, par le droit de la construction. Cette protection peut néanmoins céder devant la volonté exprimée par l'intéressé de n'en pas bénéficier.

La troisième chambre civile a, assez régulièrement, l'occasion de s'inscrire dans cette logique, que l'on pourrait qualifier de volontariste et même de responsabilisante, qui aboutit à faire peser le risque sur qui a finalement accepté de l'assumer. Un récent arrêt (3^e Civ., 7 septembre 2010, pourvoi n° 09-16.327) peut être cité comme constituant une bonne illustration de cette jurisprudence. Le propriétaire d'une maison d'habitation avait passé commande à un architecte de travaux de surélévation du mur d'enceinte. Il décida de poursuivre les travaux bien que cet architecte l'eût averti de la nécessité de procéder en urgence à un renforcement du mur existant, non prévu à l'origine, au regard de l'évolution inquiétante de la structure. Confronté à l'effondrement d'une partie de l'édifice, il rechercha néanmoins la responsabilité de l'architecte et d'un entrepreneur. La Cour approuve la cour d'appel d'avoir rejeté cette action étant constaté que ce maître de l'ouvrage « avait été complètement informé des risques graves de désordres et que c'était par un choix délibéré qu'il s'était abstenu de procéder aux préconisations [...] ».

Cette acceptation du risque par le maître de l'ouvrage a donc eu pour conséquence de déplacer (ou de replacer) sur lui la charge d'un risque qui eût sinon, très vraisemblablement, pesé sur ses cocontractants.

Section 2. Acceptation des risques

S'agissant de responsabilité pour faute, la question de l'incidence de l'acceptation des risques invite à distinguer selon que le risque auquel la victime a accepté de s'exposer est ou non « normal ». Si tel n'est pas le cas, la victime, se refusant par exemple à porter un casque ou montant dans un véhicule que va conduire une personne en état d'ébriété, peut commettre une faute en acceptant le risque, et le caractère alors commun de la faute conduit à un partage de responsabilité. Encore faut-il que l'acceptation du risque, fautive donc (2^e Civ., 25 juin 1980, pourvoi n° 79-11.296, *Bull.* 1980, II, n° 163; 10 juillet 1973, pourvoi n° 72-12.031, *Bull.* 1973, II, n° 231), ait concouru à la production du dommage, que le port d'un casque eût

pu par exemple éviter. En revanche, l'acceptation d'un risque normal ne laisse place qu'à la faute de l'auteur du dommage (voir par exemple 1^{re} Civ., 15 juillet 1999, pourvoi n° 97-15.984, *Bull.* 1999, I, n° 251). La jurisprudence considérait sur le terrain de la responsabilité du fait des choses, la présomption de responsabilité pesant sur le gardien étant assise sur le risque que fait courir aux tiers le comportement de la chose, que l'acceptation des risques « normaux et prévisibles » (2^e Civ., 8 mars 1995, pourvoi n° 91-14.895, *Bull.* 1995, II, n° 83) inhérents à une activité, tout particulièrement en matière de compétitions sportives, écartait le jeu de cette présomption. Un important revirement a été opéré le 4 novembre 2010 (2^e Civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-65.947, *Bull.* 2010, II, n° 176; *D.* 2010, p. 690, obs. I. Gallmeister; *D.* 2011, p. 641, chron. H. Adida-Canac et S. Grignon Dumoulin, p. 690, note J. Mouly) : après qu'elle eut exclu dans une précédente décision le jeu de l'acceptation des risques liés à une pratique sportive ayant pour cadre une activité pédagogique sous l'autorité et la surveillance d'un moniteur (2^e Civ., 4 juillet 2002, pourvoi n° 00-20.686, *Bull.* 2002, II, n° 158, *D.* 2003, p. 461, obs. P. Jourdain), la deuxième chambre a jugé, cette fois hors de toute référence à une quelconque activité, que la victime d'un dommage causé par une chose peut invoquer la responsabilité résultant de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil à l'encontre du gardien de la chose, instrument du dommage, sans que puisse lui être opposée son acceptation des risques.

Création prétorienne, la théorie de l'acceptation des risques, devenue d'application limitée après la condamnation de cette théorie en matière de transport bénévole, trouvait son terrain d'élection en matière sportive, les sportifs étant censés avoir pris à leur compte les risques inhérents à leur activité, à laquelle ils ont librement choisi de s'adonner.

Cette théorie, mise en œuvre par la jurisprudence dans certains sports (courses automobiles, concours hippiques, rugby, football) mais écartée pour d'autres (chasse et ski par exemple), et appliquée pour les seules compétitions sportives, permet aux juges de se fonder sur l'attitude de la victime, qui, du fait de son comportement, aurait accepté de courir les risques normalement liés à la situation, pour lui refuser le droit d'invoquer le bénéfice de la responsabilité instaurée par l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil. « En d'autres termes, l'acceptation des risques par la victime d'une chose neutralise la responsabilité du gardien de cette chose » (M.-L. Cicile-Delfosse, « L'acceptation des risques en matière de responsabilité du fait des choses », in *Petites affiches*, 26 décembre 2002, n° 258, p. 8), cette acceptation ne faisant toutefois pas obstacle à l'application des règles de la responsabilité délictuelle pour faute, même si, en matière sportive, le seuil de la faute est repoussé.

Plusieurs auteurs avaient réclamé un abandon de l'incidence de l'acceptation des risques sur la responsabilité du fait des choses et contesté le sort particulier fait ainsi à ces victimes. Par arrêt du 4 novembre 2010 (pourvoi n° 09-65.947, *Bull.* 2010, II, n° 176, *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2010, p. 394) la deuxième chambre civile a jugé que « la victime d'un dommage causé par une chose peut invoquer la responsabilité résultant de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil, à l'encontre du gardien de la chose, instrument du dommage, sans que puisse lui être opposée son acceptation des risques ». Dans cette affaire, le pilote d'une motocyclette avait été heurté par une autre motocyclette au cours d'une séance d'entraînement sur un circuit fermé. Un précédent arrêt de la Cour (2^e Civ., 4 janvier 2006, pourvoi n° 04-14.841, *Bull.* 2006, II, n° 1) ayant exclu l'application de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, relative à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation, au motif que

l'accident survenant entre des concurrents à l'entraînement évoluant sur un circuit fermé exclusivement dédié à l'activité sportive n'est pas un accident de la circulation, la victime, blessée, avait invoqué devant la cour de renvoi l'application des dispositions de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil, à l'encontre du conducteur et du propriétaire de la motocyclette l'ayant heurtée. Les juges du fond l'avaient déboutée de ses demandes, en considérant qu'elle avait accepté les risques inhérents à l'entraînement entre concurrents, ce qui faisait obstacle à l'application de ce texte et exonérait l'autre conducteur, ainsi que toute personne dont la responsabilité était recherchée en tant que gardien, de toute responsabilité. Cette décision est ainsi cassée au visa de ce texte, et, par un attendu de principe, la deuxième chambre affirme que l'acceptation des risques par la victime n'est pas de nature à faire obstacle à la responsabilité du gardien de la chose. Par cet arrêt, la deuxième chambre marque un important revirement de jurisprudence, qui n'est que l'aboutissement d'une évolution, après la condamnation de cette théorie en matière de transport bénévole.

Tenant compte des objections de la doctrine – d'autant que les licenciés des fédérations sportives sont normalement couverts par l'assurance obligatoire de responsabilité –, la position de la deuxième chambre est donc désormais favorable à la situation des victimes. Elle n'exclut pas cependant que les juges prennent en considération la faute de cette dernière lorsque celle-ci aurait pris des risques excessifs...

Chapitre 2. Déplacement de la charge du risque convenu

L'attribution de la charge du risque est décidée par les intéressés *a priori*, au moment de l'élaboration de la norme en vertu de laquelle cette attribution s'opérera si l'événement vient à se produire. Le sujet de droit qui en supportera les conséquences est désigné par avance, le mécanisme prenant place dans un rapport qui est donc issu d'une norme contractuelle : la charge du risque est attribuée, dans la forme première du procédé tout au moins, à l'une des parties au contrat.

Section 1. La théorie des risques dans le contrat synallagmatique

L'impossibilité dans laquelle se trouve le débiteur d'exécuter son obligation du fait d'un événement constitutif de force majeure le libère sans que, n'étant pas en faute, il doive une indemnité à son cocontractant. La jurisprudence a généralisé la solution que prescrit le code civil relativement au bail et au contrat d'entreprise : *res perit debitori* (c'est le débiteur empêché d'exécuter qui supporte le risque de cet empêchement en ce sens qu'il ne peut réclamer la contrepartie stipulée). Mais il est loisible aux parties, qui assument donc la charge de ce risque dès lors qu'elles consentent à la formation du contrat, de la déplacer sur le contractant autre que celui que désigne ainsi la règle de droit.

« Décidément, le code civil est un peu comme le sol égyptien : on a beau le retourner de toutes parts depuis bien longtemps, on y fait toujours des découvertes nouvelles [...] ». C'est bien à l'archéologie que peuvent faire penser certaines études sur des questions qui hantent traditionnellement les juristes depuis la rédaction du code Napoléon, tant il est vrai que ses rédacteurs ont pu y cultiver le goût de l'ellipse [...]. Le législateur ne prend [...]

pas toujours la peine de matérialiser les règles flottantes en leur donnant un fondement textuel général. Dans de nombreuses hypothèses, en effet, certains principes juridiques fondamentaux ne font l'objet que d'applications particulières et d'aucune formulation universelle [...]. C'est [...] le sort réservé à la théorie des risques³⁴ ».

Le risque environne les contrats synallagmatiques : risque heureux (de l'arabe « rizq », à travers le grec byzantin : la solde quotidienne, la fortune) et risque malheureux (du latin « reseca » , scier en deux)³⁵.

La théorie des risques ne s'intéresse qu'au risque malheureux, assimilant le risque au danger dans une acception univoque. Ces risques sont l'opposé du risque favorable pris en compte dans certains contrats : clauses d'intéressement (*earn out*), majoration de valeur dans les cessions de droits sociaux, prix proportionnel en fonction du résultat... De même, ils se distinguent des « risques et périls » que court celui qui poursuit l'exécution provisoire d'une décision préparatoire ou provisoire (2^e Civ., 22 janvier 2004, pourvoi n° 01-00.580, *Bull.* 2004, II, n° 18) ou met fin de façon unilatérale à un contrat en cas d'inexécution de ses obligations par l'autre partie (1^{re} Civ., 20 février 2001, pourvoi n° 99-15.170, *Bull.* 2001, I, n° 40) : il ne s'expose pas deux fois à un danger, mais espère des profits ou craint des pertes³⁶.

Dans la théorie des risques, ce qui est pris en compte, c'est exclusivement l'exécution d'une obligation devenue impossible par l'effet de la « force majeure » ou d'un « cas fortuit ». Pour écarter toute difficulté de lecture, il convient de préciser que ces deux locutions, force majeure et cas fortuit, que la doctrine a longtemps distinguées, sont indifféremment employées par la loi et la jurisprudence. Désormais, il est admis qu'elles constituent une même notion³⁷.

La marque des contrats synallagmatiques étant l'interdépendance des obligations des parties, l'engagement de chacune constituant la cause de l'engagement de l'autre, que se passe-t-il lorsque en dehors de toute faute de sa part, une partie se trouve dans l'impossibilité d'exécuter son obligation en raison de la force majeure ou d'un cas fortuit ? Les rédacteurs du code civil nous ont donné une solution, à l'évidence juste et équitable : l'obligation de cette partie s'éteint sans que soit due une indemnisation (article 1148 du code civil). C'est la traduction juridique de la sagesse populaire : « À l'impossible nul n'est tenu. »

Mais la disparition de l'obligation de l'un des contractants entraîne-t-elle la disparition de la contre-obligation de l'autre ? En d'autres termes, le contrat sera-t-il maintenu ou s'éteindra-t-il ? Qui supportera les conséquences néfastes de l'impossibilité d'exécution non fautive : à qui les risques seront-ils imputés ?

34. C. Radé, « Pour une approche renouvelée de la théorie des risques », in *Petites affiches*, 7 juillet 1995, n° 81, p. 26, citant A. Bénabent in *La Bonne Foi*, Travaux de l'association H. Capitant, tome XLII, Litec, 1992, p. 291.

35. X. de Bayser, « Un gisement de productivité à l'actif, la gestion du risque », in *Risques* n° 6, juin 1991.

36. A.-C. Martin, *L'imputation des risques entre cocontractants*, LGDJ, 2009, n° 218, p. 123.

37. A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 11^e éd., 2007, p. 259 et suivantes.

C'est à ces questions que répond la théorie des risques dans les contrats synallagmatiques, construction de la doctrine classique (sous-section 1), dont certains auteurs prônent l'abandon, l'estimant inefficace ou dépassée (sous-section 2).

Sous-section 1. Une théorie classique

Forgée par la doctrine classique, la théorie des risques chemine dans un périmètre délimité (A), repose sur un principe d'attribution, suivi d'une exception : ce sont les risques légalement imputés (B), que les parties peuvent choisir d'inverser : les risques sont, en ce cas, contractuellement assumés (C). Autonome, la théorie des risques prévoit la destruction automatique du contrat (D).

A. Un périmètre délimité

À l'évidence, les « contrats unilatéraux » ne relèvent pas de la théorie des risques puisque, lorsque l'obligation est impossible à exécuter du fait de la force majeure, le débiteur est libéré et le contrat disparaît, par application des articles 1148 et 1302 du code civil³⁸, sans que le créancier soit susceptible d'être lui-même contractuellement tenu d'une quelconque obligation envers le débiteur de l'obligation unilatérale inexécutée.

La théorie des risques ne concerne pas davantage la « prévention des risques » : ici, point de cindyniques – sciences et techniques qui étudient les risques et leur prévention –, ni leur « garantie » : en ce cas, le débiteur garantit l'exécution du contrat en écartant l'effet exonératoire de force majeure, ou transfère les risques à un tiers, selon le mécanisme de l'assurance ou de la mutualisation des risques.

Elle ne s'entremêle pas non plus avec la « théorie de l'imprévision », laquelle vise à rééquilibrer le contrat lorsque l'obligation de l'une des parties devient trop onéreuse au regard de ce dont les parties étaient convenues : théorie appliquée par le juge administratif français et dans de nombreux systèmes juridiques étrangers³⁹, de même que dans les principes du droit européen du contrat, le *Draft common frame of reference* de l'*Acquis Group*, l'avant-projet de code européen des contrats, l'avant-projet de réforme du droit des obligations dirigé par F. Terré⁴⁰, mais que ni le droit privé ni le juge judiciaire français n'accueillent à ce jour. Rappelons qu'en ce domaine la jurisprudence est constante depuis l'arrêt « Canal de Craponne » du 6 mars 1876 : « le débiteur ne peut utilement invoquer, pour se soustraire à ses obligations, que leur mise en œuvre serait devenue pour lui plus onéreuse » (Civ., 6 mars 1876, *D.P.* 1876, I, 193, note Giboulot : « Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse paraître leur décision, de prendre en considération le temps

38. C. Larroumet, *Droit civil*, tome III, *Les Obligations. Le contrat*, Economica, 5^e éd., 2003, p. 853, n^o 734.

39. B. Fauvarque-Cosson, « Le changement de circonstances », in *RDC* 2004, p. 67, citée par B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, p. 315 ; R. David, « L'imprévision dans le droit européen », in *Mélanges Jauffret*, p. 211 et suivantes.

40. C. Grimaldi, « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », in *D.* 2009, p. 1298.

et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »). Toutefois, il peut être remarqué qu'une nouvelle tendance jurisprudentielle se dégage pour retenir que la partie qui refuse obstinément de réviser un contrat devenu déséquilibré manque à son obligation de bonne foi dans l'exécution (Com., 3 novembre 1992, pourvoi n° 90-18.547, *Bull.* 1992, IV, n° 338). Au demeurant, les parties appelées à être liées par un contrat d'affaires s'échelonnant dans le temps stipulent généralement une clause dite de *hardship* (épreuves, difficultés) qui les oblige à renégocier le contrat en cas de survenance de circonstances qui en modifient l'équilibre⁴¹.

La théorie des risques vise seulement à définir, pour les contrats synallagmatiques, l'imputation des risques. L'on doit garder à l'esprit que l'imputation ne se confond pas avec l'« imputabilité ». Cette dernière, dont rend compte la théorie « du risque », relève des règles de la responsabilité civile, contractuelle, quasi délictuelle ou délictuelle. Pour sa part, l'« imputation » met à la charge d'une partie le risque dont aucune des parties n'est responsable.

Il s'agit donc d'attribuer les risques consécutifs à l'impossibilité d'exécuter une obligation en raison de la survenance d'un événement de force majeure ou d'un cas fortuit. La « force majeure » n'est pas définie légalement, l'article 1148 du code civil se bornant à la citer pour libérer le débiteur d'une obligation de donner ou de faire, sans toutefois en préciser les contours (« Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il s'était obligé [...] »). C'est la jurisprudence qui a fixé les conditions de son existence : elle se caractérise par l'extériorité (parfois abandonnée, notamment en cas de survenance d'une maladie prolongée du débiteur, 1^{re} Civ., 10 février 1998, pourvoi n° 96-13.316, *Bull.* 1998, I, n° 53, *D.* 1998, p. 539, note D. Mazeaud; Soc., 18 janvier 1967, pourvoi n° 65-40.518, *Bull.* 1967, n° 54), l'imprévisibilité et l'irrésistibilité. L'exigence d'imprévisibilité, que certaines chambres de la Cour de cassation avaient écartée durant quelques années, a été récemment réaffirmée par l'assemblée plénière : « l'événement présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure » (Ass. plén., 14 avril 2006, pourvoi n° 02-11.168, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 5; *D.* 2006, jur. p. 1557, note P. Jourdain; *RLDC* 2006, n° 29, p. 17-23, note M. Mekki). Et seul un événement présentant à la fois ces deux caractères est constitutif d'un tel cas (1^{re} Civ., 30 octobre 2008, pourvoi n° 07-17.134, *Bull.* 2008, I, n° 243; *JCP* éd. G, 2008, II, 10198, note P. Grosser et I, 125, obs. Stoffel-Munck).

B. L'imputation légale des risques

Dans le souci de doter la théorie des risques d'un fondement juridique, la doctrine a évoqué l'article 1134, alinéa 3, du code civil, qui impose une « exécution de bonne foi » des conventions, en faisant valoir que le débiteur de l'obligation éteinte ne pourrait être

41. M. Mekki, « *Hardship* et révision des contrats. – 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », in *JCP* 2010, éd. G, I, 1257; B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances », in *JDI* 1974, p. 755.

de bonne foi lorsqu'il réclame l'exécution de la prestation promise alors que lui-même est incapable de fournir la sienne. Cette idée répondait à la préoccupation d'une justice commutative. Puis, la recherche d'un fondement juridique plus stable a conduit à se référer à l'application de la « théorie de la cause ». Mais l'existence de la cause s'apprécie, en principe, lors de la formation du contrat, et non à l'occasion de son exécution. Enfin, la théorie des risques a été rattachée à la « volonté implicite » des contractants, en considération à la fois de l'article 1156, qui invite à rechercher la commune intention des parties contractantes, et de l'article 1184 qui dispose que la clause résolutoire est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques⁴².

Quelle que soit la règle fondant la théorie des risques, un choix de solutions pour déterminer l'imputation des risques liés à la force majeure peut être envisagé.

Si l'on considère que l'impossibilité d'exécution d'une obligation en raison de la force majeure n'empêche pas que l'obligation de l'autre partie soit exécutée, le débiteur se trouve libéré de son obligation, tandis que le créancier reste tenu de la sienne. C'est ce dernier qui supportera la perte puisqu'il sera contraint d'exécuter son obligation sans rien obtenir en contrepartie : les risques du contrat seront pour lui. L'on dira que les risques sont « pour le créancier » (*res perit creditori*) car, « bien que chacun, dans un contrat synallagmatique, soit à la fois créancier et débiteur, il est traditionnel de considérer ici les positions par rapport à l'obligation inexécutée et de dire que les risques sont pour le créancier sans autre précision, c'est dire qu'ils sont pour le créancier de l'obligation éteinte par force majeure, parce qu'il reste tenu d'exécuter sans pouvoir rien recevoir en échange⁴³ ». Tel est le cas, par exemple, lorsque l'acheteur, créancier de l'obligation de livraison pesant sur le vendeur, supporte les risques de perte de la chose survenue avant la livraison qui lui est due. L'on énoncera d'ailleurs, plus spécialement : *res perit domino*.

Si, au contraire, l'on retient que l'inexécution de l'obligation d'une partie doit emporter corrélativement libération de l'autre partie, le contrat sera anéanti en son entier. Dans cette hypothèse, c'est le débiteur de l'obligation inexécutée qui va pâtir d'une perte car il ne pourra rien obtenir de son cocontractant : les risques du contrat sont pour lui (*res perit debitori*).

Pour parvenir à imputer le risque, le code civil retient alternativement ces deux solutions : la règle *res perit debitori* est considérée comme le « principe » et *res perit domino* comme l'« exception ». En réalité, comme l'a souligné le doyen J. Carbonnier, le principe est souvent masqué par l'exception qui, en pratique, est très importante : concernant les contrats translatifs de propriété, elle s'applique en particulier à la vente⁴⁴.

Le principe : *res perit debitori*

Même si elle est qualifiée de principe, la solution *res perit debitori* n'est pas affirmée comme une règle générale par le code civil : elle ne figure que dans quelques textes régissant

42. C. Radé, *op. cit.*, § 6.

43. J. Carbonnier, *Droit civil*, tome II, *Les Biens. Les obligations*, PUF, 2004, p. 2239, n° 1107.

44. *Ibid.*, p. 2242, n° 1108.

divers contrats spéciaux, et non dans les règles applicables aux contrats en général. On la trouve ainsi énoncée essentiellement pour le louage de choses (article 1722 du code civil) et le louage d'ouvrage ou d'industrie (articles 1788 et 1790 du code civil) : lorsque le débiteur n'est plus en mesure d'exécuter son obligation, il ne peut plus exiger de son cocontractant l'exécution de sa propre obligation, dont celui-ci est libéré.

Ainsi, en vertu de l'article 1722, lorsque l'immeuble loué est détruit en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit, sans qu'il y ait lieu à aucun dédommagement. Le bailleur ne peut plus exécuter les obligations que fait peser sur lui l'article 1719, notamment celles d'entretenir la chose louée en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée et d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail. Le locataire se trouve, par voie de conséquence légale, dispensé de l'obligation de payer le loyer, cette obligation ayant perdu sa cause. La chose périclite donc aux risques du débiteur de l'obligation de mettre et maintenir la chose louée à la disposition du locataire puisque, en sa qualité de bailleur devenu inapte à exécuter ses engagements, il ne peut plus recevoir le prix du bail.

De même, selon l'article 1788 du code civil, dans les relations donneur d'ordres/entrepreneur, en cas de perte de la chose survenant en cours d'exécution d'un marché de travaux, cette perte est supportée par l'entrepreneur si elle intervient avant la réception de l'ouvrage ou avant que le maître de l'ouvrage soit en demeure de la recevoir. Et, par application de l'article 1790 du code civil, les risques sont transférés au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci réceptionne l'ouvrage ou a été mis en demeure de le faire.

De l'imputation des risques au débiteur ainsi énoncée dans des textes spéciaux, la jurisprudence a, de manière implicite, fait un principe depuis l'arrêt Ceccaldi du 14 avril 1891 (Civ., 14 avril 1891, S. 1894, I, 391 ; D.P. 1891, I, 329, note Planiol) qui énonçait, notamment, que, « dans un contrat synallagmatique, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre et réciproquement, en sorte que si l'obligation de l'une n'est pas remplie, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause ». Par suite, il est jugé que, chaque fois qu'aucun texte n'attribue les risques à un autre que le débiteur, la règle *res perit debitori* s'applique à tous les contrats qui ne sont pas translatifs de propriété.

L'exception : les contrats translatifs de propriété

Si l'on transposait la solution de principe fondée sur la réciprocité des obligations, il faudrait admettre que les risques sont pour le vendeur, débiteur de l'obligation inexécutée, et que l'acheteur, qui ne peut plus obtenir la chose non plus que des dommages-intérêts, est dispensé de payer le prix. Mais tel n'est pas le droit positif : par exception au principe précité, l'acheteur reste tenu de payer l'intégralité du prix, bien que la chose soit perdue ou détériorée, pourvu que la perte ou détérioration ne puisse être imputée à la faute du vendeur. Les risques sont ceux de la chose : ils sont « pour l'acheteur », créancier de l'obligation inexécutée : *res perit domino*.

La raison en est que le créancier est déjà devenu propriétaire de la chose par le seul accord des volontés : *solo consensu*. C'est le sens à donner à l'article 1138 du code civil : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne

soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier » (voir les articles 1730, 1788, 1810, 1929, 1933 du code civil; l'article L. 132-7, anciennement 100, du code de commerce)⁴⁵.

Les rédacteurs du code civil ont ainsi entendu rompre avec le droit romain et l'Ancien droit; ils ont décidé que le transfert de propriété résulterait du seul accord de volonté des parties ayant conclu la vente : « [la vente] est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé » (article 1583 du code civil), tandis que de nombreux pays étrangers considèrent encore que la vente ne produit en elle-même aucun effet translatif et que le transfert de propriété ne s'opère que lors de la tradition, de la remise matérielle de la chose vendue.

L'exception dont il s'agit concerne tous les contrats translatifs de propriété comportant l'obligation de livrer un corps certain, soit notamment, outre la vente, l'échange, la donation avec charges.

Brièvement, il peut être noté que, s'agissant des « marchandises vendues au poids, au compte » ou « à la mesure », il n'y aura transfert du droit de propriété et des risques que lors de l'individualisation (article 1585 du code civil), l'individualisation, fait juridique, se prouvant par tout moyen, étiquetage, marquage, expédition... La « vente en libre service », quant à elle, ne s'opère que lors du passage en caisse, et non dès l'appréhension par le client (qui peut, en effet, réfléchir et choisir un nouvel objet, différent de celui qu'il avait initialement appréhendé). La « vente en bloc » est en soi individualisée puisque ce qui est vendu, c'est tout le stock, même si le contenu du stock n'est pas précisément connu (article 1586 du code civil) ni le prix encore exactement déterminé (1^{re} Civ., 1^{er} février 1983, pourvoi n° 81-15.557, *Bull.* 1983, I, n° 49). La solution se comprend car, dans les choses de genre, sauf à imaginer leur disparition totale, le stock, même partiellement détruit, permettra de livrer le « bloc » qui a été commandé (*genera non pereunt*). Pour les ventes de « choses futures », il n'y a aucun transfert de propriété lors de l'échange des consentements : le transfert de propriété est retardé jusqu'à l'achèvement de la chose, qui ne se confond pas avec la livraison : l'achèvement existe lorsque la chose est en état d'être livrée (1^{re} Civ., 1^{er} août 1950, pourvoi n° 37.389, *Bull.* 1950, n° 184). En cas de « vente en l'état futur d'achèvement », le transfert de propriété est avancé pour protéger l'acquéreur contre la « faillite » du constructeur (article 1601-3 du code civil), mais les risques ne suivent pas ce transfert, ils pèsent sur le vendeur jusqu'à la livraison de l'immeuble (3^e Civ., 11 octobre 2000, pourvoi n° 98-21.826, *Bull.* 2000, III, n° 163; *JCP* 2001, éd. G, II, 10465, note P. Malinvaud). De même, la rétroactivité des conditions n'affecte pas le transfert des risques intervenus *pendente conditione* : lorsque la vente a été conclue sous condition suspensive, les risques sont à la charge du vendeur, nonobstant l'effet rétroactif de l'accomplissement de la condition, qui rend l'acquéreur propriétaire depuis le jour de la vente; « si la chose est entièrement périe, sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte » (article 1182 du code civil). Enfin, lorsque le « vendeur a été mis en demeure de délivrer » la chose, les risques se déplacent conformément

45. J.-M. Mousseron, « La gestion des risques par le contrat », in *RTD Civ.* 1987 (3), p. 493, note 35.

à l'article 1138 du code civil : ils sont à la charge de l'acquéreur lors de la vente, du vendeur lors de la mise en demeure, de l'acquéreur lors de la livraison. Mais, par l'effet de l'article 1302 du code civil, le vendeur, mis en demeure, peut s'exonérer s'il prouve que « la chose fût également perie chez le créancier si elle lui eût été livrée ».

Telles sont, en substance, les règles de l'imputation légale des risques. Mais les parties peuvent choisir de se prémunir contre elles, en assumant contractuellement les risques.

C. Les risques contractuellement assumés

Les règles qui viennent d'être évoquées sont supplétives, et les parties peuvent s'accorder pour s'en affranchir et déterminer librement les conséquences des risques, même liés à la force majeure, et la partie appelée à les supporter.

« Cette imputation contractuelle n'est pas récente ; évoquant “La naissance de l'homme d'affaires au Moyen Âge”, Jean Favier (*De l'or et des épices*, Fayard, 1987, p. 292) remarque : “Très tôt, les transporteurs s'entendent à mettre les risques financiers au compte des marchands affréteurs. Les uns hasardent leur vie, les autres leur argent. À tout prendre, les marchands semblent préférer le risque à une hausse des coûts du transport. Sur la plupart des places maritimes, l'habitude se prend même de stipuler dans les contrats une étonnante clause : l'affréteur paiera l'éventuelle rançon du capitaine et des marins. Les règlements hanséatiques vont encore plus loin : le marchand devra supporter les frais de pèlerinages qu'accompliront les marins pour en avoir fait le vœu à l'heure du danger⁴⁶. »

Le principe de l'autonomie de la volonté reconnu par le droit des contrats autorise, donc, les contractants, à imputer la charge des risques à une partie autre que celle que le principe et l'exception résultant de la loi et de la jurisprudence auraient désignée, à écarter l'effet exonératoire de la force majeure, à garantir l'exécution du contrat sans pouvoir se prévaloir de la force majeure (1^{re} Civ., 24 janvier 1984, pourvoi n° 82-14.841, *Bull.* 1984, I, n° 31 ; Com., 18 avril 1967, *JCP* 1968, éd. G, II, 15481, note J. H.)⁴⁷.

Ainsi, les parties peuvent dissocier le transfert de propriété et celui des risques : la clause de réserve de propriété (articles 2367 et suivants du code civil) permet au vendeur de conserver la propriété jusqu'à complet paiement du prix, tout en délivrant la chose vendue (elle est donc très pratiquée en cas de vente à crédit), mais elle se retourne contre le vendeur qui a accordé une facilité de paiement, en lui laissant les risques attachés à la propriété (Com., 20 novembre 1979, *JCP* 1981, éd. G, II, 19615, note J. Ghestin). Par suite, les parties conviennent souvent d'une sous-clause contraire : le vendeur, qui conserve la propriété jusqu'au paiement, s'exonère des risques de la chose qui sont transférés à l'acquéreur dès la conclusion de la vente ou dès la livraison⁴⁸.

46. J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 3^e éd., 1998, p. 426.

47. P. Mousseron, « Les clauses de réserve de propriété en matière de cession de droits sociaux », in *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, mars-avril 2004, p. 3 ; D. von Breitenstein, « La clause de réserve de propriété et le risque de perte fortuite de la chose vendue », in *RTD com.* 1980, p. 42.

48. C. Larroumet, *op. cit.*, p. 856, n° 736.

Encore faut-il que soient clairement rédigées les clauses qui entendent distinguer le transfert de propriété et celui des risques, car le juge, interprétant la volonté des parties, peut estimer que la clause relative aux risques s'applique également au transfert de propriété (Com., 19 juillet 1965, *D.* 1966.450, note Durand).

Se posera également la question de l'opposabilité de telles clauses aux tiers : créanciers dont le gage se trouve concerné, ayants cause à titre particulier (sous-acquéreurs, locataires), victimes de dommages causés par la chose : en vertu de l'effet relatif des contrats, les tiers ne peuvent être tenus d'exécuter le contrat, mais ils en subissent les conséquences. D'où l'importance des règles de publicité du transfert de propriété qui sont différentes selon la nature du bien concerné, mobilier ou immobilier : mise en possession ou inscription sur un registre (du commerce, de l'Institut national de la propriété industrielle (I.N.P.I.), des douanes), notification pour le meuble (cession de créance ou de parts sociales), publicité foncière pour l'immeuble.

Si la liberté contractuelle est un principe, il en va différemment en présence de « dispositions d'ordre public » édictées, notamment, en matière de droit de la consommation (par exemple, pour les ventes de biens et fournitures de prestations de service à distance : articles L. 121-20-3 et L. 121-20-16 du code de la consommation ; pour une clause excluant ou limitant la réparation due au consommateur en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution du contrat : 1^{re} Civ., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-14.856, *Bull.* 2008, I, n° 263 ; *JCP* 2009, éd. E, n° 7, 12 février 2009, 1173, note G. Chantepie). De même, le dispositif légal et réglementaire de « protection contre les clauses abusives » interdit, dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, les clauses ayant pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (articles L. 132-1 et suivants, R. 132-1 et suivants du code de la consommation ; pour une clause faisant peser sur le preneur les risques de perte ou de détérioration de la chose louée dans un contrat de location de longue durée : 1^{re} Civ., 6 janvier 1994, *JCP* 1994, éd. G, II, 22237, note G. Paisant). Par ailleurs, la protection du consommateur, partie la plus faible, ayant irrigué le « droit commercial », l'article L. 442-6 du code de commerce rend responsable et débiteur d'une indemnisation le producteur, commerçant, industriel ou artisan, qui aurait obtenu d'un partenaire économique la souscription de clauses abusives, disproportionnées ou non justifiées par des contreparties réelles : la liberté entre commerçants est donc désormais surveillée et la question de la charge des risques entre professionnels est soumise à une exigence d'équilibre entre les obligations des parties.

Enfin, sous réserve de la législation sur les clauses abusives, les parties peuvent donner de la force majeure susceptible de libérer l'une d'elles de ses obligations une définition différente de celle que retiennent les juridictions (Com., 8 juillet 1981, pourvoi n° 79-15.626, *Bull.* 1981, IV, n° 312).

D. Un effet automatique

L'intérêt de la théorie des risques repose sur l'extinction de plein droit du contrat, sans intervention judiciaire. Parce qu'elle ne sanctionne pas l'inexécution d'une obligation imputable à une partie, le juge n'a pas à prononcer la résolution du contrat à exécution instantanée ni la résiliation du contrat à exécution successive. Il ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation : il doit se limiter à constater l'anéantissement du contrat, après avoir vérifié que les

conditions en sont remplies. En particulier, il contrôlera s'il existe effectivement une impossibilité d'exécution due à la force majeure, comme il vérifie si les conditions d'application d'une clause résolutoire sont réunies. De surcroît, la mise en œuvre de la théorie des risques ne dépend pas de l'initiative d'une partie plutôt que d'une autre : n'importe quel contractant peut faire constater la caducité du contrat, soit le débiteur qui est empêché d'exécuter, soit le créancier qui se trouve libéré⁴⁹.

Ainsi, la théorie opère de plein droit, sans intervention du juge, lequel se borne à constater la caducité du contrat, à la différence de la résolution pour inexécution fautive qui doit être demandée en justice, conformément à l'article 1184 du code civil. Après avoir tranché les difficultés éventuelles relatives au principe de l'attribution des risques, à l'importance ou à l'origine de l'impossibilité d'exécuter, le juge constatera la résolution ou la résiliation et ne pourra condamner une partie à verser des dommages-intérêts à l'autre, car aucun des contractants n'aura commis de faute. Telle est la solution retenue par l'arrêt Beltoise, qui, reconnaissant l'autonomie de la théorie des risques, a énoncé qu'« une demande de résolution judiciaire du contrat en cas d'impossibilité d'exécution n'est pas nécessaire » (Com., 28 avril 1982, pourvoi n° 80-16.678, *Bull.* IV, n° 145; *JCP* 1982, éd. G, IV, 237; Defrénois 1982, p. 334, note J.-L. Aubert).

Il a donc pu être dit que, selon la théorie des risques, le contrat qui ne peut s'exécuter par cas fortuit est détruit par la voie légale de la caducité.

Tel se présente l'état des lieux de ce qu'il est convenu de nommer la théorie des risques. Mais quel avenir pour cette théorie ?

Sous-section 2. Une théorie inefficace et dépassée ?

« Malgré la multiplicité des fondements possibles, la jurisprudence a choisi d'amarrer la théorie des risques au mécanisme de la clause résolutoire implicite de l'article 1184 du code civil. Depuis, cette théorie semble frappée d'une étrange torpeur », comme l'a écrit C. Radé⁵⁰.

En effet, la pratique judiciaire démontre qu'à l'exception de l'arrêt Beltoise, décision « isolée », la jurisprudence a toujours fait application du texte précité pour prononcer l'anéantissement d'un contrat inexécutable en suite d'un événement de force majeure ou d'un cas fortuit. Dès le 3 août 1875, la Cour de cassation énonçait que « l'article 1184 du code civil ne distingue point entre les causes d'inexécution des conventions et n'admet pas la force majeure comme faisant exception à la règle qu'il a consacrée » (3^e Civ., 3 août 1875, *D.P.* 1875, 1, p. 409). De même, l'arrêt Ceccaldi précité, salué, ainsi qu'il a été dit, comme fondateur implicite du principe *res perit debitori*, a ajouté à la décision précédente qu'« il est vrai que lorsque le contrat ne contient aucune clause expresse de résolution, il appartient aux tribunaux de rechercher, dans les termes du contrat et dans l'intention des parties, quelles sont l'étendue et la portée de l'engagement souscrit par celle d'entre elles qui aurait manqué complètement, et, en cas d'inexécution partielle, d'apprécier, d'après les circonstances de

49. C. Radé, *op. cit.*, n° 9.

50. *Ibid.*, n° 10 et suivants, spécialement 10, 18, 23.

fait, si cette inexécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment préparée par une condamnation à des dommages-intérêts ».

Il a d'ailleurs été relevé que le débat classique sur la théorie des risques comme mode de rupture autonome de la convention avait été totalement renouvelé et déplacé sur le terrain de la responsabilité civile par la multiplication des facultés de résiliation unilatérale découvertes par la loi et la jurisprudence, qui correspondent à un mode de justice privée, et conduisent à décaler dans le temps la mission du juge, cantonnée dans une logique purement indemnitaire⁵¹.

Et peut-on affirmer que la jurisprudence fasse réellement référence à la théorie des risques dans les hypothèses habituellement rangées sous cette appellation ? On finit par en douter, surtout lorsque l'on constate, comme dans l'arrêt Beltoise précité (qui a fait application de l'article 1147 du code civil), que le juge ne se trouve habituellement saisi, pour toute sanction de la rupture du contrat, que de demandes de dommages-intérêts⁵².

Au demeurant, la règle *res perit debitori* est improprement nommée, puisque, en réalité, les risques ne pèsent véritablement sur le débiteur que si ce dernier était tenu d'indemniser le créancier de l'obligation impossible à exécuter⁵³. Il en va ainsi du bailleur qui, en cas de destruction du bien loué, est dispensé de le reconstruire, du fait de la résolution de plein droit du contrat prévue par l'article 1722 du code civil : les risques ne sont pas réellement pour le débiteur.

Visionnaire, le doyen J. Carbonnier avait souligné que « l'idée commence à poindre (dont on ne sait si elle renouvellera un jour la théorie) que, dans certains contrats, il est une partie économiquement forte qui a vocation, par sa force, à supporter tous les risques⁵⁴ ».

Ainsi, certains auteurs prônent une répartition des risques qui ne serait plus fondée sur une formule abstraite, du type *res perit debitori*, mais sur des critères concrets : l'efficacité économique, la solidarité contractuelle. Pour les partisans d'une approche économique du droit, la charge des risques devrait être supportée par celle des parties pour laquelle elle est la moins onéreuse. Une attribution des risques *in concreto* est plus satisfaisante : dans certains cas, le contrat peut toujours être exécuté, mais, pour des raisons d'équité, la commutation étant rompue, il ne le sera pas. Tout paraît affaire de casuistique⁵⁵.

Le recours à la notion de « bonne foi » justifierait aussi une nouvelle attribution des risques dans les contrats associant les parties à la réalisation d'un objectif commun⁵⁶.

51. *Ibid.*, n° 10 et suivants, spécialement 10, 18, 23.

52. *Ibid.*, n° 10 et suivants, spécialement 10, 18, 23.

53. C. Grimaldi, *op. cit.*, n° 15.

54. J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 1109.

55. C. Grimaldi, *op. cit.*, n° 15.

56. *Ibid.*, n° 10 et suivants, spécialement 10, 18, 23.

Au regard de ce qui précède, il est permis de penser, avec le professeur T. Genicon, que, trop restreinte, la théorie des risques est également trop grossière en ce qu'elle s'accommode mal des manquements les plus courants, à savoir les inexécutions partielles ou celles qui peuvent être enrayerées. En réalité, on ne comprend pas pourquoi, de façon générale, la situation devrait nécessairement être réglée à la seule lumière d'un principe abstrait, pour ne pas dire aveugle, celui que l'on dégage de l'adage *res perit debitori*. Cette théorie n'est qu'une de ces constructions abstraites péchant par esprit de système et qui ne rendent pas compte de la réalité du droit positif, tout entier contenu dans une seule et même institution faite de souplesse et de diversité : la résolution pour inexécution⁵⁷.

Section 2. Les clauses limitatives et élisives de responsabilité

Il est difficile, notamment en considération de l'heureux retour à l'esprit de 1996 qu'a marqué l'arrêt rendu le 29 juin 2010 par la chambre commerciale (Com., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-11.841, *Bull.* 2010, IV, n° 115), de ne pas faire état dans le cadre de cette étude des clauses limitatives ou élisives de responsabilité. Elles y occupent cependant une place singulière : s'il est vrai que le créancier s'expose, en acceptant la stipulation d'une pareille clause, au risque d'une aggravation des conséquences normales de l'inexécution de ses obligations par son cocontractant, l'événement dans lequel consiste la réalisation du risque résulte de la propre défaillance de ce dernier, lequel bénéficie du déplacement de sa charge alors pourtant que l'événement n'est affecté d'aucun aléa véritable pour lui.

En matière contractuelle, les parties sont en principe libres d'aménager les conséquences d'une éventuelle inexécution, soit par des clauses élisives de responsabilité, ou clauses de non-responsabilité, qui prévoient que le cocontractant à l'origine de l'inexécution totale ou partielle du contrat ne sera pas tenu d'en réparer les conséquences dommageables, soit par des clauses limitatives de responsabilité, ou clauses limitatives de réparation, qui plafonnent les dommages-intérêts qui pourront être mis à la charge du cocontractant défaillant, soit encore par des clauses pénales, qui fixent de façon forfaitaire les dommages-intérêts qui seront dus au créancier.

Le législateur a parfois supprimé cette liberté, comme en droit de la consommation, où, aux termes de l'article R. 132-1 du code de la consommation, sont irréfragablement présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéa de l'article L. 132-1 de ce même code, et dès lors interdites, « les clauses ayant pour objet ou pour effet de [...] supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ».

S'agissant spécifiquement des clauses élisives et limitatives de responsabilité – la question de la validité des clauses pénales ne se pose pas dans les mêmes termes dans la mesure où, conformément à l'article 1152 du code civil, « le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire » –,

57. T. Genicon, *La Résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, p. 94 à 111.

la jurisprudence, tout en affirmant leur validité de principe, n'hésite pas à réputer non écrites celles qui contreviennent à l'économie du contrat (sous-section 1).

Par ailleurs, pour celles de ces clauses dont la validité n'est pas en cause, un arrêt récent de la chambre fait naître quelques doutes sur leur réelle efficacité pratique (sous-section 2).

Sous-section 1. La validité des clauses élisives ou limitatives de responsabilité

Dans le célèbre arrêt Chronopost (Com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-18.632, *Bull.* 1996, IV, n° 261), affaire dans laquelle le client d'une société de transport rapide de courrier réclamait la réparation du préjudice que lui avait causé le retard dans l'acheminement de plis, la chambre commerciale a jugé, au visa de l'article 1131 du code civil, que, « en raison du manquement [de la société de transport rapide] à [son] obligation essentielle [de livraison dans un délai déterminé], la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite ». Cet arrêt a été interprété en ce sens que, « si [les clauses limitatives de réparation] peuvent être réputées non écrites, c'est parce qu'elles privent de cause l'obligation souscrite par le créancier, dans la mesure où elles neutralisent l'objet de l'obligation essentielle contractée par le débiteur en privant cette dernière de toute sanction ou en prévoyant une sanction dérisoire » (D. Mazeaud, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *in D.* 2008, p. 1776).

S'il découle de cet arrêt l'invalidité des clauses élisives de responsabilité en cas de manquement du débiteur à son obligation essentielle, en revanche, la validité des clauses simplement limitatives de réparation s'est vue consacrée, sous réserve que le plafond d'indemnisation ne soit pas si faible qu'il prive de caractère obligatoire l'obligation essentielle souscrite par le débiteur.

Une série d'arrêts (Ch. mixte, 22 avril 2005, pourvoi n° 03-14.112, *Bull.* 2005, Ch. mixte, n° 4; Com., 30 mai 2006, pourvoi n° 04-14.974, *Bull.* 2006, IV, n° 132; Com., 13 février 2007, pourvoi n° 05-17.407, *Bull.* 2007, IV, n° 43 – arrêt Faurecia I; Com., 5 juin 2007, pourvoi n° 06-14.832, *Bull.* 2007, IV, n° 157) a infléchi la jurisprudence de la Cour dans le sens d'un abandon de l'exigence tenant à la contrariété entre la clause et la portée de l'engagement pris, ce qui avait pour conséquence l'interdiction de toute clause fixant un plafond de réparation en cas de manquement du débiteur à une obligation essentielle du contrat, même si ce plafond n'était pas dérisoire. En d'autres termes, était interdit tout aménagement de l'inexécution d'une obligation essentielle.

Ces arrêts ont été très critiqués par la doctrine. D'une part, celle-ci a fait valoir qu'ils étaient incompatibles avec le support conceptuel sur lequel repose la jurisprudence Chronopost. Ils aboutissaient en effet à invalider des clauses qui ne privaient pas de cause l'obligation du créancier dès lors que la réparation à laquelle le débiteur restait tenu était suffisante pour l'inciter à exécuter son obligation essentielle. D'autre part, lesdits arrêts, en neutralisant automatiquement les clauses qui plafonnent la réparation en cas de manquement du débiteur à une obligation essentielle, privaient les opérateurs économiques d'un indispensable instrument de gestion des risques d'inexécution. Interdire, par principe, aux contractants, d'aménager les conséquences de l'inexécution d'une obligation essentielle, pouvait avoir pour effet que la partie débitrice de cette obligation renonce à contracter, faute de

pouvoir apprécier les conséquences pour elle de l'inexécution, ou exige un prix que nombre de clients potentiels ne sont pas en mesure de payer. Dès lors, priver les opérateurs économiques de l'outil des clauses limitatives de réparation risquait d'entraver le développement des relations commerciales.

La doctrine a été entendue par la chambre commerciale. Dès la fin de l'année 2007, plusieurs arrêts avaient été interprétés comme un retour à la solution de l'arrêt Chronopost (Com., 18 décembre 2007, pourvoi n° 04-16.069, *Bull.* 2007, IV, n° 265 ; Com., 4 mars 2008, pourvoi n° 06-18.893 ; Com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-10.350). L'arrêt du 29 juin 2010 (Com., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-11.841, *Bull.* 2010, IV, n° 115 – Faurecia II) confirme cette évolution en énonçant, dans un attendu de principe, que « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ».

On relèvera que cet attendu ne reproduit pas exactement celui de l'arrêt Chronopost de 1996. À cet égard, ce n'est pas le manquement du débiteur à son obligation essentielle qui entraîne la nullité de la clause. La clause doit être, le cas échéant, réputée non écrite, non pas « en raison » du manquement du débiteur à son obligation essentielle, mais en tant qu'elle limite ou exclut l'indemnisation du débiteur dans le cas d'un tel manquement, la survenance dudit manquement ayant seulement pour effet que le créancier a alors intérêt à voir déclarée non écrite la clause qu'on entend lui opposer. La formulation adoptée par la Cour dans l'arrêt Faurecia II apparaît ainsi plus exacte.

Il résulte également de l'arrêt Faurecia II qu'une clause limitative de réparation contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur lorsqu'elle la vide de toute substance. Tel est le cas lorsque le plafond d'indemnisation fixé par cette clause est dérisoire. Dans l'appréciation du caractère dérisoire, il peut être tenu compte de l'économie générale du contrat, et notamment des avantages particuliers qui ont pu être consentis par le débiteur de l'obligation essentielle à son cocontractant, telle une diminution du prix.

En revanche, pour apprécier le caractère dérisoire ou non du plafond de réparation prévu par ladite clause, il ne semble pas pertinent de le comparer au préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution (dans l'affaire Faurecia, le préjudice invoqué par la société Faurecia s'élevait à plusieurs dizaines de millions d'euros, tandis que le plafond d'indemnisation n'était que de quelques centaines de milliers d'euros) ; de fait, il est parfaitement envisageable que le plafond d'indemnisation soit suffisamment élevé pour inciter le débiteur à exécuter son obligation essentielle, tout en étant très inférieur au préjudice prévisible ou effectif du créancier. De même, si la cour d'appel avait motivé sa décision en rappelant que la société Faurecia est un opérateur économique d'importance mondiale, rompu aux négociations et averti en matière de clauses limitatives de réparation, cette constatation ne fait pas partie de celles reprises par la Cour de cassation comme justifiant l'arrêt attaqué ; la qualité d'opérateur averti du créancier ne saurait donc empêcher la neutralisation d'une clause limitative fixant un plafond d'indemnisation dérisoire, une telle qualité étant tout au plus un simple indice que le plafond n'est pas dérisoire, car il est douteux qu'un opérateur averti et économiquement puissant puisse accepter un plafond de réparation dérisoire.

Sous-section 2. L'efficacité des clauses élisives ou limitatives de responsabilité

Il est de jurisprudence constante que l'application d'une clause ne peut, en règle générale, être écartée qu'en cas de dol ou de faute lourde du débiteur (1^{re} Civ., 24 février 1993, pourvoi n° 91-13.940, *Bull.* 1993, I, n° 88). Conformément à une jurisprudence constante depuis les arrêts de la chambre mixte ayant solennellement condamné la conception « objective » de la faute lourde (Ch. mixte, 22 avril 2005 (deux arrêts), pourvoi n° 02-18.326, *Bull.* 2005, Ch. mixte, n° 3 et pourvoi n° 03-14.112, *Bull.* 2005, Ch. mixte, n° 4), l'arrêt Faurecia II énonce que la faute lourde, qui neutralise les clauses limitatives de réparation, « ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur ».

Au-delà de cette hypothèse traditionnelle de neutralisation des clauses élisives ou limitatives de responsabilité, on peut s'interroger sur l'efficacité pratique de telles clauses à la suite d'un arrêt de la chambre commerciale du 5 octobre 2010 (pourvoi n° 08-11.630).

Aux termes de l'article 1184 du code civil, dans les contrats synallagmatiques, la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut demander la résolution de la convention avec dommages-intérêts. Il n'est pas rare que, confrontée à l'inexécution de tout ou partie de ses obligations par l'une des parties au contrat, l'autre partie obtienne la résolution du contrat sur le fondement de cet article. Quel est alors le sort de la clause élisive ou limitative de responsabilité figurant dans le contrat résolu ? Peut-elle être opposée au créancier qui sollicite des dommages-intérêts en application de l'article 1184 du code civil ?

La chambre commerciale répond à cette question par la négative dans son arrêt du 5 octobre 2010, précité. Dans cette affaire, le contrat de vente d'une rotative avait été résolu à la demande de l'acheteur au motif que la machine n'était pas conforme aux stipulations contractuelles et le vendeur condamné à des dommages-intérêts d'un montant supérieur au plafond fixé par la clause limitative de réparation prévue au contrat. Le vendeur s'est pourvu en cassation en faisant valoir que la résolution du contrat n'a pas pour effet nécessaire d'anéantir rétroactivement l'ensemble des stipulations du contrat et qu'il en est notamment ainsi lorsque les parties ont contractuellement aménagé le régime de réparation du préjudice né de l'inexécution d'une obligation contractuelle à l'origine de la résolution. La chambre commerciale rejette le moyen au motif « que la résolution de la vente emportant anéantissement rétroactif du contrat et remise des choses en leur état antérieur, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer les clauses limitatives de responsabilité ».

Cela signifie-t-il qu'une clause élisive ou limitative de responsabilité n'a jamais vocation à jouer en cas de résolution du contrat ? Si tel est le cas, il suffirait à la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté de solliciter la résolution du contrat, résolution qu'elle devrait obtenir sans difficultés si elle est en mesure d'invoquer l'inexécution d'une obligation essentielle, pour échapper à la limitation de la réparation de son préjudice, ce qui priverait d'utilité de telles clauses. Ne faut-il pas au contraire admettre qu'une clause élisive ou limitative de responsabilité libellée de telle façon que son application est prévue non pas seulement en cas d'inexécution, mais également en cas de résolution du contrat, afin de régler les conséquences de celle-ci, survit à la résolution du contrat qui la contient ? L'aménagement par les cocontractants des conséquences de la résolution du contrat n'est

en effet pas prohibé (en matière de clauses attributives de compétence, 2^e Civ., 11 janvier 1978, pourvoi n° 76-11.237, *Bull.* 1978, II, n° 13; en matière de clauses pénales, 3^e Civ., 6 janvier 1993, pourvoi n° 89-16.011). Il faudra attendre d'autres arrêts de la Cour de cassation pour que ce point soit éclairci.

Section 3. Les risques dans les contrats de transport de marchandises et les ventes internationales de marchandises

La question de la charge du risque est très présente dans le droit des transports et des ventes internationales de marchandises, dont l'une des principales finalités est d'en organiser la répartition. Dans ce domaine la Convention signée le 19 mai 1956 à Genève, relative au contrat de transport international de marchandises par route (dite CMR), ainsi que la Convention signée le 11 avril 1980 à Vienne, sur les contrats de vente internationale de marchandises (dite Convention de Vienne), font l'objet d'applications jurisprudentielles nombreuses.

Si, en matière de ventes internationales, la Convention de Vienne reconnaît aux parties la plus grande liberté pour aménager la charge des risques en permettant aux opérateurs économiques de modifier non seulement l'importance des risques supportés par eux mais aussi leur répartition, par la voie des Incoterms en pratique (article 9 § 2 de la Convention), la CMR édicte, quant à elle, des mécanismes plus rigides que sont la déclaration de valeur et la déclaration d'intérêt spécial à la livraison. Il n'est alors plus question de modifier la répartition des risques, qui resteront toujours à la charge du transporteur routier international, mais leur importance, à la condition que le transporteur l'ait accepté moyennant un prix du transport plus élevé.

Sous-section 1. Les Incoterms

Pour régler la répartition de la charge des risques, les opérateurs de la vente internationale de marchandises ont pris le parti notamment de reporter sur les documents contractuels des mentions renvoyant à un ensemble de règles prédéfinies et standardisées. Ces Incoterms (International Commercial Terms), élaborés par la Chambre de commerce internationale, n'ont pas pour objet unique de répartir les risques, mais ont aussi trait à toutes sortes d'obligations pesant sur le vendeur et l'acheteur, telles que la charge des coûts ou les démarches douanières à effectuer.

Si les principes posés paraissent clairs, la réalité du commerce international l'est moins et la Cour de cassation est confrontée principalement à deux difficultés.

La première réside dans la présence d'Incoterms dont la portée est contredite par d'autres mentions des documents contractuels. Dans une espèce (Com., 22 mars 2011, pourvoi n° 10-16.993, *Bull.* 2011, IV, n° 51), par exemple, un bon de commande mentionnait l'Incoterm « Ex Works », soit celui applicable à une vente au départ, dans laquelle l'obligation de délivrance de la chose vendue devait être exécutée par le vendeur dès la sortie de l'usine en Italie de la marchandise. Mais le même bon indiquait comme adresse de livraison le siège social de l'acquéreur situé à Avallon. La chambre commerciale, dans le cadre de l'application de l'article 5 § 1 b du Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000, a décidé de valider la décision de la cour d'appel qui a retenu que le lieu de livraison des marchandises

au sens de ce texte ressortissait en l'espèce à une disposition spéciale du contrat de vente matérialisant l'accord des parties, fixant ce lieu à Avallon, par préférence à l'Incoterm « Ex Works ». Ainsi, confrontée à une contradiction des mentions figurant aux documents, la Cour de cassation privilégie ce qui apparaît, selon le juge du fond, comme une disposition spécialement convenue par les parties.

La seconde difficulté consiste dans la présence d'Incoterms mentionnés dans des contrats qui ne sont pas des ventes internationales de marchandises, le plus souvent des contrats de commissions de transport. Une transposition complète de l'Incoterm, censé régir les relations entre vendeur et acheteur internationaux, s'avère alors impossible dans la mesure où les obligations des vendeurs et acheteurs ne sont pas transposables aux relations entre commettant et commissionnaire de transport. L'architecture du contrat de vente diffère de celle de la commission de transport. L'obligation de livraison à laquelle est tenu le transporteur ne peut ainsi être assimilée à l'obligation de délivrance du vendeur. C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt récent (Com., 14 décembre 2010, pourvoi n° 09-71.947, *Bull.* 2010, IV, n° 206) : le vendeur qui a remis les marchandises vendues au transporteur qui les a acceptées sans réserve a rempli son obligation de délivrance, tandis que la mauvaise exécution de l'obligation de livraison de la marchandise ne pèse pas sur le chargeur, fût-il vendeur, mais sur le transporteur à qui elle incombe, sauf en cas de faute du chargeur ou de convention contraire.

Pourtant, certains vendeurs-expéditeurs, soucieux de se garantir contre la répartition des risques prévus par l'Incoterm mentionné au contrat international de vente, reportent sur le contrat de commission de transport des mentions relatives à l'Incoterm dans le but de faire peser la charge des risques de l'opération sur le transporteur jusqu'à leur transfert sur la tête de l'acheteur-destinataire. Une illustration de cette pratique est donnée par un arrêt récent (Com., 7 septembre 2010, pourvoi n° 09-16.359, *Bull.* 2010, IV, n° 134) dans lequel, à la suite d'une vente sous l'Incoterm FOB (Free On Board), le vendeur a fait appel à un commissionnaire de transport terrestre pour lui confier l'organisation du transport de la marchandise jusqu'à sa « mise à FOB ». On peut penser que dans l'esprit du vendeur-expéditeur la charge des risques devait être supportée par le transporteur jusqu'à sa « mise en FOB », puis par l'acheteur dès le chargement de la marchandise dans le navire. Dans cet arrêt, la chambre commerciale, censurant l'arrêt de la cour d'appel qui avait retenu que la présomption de responsabilité pesait sur le commissionnaire jusqu'à la prise en charge de la marchandise par l'acconier, substitué du transporteur maritime, conformément aux règles généralement admises, a en quelque sorte prolongé cette présomption de responsabilité et la garantie du commissionnaire jusqu'au chargement de la marchandise à bord du navire. En d'autres termes, la mention de l'Incoterm FOB sur le contrat de commission de transport a eu pour effet, selon la Cour de cassation, de reporter la livraison de la marchandise non pas à la remise de celle-ci à l'acconier, mais à son chargement dans le navire.

Sous-section 2. La Convention sur le contrat de transport international de marchandises par route (CMR)

Dans le domaine des transports internationaux de marchandises par route, la CMR, texte d'ordre public auquel les parties ne peuvent déroger, prévoit la possibilité pour celles-ci de modifier le risque imputé au transporteur, tenu d'une obligation de résultat mais bénéficiant

d'une limitation de sa responsabilité. Si elle ne permet pas d'aménager la charge des risques par la voie de leur transfert sur une autre personne que le transporteur routier international, elle autorise tout de même à faire peser sur ce dernier des risques supplémentaires au moyen de deux mécanismes. Tout d'abord, la déclaration de valeur permet d'éviter que le transporteur ne limite sa responsabilité pour dommage matériel selon le plafond prévu par la Convention (8,33 unités de compte par kilogramme du poids brut manquant selon la CMR, article 23, § 1 et 3). La limitation d'indemnité atteint alors la valeur déclarée. Ensuite, la déclaration d'intérêt spécial à la livraison (article 26 de la CMR) permet la réparation du préjudice autre que matériel consécutif à une perte ou à une avarie ou l'indemnisation du retard supérieure au montant du port.

Bien que des critiques soient régulièrement émises concernant le montant insuffisant des indemnisations résultant des limitations prévues par la CMR, il semble que ces mécanismes ne soient pas souvent utilisés par les acteurs du transport; du moins n'en trouve-t-on que peu d'exemples dans la jurisprudence de la Cour de cassation. On peut tout de même citer une décision (Com., 13 novembre 2001, pourvoi n° 99-13.533) validant un arrêt qui, « constatant que l'expéditeur s'était borné à indiquer au transporteur la valeur de la marchandise, sans relever aucun élément démontrant que la valeur portée sur la télécopie constituait une déclaration de valeur pour laquelle l'expéditeur acceptait de supporter un coût de fret supplémentaire », « en a souverainement déduit que la responsabilité du transporteur était limitée par le plafond légal ».

La mention d'Incoterms dans les contrats de commission de transport ou, à l'inverse, l'apparente désaffection pour les mécanismes prévus par la CMR permettant d'aggraver les risques pesant sur le transporteur routier international révèlent toutes deux que les opérateurs économiques ne semblent pas se satisfaire des modalités que le droit leur offre pour déterminer le risque assumé par eux. L'une des causes de cet éloignement réside incontestablement dans l'appréhension différente des liens entre contrats de vente internationale et contrats internationaux de transport de marchandises. Tandis que les opérateurs économiques, attachés à la réalité de leur pratique commerciale, considèrent la vente et le transport comme une seule et même opération économique, les juristes, soucieux du respect des règles régissant différemment les ventes et les transports internationaux et du principe de relativité des conventions, y voient au contraire deux contrats distincts. Le principe de l'indépendance des contrats de vente et de transport est d'ailleurs régulièrement affirmé par la Cour de cassation (Com., 16 juin 2009, pourvoi n° 07-16.840, *Bull.* 2009, IV, n° 85; Com., 5 octobre 2010, pourvoi n° 09-69.925), de même que la règle en vertu de laquelle l'un ou l'autre de ces contrats ne peut ni nuire, ni profiter à une personne qui n'y est pas partie. Pour assumer les risques comme elles l'entendent, les parties se sont donc tournées vers des procédés de mutualisation, en recourant plus particulièrement au contrat d'assurance qui a ajouté de nouveaux rapports de droit à ceux qui résultaient déjà de la vente et du transport, compliquant un peu plus le droit du commerce international.

Section 4. Le risque dans la détermination du salaire

Si sa détermination relève pour une large part de la liberté contractuelle, le salaire est le plus souvent fixé en fonction du temps effectif de travail accompli et du coût horaire défini

pour l'exécution de la prestation de travail. Un tel mode de détermination de la rémunération a pour effet d'écarter la prise en compte d'un certain nombre d'aléas, le montant du salaire dépendant simplement du nombre d'heures exécutées. Mais les parties peuvent choisir d'autres modes de rémunération – à la commission, à la pièce ou au rendement ... –, exposés aux risques encourus par l'entreprise : la liberté contractuelle est alors encadrée. Elle retrouve cependant son autonomie lorsqu'elle s'exprime au-delà du socle que constitue le salaire minimum, légal ou conventionnel. L'employeur pouvant avoir intérêt à associer le salarié aux résultats, il est loisible aux parties de soumettre la rémunération, ou partie de celle-ci, à diverses conditions, le risque lié à ces conditions se répercutant alors sur la détermination de la part de salaire qui en dépend.

La détermination du salaire relève de la liberté contractuelle, même si, en pratique, le salaire est fixé le plus souvent en fonction du temps effectif de travail accompli par le salarié et du coût horaire déterminé pour l'exécution de la prestation de travail. Si un tel mode de détermination de la rémunération ne s'abstrait évidemment pas de la réalité économique, il a pour effet d'écarter la prise en compte d'un certain nombre d'aléas, le montant du salaire dépendant du nombre d'heures exécutées. Ce principe est encore renforcé lorsque la rémunération est déterminée sur la base d'un forfait dans les conditions prévues par les articles L. 3121-38 et suivants du code du travail.

Les parties peuvent aussi choisir d'autres types de rémunération, par exemple à la commission, à la pièce ou au rendement, davantage sensibles à la productivité du salarié ou aux risques encourus par l'entreprise. Mais la liberté contractuelle est encadrée car, sauf dispositions légales spéciales, les parties doivent respecter un seuil minimal défini soit par la loi (articles L. 3232-1 et suivants du code du travail), soit par la convention collective. Le taux du salaire minimum de croissance est fixé par la voie réglementaire à l'issue d'une procédure déterminée par décret (article L. 3231-7 du code du travail). Le respect du SMIC est assorti de sanctions pénales (article R. 3233-1 du code du travail) et, par ailleurs, la chambre sociale considère que son défaut de paiement cause nécessairement un préjudice au salarié (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-12.884, *Bull.* 2011, V, n° 170). En conséquence, le salarié a droit à une rémunération égale au SMIC, quelles que soient les stipulations de son contrat de travail (Soc., 11 avril 1996, pourvois n° 92-43.582 et n° 92-42.847, *Bull.* 1996, V, n° 152; Soc., 10 novembre 2004, pourvoi n° 02-41.881, *Bull.* 2004, V, n° 282). En l'absence de fixation par le contrat de travail du temps relatif à chaque tâche, le salarié payé à la tâche peut prétendre au SMIC ou au salaire minimum conventionnel pour le nombre d'heures de travail qu'il a effectuées (Soc., 25 septembre 1990, pourvoi n° 87-40.493, *Bull.* 1990, V, n° 383; Soc., 13 octobre 2004, pourvois n° 02-43.987 et n° 02-43.656, *Bull.* 2004, V, n° 254).

L'exclusion de la prise en compte des risques de l'entreprise est renforcée par le principe de la mensualisation de la rémunération prévue par l'article L. 3242-1 du code du travail. La rémunération des salariés est mensuelle et indépendante, pour un horaire de travail effectif déterminé, du nombre de jours travaillés, le paiement mensuel neutralisant les conséquences de la répartition inégale des jours entre les douze mois de l'année. Ainsi, lorsqu'un salarié n'est pas rémunéré en fonction du rendement, la réduction de son salaire pour baisse de la production s'analyse en une sanction pécuniaire (Soc., 12 avril 1995, pourvoi n° 91-40.593, *Bull.* 1995, V, n° 133), interdite en application de l'article L. 1331-2 du

code du travail. En conséquence, lorsque le salarié n'a pas travaillé l'intégralité d'un mois, la détermination du salaire résulte non du travail accompli, mais du temps de travail exécuté (Soc., 11 février 1982, pourvoi n° 80-40.359, *Bull.* 1982, V, n° 90). Mais, réciproquement, la charge de travail à accomplir, qui résulte directement des résultats recherchés, relève du pouvoir de direction de l'employeur. Ainsi, la modification de la cadence de travail, sans répercussion sur la rémunération ou le temps de travail, constitue un simple changement des conditions de travail du salarié (Soc., 30 octobre 2010, pourvois n° 08-44.594 à n° 08-44.596, *Bull.* 2010, V, n° 237).

Si le salarié reste extérieur aux choix de l'entreprise, il participe activement aux résultats de l'entreprise. D'où l'intérêt pour l'employeur d'associer plus étroitement le salarié aux résultats. Il est alors loisible aux parties de soumettre la rémunération, ou une partie de celle-ci, à diverses conditions. Le risque accompagnant les conditions adoptées va naturellement retentir sur la détermination de la part de salaire qui en dépend.

Pour certaines catégories de salariés, il a été retenu la possibilité d'assortir le paiement des commissions, dues sur les commandes recueillies, à une garantie de bonne fin, le plus souvent correspondant à l'encaissement du prix (Soc., 28 février 2001, pourvois n° 98-45.731 et n° 98-46.155) ou à l'exécution du contrat souscrit. Cette garantie se rattache clairement au risque encouru par l'entreprise quant au sort de la commande. Elle invite le salarié à étudier la réalité et la solidité de la commande obtenue et, par suite, à prévenir le risque de défaillance du client. Ainsi, lorsque les bons de commande et les devis produits ne sont pas signés par les clients ou correspondent à des commandes annulées sans faute de l'employeur, le salarié ne peut pas prétendre à la rémunération correspondante (Soc., 15 mars 2006, pourvoi n° 03-43.858). Mais, réciproquement, s'il peut être contractuellement prévu que les commandes non menées à bonne fin n'ouvrent pas droit à commission, c'est à la condition que ce soit sans faute de l'employeur et sans que le salarié soit privé des commissions qui lui étaient dues sur des contrats effectivement réalisés (Soc., 24 avril 1963, pourvoi n° 62-40.344, *Bull.* 1963, n° 344 ; Soc., 25 mars 2009, pourvoi n° 07-43.587 ; Soc., 9 février 2011, pourvoi n° 09-41.145). La validité d'une telle garantie de bonne fin est examinée au regard de l'activité du salarié et la clause du contrat de travail subordonnant la rémunération du travailleur à domicile au règlement par le client de la commande qu'il a enregistrée est illicite (Soc., 10 mai 2007, pourvoi n° 05-44.313, *Bull.* 2007, V, n° 73). Enfin, l'application de la clause prévoyant une garantie de bonne fin ne doit pas avoir pour effet de constituer une sanction pécuniaire illicite (Soc., 4 juillet 2007, pourvoi n° 06-40.160).

L'exposition du salarié au risque est également très présente lors de la détermination d'une rémunération variable. La part variable de la rémunération peut, selon le cas, résulter du contrat de travail ou d'un engagement unilatéral de l'employeur. Mais, en toute hypothèse, cette rémunération variable doit être fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, comme la variation fondée sur la valeur d'un point dépendant d'objectifs étrangers à la volonté de l'employeur (Soc., 4 mars 2003, pourvoi n° 01-41.864). Cette rémunération variable ne doit pas davantage avoir pour effet de faire porter le risque d'entreprise sur le salarié (Soc., 2 juillet 2002, pourvoi n° 00-13.111, *Bull.* 2002, V, n° 229). À cet égard, la perception d'une garantie de ressources peut être regardée comme un élément caractérisant le fait que le salarié ne supporte pas les risques de l'exploitation de

l'entreprise (Soc., 25 janvier 1996, pourvoi n° 93-21.419, *Bull.* 1996, V, n° 31). Les conditions de détermination de la part variable du salaire ne doivent pas davantage entraîner une réduction de la rémunération en dessous des *minima* légaux et conventionnels (Soc., 2 juillet 2002, pourvoi n° 00-13.111, *Bull.* 2002, V, n° 229). Selon les termes du contrat de travail, les objectifs à atteindre pour la perception de la rémunération variable peuvent être arrêtés par accord entre les parties, mais aussi unilatéralement par l'employeur, si le contrat lui en ménage la possibilité. Ce dernier peut alors les fixer ou les modifier dans le cadre de son pouvoir de direction, mais toujours sous réserve que les conditions assortissant la rémunération variable soient précises et objectives (Soc., 30 novembre 2010, pourvoi n° 09-42.726), qu'elles soient réalisables et qu'elles aient été portées à la connaissance du salarié en début d'exercice (Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 08-44.977, *Bull.* 2011, V, n° 55).

En toute hypothèse, lorsque les objectifs ne sont pas fixés, soit en raison d'un échec des négociations, lorsque leur mode de fixation est contractuel, soit du fait de la défaillance de l'employeur, lorsque ce dernier a le pouvoir de les déterminer unilatéralement, une telle carence ne saurait justifier le défaut de paiement de la rémunération variable. Il appartient alors au juge de la fixer (Soc., 13 juillet 2004, pourvoi n° 02-14.140, *Bull.* 2004, V, n° 208).

Eu égard au risque attaché à la réalisation des objectifs, il importe toutefois que ceux-ci soient réalistes (Soc., 22 mai 2001, pourvois n° 99-41.970 et 99-41.838, *Bull.* 2001, V, n° 180), et, en cas de litige sur ce point, il appartient au juge de le vérifier (Soc., 21 février 2007, pourvoi n° 05-43.637). Si le juge constate que l'objectif n'était pas réaliste, il doit alors déterminer la rémunération variable en fonction des critères visés au contrat, des accords conclus les années précédentes et, à défaut, des éléments de la cause (Soc., 13 janvier 2009, pourvoi n° 06-46.208, *Bull.* 2009, V, n° 12).

La vérification par le salarié de la validité des conditions fixées et la bonne connaissance des risques qui en découle impliquent communication des objectifs arrêtés. Le salarié doit également pouvoir s'assurer que les objectifs sont réalistes et que le calcul de sa rémunération a été effectué conformément aux modalités prévues par le contrat de travail (Soc., 18 juin 2008, pourvoi n° 07-41.910, *Bull.* 2008, V, n° 134) ou par l'engagement unilatéral de l'employeur (Soc., 14 octobre 2009, pourvois n° 07-44.970 à 07-44.987 et 07-44.965 à 07-44.969). En vertu de l'article L. 1321-6 du code du travail, les éléments permettant d'arrêter la rémunération variable doivent être communiqués en langue française (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-67.492, *Bull.* 2011, V, n° 167), afin que le salarié, qui ne doit pas supporter le risque de la traduction, puisse avoir une parfaite connaissance de leur teneur.

La détermination de la rémunération variable ne doit pas inciter le salarié à prendre des risques inconsidérés. Ainsi, en matière de transports routiers, sont illicites les systèmes regardés comme incitatifs au dépassement de la durée normale de travail et des temps de conduite, par exemple une prime proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé (Soc., 21 mai 1997, pourvoi n° 95-42.542, *Bull.* 1997, V, n° 183), une prime de rendement au kilomètre (Soc., 13 novembre 2003, pourvois n° 01-46.075 et n° 01-46.089, *Bull.* 2003, V, n° 282). Il en va de même pour une rémunération variable en fonction du nombre d'unités de course obtenues, qui incite le salarié à réaliser les livraisons en un minimum de temps afin d'en effectuer le plus grand nombre possible et à prendre des risques routiers de nature à compromettre la sécurité (Soc., 13 juin 2007, pourvois n° 04-44.551 et n° 04-45.360).

La partie variable du salaire fait partie intégrante de la rémunération et il peut en être tenu compte lors de la réalisation du risque de maladie. Aussi, lorsqu'une convention collective prévoit que, en cas de maladie, l'employeur doit verser un complément de salaire, sans que soit exclue la prise en compte de la partie variable de la rémunération, ce complément de salaire doit être fixé en tenant compte de cette part variable de la rémunération (Soc., 19 mai 2009, pourvoi n° 07-45.692, *Bull.* 2009, V, n° 133).

Enfin, les possibilités de faire supporter au salarié tout ou partie de ses frais professionnels, et de transférer ainsi sur sa tête les risques liés à la prospection ou à l'exécution des contrats, sont également encadrées par la jurisprudence, puisque les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent être remboursés, sans qu'ils puissent être imputés sur la rémunération qui lui est due, à moins qu'il n'ait été contractuellement prévu qu'il en conserverait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire et à la condition que la rémunération proprement dite du travail reste au moins égale au SMIC (Soc., 10 novembre 2004, pourvoi n° 02-41.881, *Bull.* 2004, V, n° 282). En outre, l'employeur ne peut pas fixer unilatéralement les conditions de prise en charge des frais professionnels en deçà de leur coût réel (Soc., 23 septembre 2009, pourvoi n° 07-44.477, *Bull.* 2009, V, n° 204). Il en résulte que doit être réputée non écrite la clause du contrat de travail qui met à la charge d'un salarié, employé en qualité de VRP, les frais engagés par celui-ci pour les besoins de son activité professionnelle (Soc., 25 mars 2010, pourvoi n° 08-43.156, *Bull.* 2010, V, n° 76).

Section 5. La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise dans la jurisprudence de la chambre criminelle

Le contrat de travail offre une autre illustration particulière du déplacement convenu de la charge du risque avec la possibilité qui est offerte à l'employeur, dans le souci d'éviter des condamnations pénales pour infraction à la réglementation du travail, de déléguer ses pouvoirs à un salarié. Nécessairement expresse (Crim., 27 octobre 1976, pourvoi n° 75-93.068, *Bull. crim.* 1976, n° 303 ; 27 février 1979, pourvoi n° 78-92.381, *Bull. crim.* 1979, n° 88), cette délégation doit bien entendu être acceptée par le salarié (Crim., 2 mars 1977, pourvoi n° 76-90.895, *Bull. crim.* 1977, n° 85).

Au fur et à mesure de l'extension des qualifications pénales susceptibles d'affecter l'entreprise, la pratique de la délégation de pouvoirs du chef d'entreprise à un préposé s'est systématisée. Conçue au premier abord comme un moyen d'éviter le risque de la poursuite pénale en matière d'hygiène et de sécurité des salariés ou en matière de circulation des poids lourds, elle est devenue tout autant la contrepartie de la haute spécialisation technique ou juridique qu'appellent la fiscalité, la comptabilité, l'urbanisme, la protection de l'environnement, celle des consommateurs, etc.

En outre, dans le cas très fréquent où l'entreprise prend une forme sociale, et même si la poursuite de la personne morale n'exclut en rien – pas plus qu'elle ne requiert – celle des personnes physiques du dirigeant ou de son éventuel délégataire dans les limites qu'édicte l'article 121-3 du code pénal (voir la contribution au présent *Rapport* relative à la responsabilité pénale des personnes morales : livre 3, titre 1, chapitre 1, section 1, sous-section 1),

l'évolution législative vers la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales a pu faire apparaître la délégation de pouvoirs comme un moyen d'atténuer, en le déplaçant, le risque des poursuites.

Dès lors, depuis les arrêts fondateurs des 28 juin 1902 (*Bull. crim.* 1902, n° 237; *D.P.* 1903, I, p. 585, note Roux) et 21 janvier 1911 (*Bull. crim.* 1911, n° 54), la jurisprudence s'est édifiée, à la recherche d'un juste équilibre entre :

- d'une part, l'impossibilité indéniable du dirigeant d'assumer personnellement toutes les infractions consommées au sein de son entreprise – au point que le chef d'entreprise ne peut plus s'exonérer de sa responsabilité pénale au seul prétexte de l'énormité de sa tâche (Crim., 22 mai 1973, pourvoi n° 72-90.777, *Bull. crim.* 1973, n° 230, ce dont la doctrine déduit qu'il a une sorte d'obligation de déléguer certains de ses pouvoirs – sans avoir cependant l'obligation de les déléguer tous (Crim., 22 janvier 1986, pourvoi n° 84-95.210, *Bull. crim.* 1986, n° 30, in *Rev. sc. crim.* 1987, p. 235, note C. Lazerges);
- d'autre part, sa volonté éventuelle de se décharger de tout risque sur un salarié, par postulat plus vulnérable que son chef (sur la situation, plus générale, du subordonné, voir V. Malabat, « La responsabilité pénale du subordonné », in *Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 681).

On notera, pour n'y plus revenir car la notion de « risque pénal » est l'antinomie de l'activité administrative, que la plupart des énonciations qui vont suivre s'appliquent à la délégation de pouvoirs au sein des institutions publiques (par exemple, à propos d'un adjoint au maire ayant organisé une fête municipale trop bruyante : Crim., 4 septembre 2007, pourvoi n° 07-80.072, *Bull. crim.* 2007, n° 193; *Dr. pénal.* 2007, comm. 153, par M. Véron).

Ayant, au milieu des années 1960, indiqué qu'elle ne contrôlerait pas la nécessité même de la délégation (Crim., 3 janvier 1964, *Gaz. Pal.* 1964, I, 313) et, dix ans plus tard, défini le mécanisme de la délégation (Crim., 23 janvier 1975, *Bull. crim.* 1975, pourvoi n° 73-92.615, n° 30; *D.* 1976, p. 375, note Savatier; *JCP* 1976, II, 18333, note J.-H. Robert, retenant que « la même infraction ne peut être retenue à la fois contre le chef d'entreprise et contre un préposé de celui-ci »; voir aussi Crim., 8 avril 2008, pourvoi n° 07-80.535, *Bull. crim.* 2008, n° 96 et Crim., 8 décembre 2009, pourvoi n° 09-82.183, *Bull. crim.* 2009, n° 210), la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu fixer ses exigences quant aux conditions de forme et de fond de l'efficacité de la délégation de pouvoirs. Les effets de la délégation ont alors pu être décrits dans toute leur ampleur.

Sous-section 1. Conditions

A. Conditions de forme

Les questions formelles ne suscitent plus de pourvois novateurs (pour des illustrations récentes, à propos de l'existence facultative d'un écrit : Crim., 17 mars 2009, pourvoi n° 08-84.518; sur la valeur probante des éléments avancés par le délégant : Crim., 3 avril 2001, pourvoi n° 00-84.176; sur la nécessaire acceptation de la délégation par le délégataire en connaissance de cause : Crim., 24 septembre 2002, pourvoi n° 01-86.288).

B. Conditions de fond

Quant au fond de la délégation, autrement dit ce qui justifie qu'il y ait été recouru et que la responsabilité pénale soit transférée au délégataire, la chambre criminelle a dès longtemps posé :

- une exigence de précision (Crim., 28 janvier 1975, pourvoi n° 74-91.495, *Bull. crim.* 1975, n° 32);
- la règle d'exclusion des pouvoirs concurrents du chef d'entreprise (Crim., 13 mars 1995, pourvoi n° 93-84.299, *Bull. crim.* 1995, n° 100; Crim., 19 août 1997, pourvoi n° 96-83.944, *Bull. crim.* 1997, n° 285; Crim., 20 mars 2007, pourvoi n° 05-85.253, *Bull. crim.* 2007, n° 86, *Rev. sociétés* 2007, p. 590, note B. Bouloc, *Dr. pénal* 2007, p. 32, comm. 88 par J.-H. Robert) – hypothèse dont on distinguera celle de la participation active du dirigeant à une faute du délégataire (Crim., 20 mai 2003, pourvoi n° 02-84.307, *Bull. crim.* 2003, n° 101; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 807, note G. Giudicelli-Delage – voir aussi, F. Rousseau, « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », in *Rev. sc. crim.* 2010, p. 804 – voir aussi, note sous Crim., 11 juin 1963, *JCP* 1963, II, 13391);
- la règle d'exclusion de pouvoirs concurrents d'un codélégué (Crim., 2 octobre 1979, pourvoi n° 78-93.334, *Bull. crim.* 1979, n° 267; Crim., 6 juin 1989, pourvoi n° 88-82.266, *Bull. crim.* 1989, n° 243, *Rev. sc. crim.* 1990, p. 109, note C. Lazerges – plus récemment, Crim., 23 novembre 2004, pourvoi n° 04-81.601, *Bull. crim.* 2004, n° 295, *D.* 2005, p. 1521, note M. Segonds, *AJ Pén.* 2005, p. 115, note C.-S.E.; Crim., 27 octobre 2009, pourvoi n° 08-86.995);
- et la triple exigence fondamentale de compétence, d'autorité et de moyens suffisants du délégataire (Crim., 11 mars 1993, notamment trois arrêts sur les pourvois n°s 91-80.598, 92-80.773 et 90-84.931, *Bull. crim.* 1993, n° 112; *Dr. pénal* 1994, p. 10, comm. 39 par J.-H. Robert; *Rev. sc. crim.* 1994, p. 101, note B. Bouloc). Elle en a déduit que certaines responsabilités ne peuvent jamais être déléguées; ainsi, même s'il confie à un représentant le soin de présider une institution représentative du personnel, le chef d'entreprise engage sa responsabilité pénale à l'égard de cet organisme sans pouvoir opposer l'argumentation prise d'une délégation de pouvoirs (à propos du comité d'entreprise : Crim., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-84.318, *Bull. crim.* 2007, n° 126; *Dr. pénal* 2007, comm. 108 par J.-H. Robert; *AJ Pén.*, p. 328, note M.-E. Charbonnier – généralisant la solution à d'autres institutions : Crim., 6 novembre 2007, pourvoi n° 06-86.027, *Bull. crim.* 2007, n° 266; *Dr. pénal* 2008, comm. 23 par J.-H. Robert – sur les deux arrêts, *Rev. sc. crim.* 2008 p. 349, obs. A. Cerf-Hollender; *Dr. social* 2008, p. 449, note F. Duquesne – critique : *Dr. pénal* 2010, n° 4, dossier n° 6, § 7, par F. Douchez, B. de Lamy et M. Segonds – D'un certain point de vue, la loi donne d'autres illustrations d'impossibilités de déléguer : articles L. 121-2 et L. 121-3 du code de la route sur le paiement des amendes : Crim., 13 octobre 2010, pourvoi n° 10-81.575, *Bull. crim.* 2010, n° 159; *Dr. pénal* 2011, comm. 7 par J.-H. Robert).

La chambre criminelle a constamment rappelé ces exigences dans de très nombreuses décisions postérieures (par exemple, pour la période récente, Crim., 6 mars 2001, pourvoi n° 00-84.186; *Dr. pénal* 2001, p. 16, comm. 75 par J.-H. Robert – Crim., 8 décembre 2009, pourvoi n° 09-82.183, *Bull. crim.* 2009, n° 210; *D.* 2010, Somm. p. 212, *D.* 2010, p. 1663, § I-A-2-a, par C. Mascala), et a précisé finalement qu'elle ne demande pas compte aux juges du fond des éléments qu'ils ont pris en considération pour se convaincre de la réalité de la délégation de pouvoirs (Crim., 10 septembre 2002, pourvoi n° 01-85.210, *Bull. crim.* 2002,

n° 160, 4^e moyen : *Dr. pénal* 2002, p. 15, comm. 126 par J.-H. Robert – Crim., 15 mars 2011, pourvoi n° 10-80.102); le contrôle est donc purement celui du raisonnement du juge du fond (pour un exemple de contradiction de motifs : Crim., 16 janvier 2002, pourvoi n° 01-81.829, *Bull. crim.* 2002, n° 6; *Dr. pénal* 2002, comm. 56 par J.-H. Robert, *Rev. sc. crim.* 2002, p. 582, note B. Bouloc). Le moyen tiré de l'existence d'une délégation de pouvoirs ne peut d'ailleurs pas être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation (Crim., 13 septembre 2005, pourvoi n° 04-85.736, *Bull. crim.* 2005, n° 224, 1^{re} branche des moyens réunis; *AJ Pén.* 2005, p. 371, note Delprat, *Rev. sc. crim.* 2006, p. 334, note A. Cerf-Hollender).

Sous-section 2. Effets

C'est sur les effets du transfert de responsabilité qu'ont pu être donnés les enseignements les plus nouveaux dans un passé immédiat.

En particulier la Cour de cassation, singulièrement sa chambre criminelle, a dû aborder trois questions d'égale difficulté, bien que d'inégale fréquence en pratique :

A. L'action civile contre le délégataire

Le délégataire conserve la responsabilité pénale de son propre fait (Crim., 17 décembre 2002, pourvoi n° 01-85.650, *Bull. crim.* 2002, n° 227; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 556, note Y. Mayaud – Crim., 16 septembre 2003, pourvoi n° 02-86.661, *Bull. crim.* 2003, n° 164 – pour un aperçu général, J.-Ch. Saint-Pau, « La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou de représentant d'une personne morale », in *Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 1010). Il n'est pas théoriquement exclu qu'il soit poursuivi de plusieurs chefs : comme délégataire de la responsabilité pénale du chef d'entreprise, voire comme délégataire de la représentation légale de la personne morale si celle-ci est aussi poursuivie (Crim., 30 mai 2000, pourvoi n° 99-84.212, *Bull. crim.* 2000, n° 206; *Dr. social* 2000, p. 1148; *JCP* 2001, éd. E, p. 950, note S. Ferrière – pour éclairer la nuance selon que le représentant légal l'est par délégation ou pas : Crim., 15 mars 2011, pourvoi n° 10-80.998), mais aussi comme auteur d'une faute personnelle telle que la commission du délit de blessures involontaires, si elle entre dans les prévisions de l'article 121-3 du code pénal (par exemple Crim., 28 mars 2006, pourvoi n° 05-82.975, *Bull. crim.* 2006, n° 91).

Une action civile peut-elle alors se greffer sur l'action publique ? L'assemblée plénière a eu à trancher, s'agissant d'une demande civile articulée *par un tiers*, et a répondu par la négative, du moins si le délégataire n'a pas excédé les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant (Ass. plén., 25 février 2000, pourvois n° 97-17.378 et n° 97-20.152, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 2 : *JCP* 2000, éd. G, p. 743, concl. R. Kessous, note M. Billiau, *RJS.* 2002, p. 711, note F. Desportes, *D.* 2000, p. 673, note P. Brun, *RTD. Civ.* 2000, p. 582, note P. Jourdain) et s'il ne s'agit pas d'une faute intentionnelle (Ass. plén., 14 décembre 2001, pourvoi n° 00-82.066, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 17 : *JCP* 2002, éd. G, p. 345, note M. Billiau, *RTD Civ.* 2002/1, p. 109, note P. Jourdain, *D.* 2002, p. 1317, note D. Mazeaud – à quoi la deuxième chambre de la Cour ajoute l'hypothèse plus générale de l'infraction pénale : 2^e Civ., 20 décembre 2007, pourvoi n° 07-13.403, *Bull.* 2007, II, n° 274; *D.* 2008, p. 1248, note J. Mouly). La chambre criminelle a eu pour sa part à aborder la question de la constitution de partie civile du délégant contre le délégataire. Par un arrêt du 28 juin 2011

(pourvoi n° 10-83.963), elle n'approuve pas la cour d'appel, qui n'avait pas assez recherché les éléments d'une délégation de pouvoirs, mais elle n'écarte pas le principe d'une action civile du commettant contre le préposé, et pose seulement l'exigence, normale, de la preuve d'un préjudice personnel et direct, non démontré en l'occurrence.

B. Le transfert de la délégation en cas de modification de la situation juridique de l'employeur

L'hypothèse est celle de l'article L. 1224-1 (anciennement article L. 122-12) du code du travail. Conformément à son approche concrète du transfert de la responsabilité pénale, que reflète toute l'histoire, précédemment évoquée, de sa doctrine, et que justifient les qualités requises tant du délégant que du délégataire, la chambre criminelle estime que le lien de subordination est le support nécessaire d'une délégation efficace, mais que celle-ci n'est pas un accessoire indissoluble d'un contrat de travail entre délégant et délégataire. On a pu faire observer, cette fois en droit strict, que le contrat et la délégation sont des actes de nature différente, dont l'objet est différent et dont les parties ne sont pas nécessairement les mêmes. C'est ce qui a amené la chambre criminelle à exclure l'efficacité d'une délégation faite par le chef d'une entreprise en redressement à son administrateur judiciaire, qui n'est certes pas son subordonné (Crim., 30 janvier 1996, pourvoi n° 94-83.505, *Bull. crim.* 1996, n° 53). C'est, réciproquement, ce qui amena la chambre criminelle à admettre qu'opèrent transfert de responsabilité pénale des subdélégations dans l'ordre hiérarchique, même si cet ordre ne procède pas d'un contrat de travail ou d'une chaîne de contrats, ou à admettre encore les délégations dans les groupes de sociétés (Crim., 23 janvier 1975, préc. – Crim., 8 février 1983, pourvoi n° 82-92.364, *Bull. crim.* 1983, n° 48; *D.* 1983, p. 639, note Seillan – Crim., 30 octobre 1996, pourvoi n° 94-83.650, *Bull. Crim.* 1996, n° 389; *RJDA* 1998, p. 680, note J.-F. Renucci). Il était donc normal que, détachable du contrat de travail, la délégation ne soit pas transmise du seul fait du changement de pouvoir de direction. La chambre criminelle a, dans un premier stade de raisonnement, invité les juges du fond à s'expliquer sur les conditions et les effets de la délégation avant et après la modification de la situation juridique de l'employeur (Crim., 14 mars 2006, pourvoi n° 05-85.889, *Bull. crim.* 2006, n° 75; *Dr. pénal* 2006, p. 20, comm. 74 par J.-H. Robert; dans cette hypothèse, la délégation constituait une des clauses du contrat de travail). Dans un second temps, elle a indiqué, dans un cas de fusion-absorption, que les juges du fond devaient vérifier que cette modification n'avait pas eu pour effet d'entraîner la caducité de la délégation de pouvoirs (Crim., 20 juillet 2011, pourvois n° 10-87.348 et n° 10-86.705; dans cette affaire, la délégation de pouvoirs faisait l'objet d'un acte spécial, établi pour la durée de la société qui allait être absorbée par une autre; la cour d'appel l'avait néanmoins, dans l'arrêt cassé, qualifiée d'accessoire nécessaire et indispensable du contrat de travail, transféré de plein droit à la société absorbante).

C. L'efficacité des délégations faites par plusieurs dirigeants sur une seule tête

La question se pose dans le cas de chantiers réalisés en groupement d'entreprises. Retenant que la réalité de la subordination l'emporte sur les caractéristiques de l'instrument contractuel, la chambre criminelle a pu admettre l'efficacité de telles délégations pour opérer transfert du « risque pénal » (Crim., 13 octobre 2009, pourvoi n° 09-80.857, *Bull. crim.* 2009,

n° 169; *Dr. pénal* 2009, comm. n° 154, par M. Véron; *JCP* 2010, éd. G, 2, 152, note J.-H. Robert). Plus complexe encore est la situation dans laquelle une entreprise de travail intérimaire intervient dans le groupement : il faut alors retenir la responsabilité de la personne morale, membre du groupement, qui est l'employeur de la victime ; ou, en cas de recours à une main-d'œuvre intérimaire, celle de la personne morale ayant la qualité d'entreprise utilisatrice (Crim., 23 novembre 2010, pourvoi n° 09-85.115, *Bull. crim.* 2010, n° 186; *D.* 2011, actu. soc., p. 170; *RJS* 2011, comm. 203, p. 17).

À l'issue de ce survol, cent ans après son premier grand arrêt en la matière, il apparaît que la chambre criminelle a très peu varié dans son appréhension théorique du problème du « transfert de risque pénal » que constitue la délégation de pouvoirs du chef d'entreprise. Elle est néanmoins demeurée, sur un plan concret, à l'écoute des évolutions, tant du droit pénal spécial contemporain que des réalités de l'entreprise, ce qui l'a conduite à éviter tout dogmatisme et à laisser sa juste place à l'appréciation des juges du fond. Ce faisant, elle a, en général, recueilli l'approbation de la doctrine.

TITRE 2. LA CHARGE DU RISQUE IMPUTÉE

La charge du risque est ici imputée à l'un des acteurs de l'événement dommageable, son déplacement s'effectuant *a posteriori*. Ce n'est pas le risque lui-même, envisagé comme une éventualité, mais bien la réalisation de l'événement dans lequel il consiste, avec les conséquences qu'elle a d'ores et déjà produites, qui fait l'objet de l'imputation. La responsabilité détermine celles de ces conséquences qui ne doivent pas demeurer à la charge de celui qui les subit, ainsi que les règles selon lesquelles le déplacement doit s'effectuer, ce qui se fera de manière générale aux dépens de l'agent producteur de l'événement. Encore que la responsabilité ait indubitablement une vertu dissuasive, la réponse au risque réside dans l'indemnisation : c'est le domaine de la responsabilité dans sa fonction traditionnelle réparatrice, opérant de manière curative.

Par-delà la distinction entre responsabilités délictuelle et contractuelle (chapitre 1) – la responsabilité contractuelle de droit commun est d'ailleurs parfois elle-même écartée par la référence à tel ou tel texte spécial (voir ainsi, parmi de nombreux exemples et nettement, en matière de transport aérien : 1^{re} Civ., 20 mars 2001, pourvoi n° 99-13.511, *Bull.* 2001, I, n° 81 et 3 juillet 2001, pourvoi n° 00-10.435, *Bull.* 2001, I, n° 205) –, il convient de ménager une place propre aux régimes autonomes (chapitre 2). Tel est le cas avec la responsabilité du fait des produits défectueux, en matière d'accidents de la circulation ou encore, place récemment conquise au sein de ces régimes spéciaux (voir spécialement avec 1^{re} Civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-69.195, *Bull.* 2010, I, n° 200, substituant dans son visa l'article L. 1142-1, I du code de la santé publique à l'article 1147 du code civil invoqué par le pourvoi), pour les professionnels de santé, tous régimes avec lesquels le souci d'indemnisation prime l'imputation. Par ailleurs, il a de longue date été jugé que la faute n'est pas une condition de la responsabilité en matière de troubles excédant les inconvénients normaux de voisinage (3^e Civ., 16 novembre 1977, pourvoi n° 76-11.874, *Bull.* 1977, III, n° 395; 3^e Civ., 30 juin 1998, pourvoi n° 96-13.039, *Bull.* 1998, III, n° 144) : l'obligation de réparer y découlant

du seul dommage, dès lors tout au moins qu'il dépasse un certain seuil, la responsabilité objective pour ces troubles est détachée tant de l'abus de droit que du droit commun de la responsabilité. En partie contrariée depuis lors par l'article L. 112-16 du code de la construction et de l'habitation (sur la constitutionnalité duquel voir 3^e Civ., 27 janvier 2011, pourvoi n° 10-40.056, *Bull.* 2011, III, n° 17 et Cons. const., 8 avril 2011, décision n° 2011-116 QPC) issu de la loi n° 80-502 du 4 juillet 1980, la jurisprudence qui considérait que l'antériorité de l'existence de la source des troubles par rapport à l'installation du plaignant « ne créait aucune servitude au détriment [du fonds] de ce dernier (2^e Civ., 29 juin 1977, pourvoi n° 76-10.853, *Bull.* 1977, II, n° 168) trouvait une solide assise dans la théorie des risques.

Quoique la responsabilité de droit commun n'en soit nullement exclue – s'agissant par exemple des mandataires et administrateurs judiciaires –, les procédures collectives (chapitre 3) occupent une place à part. Une importante évolution a résulté, notamment, de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005. Le législateur est tout d'abord venu réduire au bénéfice du fournisseur de « concours » l'imputation de la charge des risques réalisés par la cessation des paiements de l'entreprise, ce en posant avec l'article L. 650-1 du code de commerce ce qui ressemble à s'y méprendre à un principe de non-responsabilité. Cette même loi de 2005 a par ailleurs supprimé la « procédure collective-sanction » qui était automatiquement ouverte en vertu de l'ancien article L. 624-1 du code de commerce à l'encontre des associés tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales, ainsi que celle que prévoyait le défunt article L. 624-5 permettant d'ouvrir contre le dirigeant coupable de l'une des fautes qu'il visait une procédure collective dont le passif comprenait, outre le passif personnel, celui de la personne morale. Enfin, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne s'applique plus qu'à la liquidation judiciaire (article L. 651-2 du code de commerce). La chambre commerciale a accompagné la mise en œuvre de ces réformes.

Elle aussi en marge du droit commun avec l'application des dispositions des articles L. 1233-2 et L. 1233-3 du code du travail, l'imputation de la charge du risque de perte d'emploi lié à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques (chapitre 4) s'invite dans des développements distincts.

Enfin, les règles gouvernant en droit maritime les avaries communes présentent un mécanisme singulier (chapitre 5) empruntant aux deux grandes techniques d'attribution de la charge des risques. La réalisation du risque donne en effet lieu à une répartition des dépenses exposées pour le salut commun du navire et des marchandises, le plus souvent contractuelle.

Chapitre 1. Responsabilité contractuelle

Section 1. Phase précontractuelle : la recherche d'une meilleure maîtrise du risque économique au travers de l'obligation d'information (illustration tirée de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 dite loi Doubin)

La création d'une société, comme le choix de changer son mode d'exploitation, comporte un risque d'ordre économique. La doctrine s'accorde pour considérer que ce type de risque, lorsqu'il touche à la stratégie précise de l'entreprise, est le corollaire de la liberté

d'entreprendre, le commerçant étant par nature indépendant. Il s'en déduit que ce dernier assume traditionnellement la charge du risque dont il a pris l'initiative.

Au fil des réformes, le développement des obligations d'information a toutefois modifié les comportements en présence. Si le risque créé est en principe assumé par le commerçant, il est plus fréquemment précédé, en amont du choix qui le fera naître, de mécanismes protecteurs, destinés à concourir à sa maîtrise.

L'obligation d'information précontractuelle, formalisée par la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989, dite loi Doubin (codifiée à l'article L. 330-3 du code de commerce), permet d'illustrer cette évolution et les questions soulevées par son application, notamment dans le cadre des contrats de franchise qui représentent une part importante du contentieux généré par l'application de cette loi.

Sous-section 1. L'information précontractuelle au service d'une meilleure maîtrise du risque assumé

A. Le contenu global de l'information précontractuelle incombant au franchiseur

L'article L. 330-3 du code de commerce impose à toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, de fournir à l'autre partie, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans leur intérêt commun, un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause. Ce document, dont le contenu a été fixé par l'article 1 du décret n° 91-337 du 4 avril 1991 (devenu R. 330-1 du code de commerce), précise notamment l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.

Le contrat de franchise est principalement, mais non exclusivement, concerné par ce texte. Le législateur a souhaité, au travers d'une certaine transparence, renforcer la protection du franchisé lors de la conclusion du contrat. La franchise, qui est un contrat d'adhésion, est en effet définie⁵⁸ comme une convention par laquelle deux personnes juridiquement indépendantes s'engagent à collaborer, l'une (le franchiseur) mettant à la disposition de l'autre (le franchisé) ses signes distinctifs et un savoir-faire original, éprouvé et constamment perfectionné, moyennant une rémunération et l'engagement du franchisé de les utiliser selon une technique commerciale uniforme, avec l'assistance du franchiseur et sous son contrôle. Ce sont les risques présentés par le type d'exploitation envisagée qui ont conduit à imposer au franchiseur une obligation d'information précontractuelle dans un rapport qualifié par certains auteurs de « dépendance économique ».

58. D. Legeais, « franchise », in *J.-Cl. Commercial*, Fasc. 316.

Les informations transmises par le franchiseur au stade précontractuel doivent donc être complètes, en particulier sur la composition de la clientèle potentielle, dont dépendent les chances de réussite de l'implantation et de développement de l'entreprise du franchisé, afin que celui-ci puisse apprécier la rentabilité de l'entreprise, et déterminer les moyens à mettre en œuvre pour en assurer le développement (Com., 16 mai 2000, pourvoi n° 97-16.386). Un auteur⁵⁹ a pour sa part observé que si l'information sincère qui doit être donnée au candidat à la franchise ne saurait être générale et floue, devant atteindre un degré de précision suffisant pour permettre au franchisé de s'engager en connaissance de cause, elle n'implique pas pour autant que tout effort soit épargné au franchisé, ce dernier ayant lui-même l'obligation de se renseigner.

B. L'étendue des informations à transmettre : les éléments d'une appréciation plus fine des risques

Les premières questions issues de l'application de la loi Doubin précitée ont concerné la détermination des contraintes exactes pesant sur le franchiseur aux termes des articles L. 330-3 et R. 330-1 du code de commerce. Deux d'entre elles concernent plus particulièrement la question du risque.

* La première a été de savoir si le franchiseur était tenu de fournir de véritables études de marché et des comptes prévisionnels pour permettre un engagement en toute connaissance de cause. Le décret exige en effet une « présentation de l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché ». Fallait-il donc imposer une « étude » du marché ou se satisfaire d'un simple « état » du marché (la première étant analytique, lorsque le second n'est que descriptif)? La chambre commerciale de la Cour de cassation a répondu à cette première interrogation en jugeant que le franchiseur n'était tenu de fournir qu'un état du marché (Com., 11 février 2003, pourvoi n° 01-03.932⁶⁰). La cour d'appel avait ici retenu, à juste titre, que la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 ne met pas à la charge du franchiseur une étude du marché local et qu'il appartient sans aucun doute au franchisé, afin de disposer d'un plus grand nombre d'éléments lui permettant d'apprécier les chances de succès de l'entreprise commerciale dans laquelle il s'engage en commerçant indépendant, de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise⁶¹.

Ces études, qui procèdent d'une véritable analyse des risques, demeurent donc, en principe, à la charge du candidat à la franchise. Nul ne doute pourtant que ces éléments d'information concourent à une bonne appréciation du risque et participent à un engagement en connaissance de cause. Force est de constater cependant qu'en l'état de la législation il n'est pas imposé au franchiseur de fournir de tels éléments d'information. Il semble d'ailleurs

59. F.-L. Simon, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly éditions-Lextenso éditions, 2009, p. 76 et suivantes.

60. *Petites affiches*, 17 septembre 2003, n° 186, p. 3, note V. Perruchot-Triboulet et *Cah. dr. entr.* 2003/5, p. 41, note D. Mainguy.

61. Pour une autre illustration plus récente, Com., 19 janvier 2010, pourvoi n° 09-10.980, *Bull.* 2010, IV, n° 15.

que l'obligation de remettre au franchisé les documents qui permettent d'établir un résultat prévisionnel, et notamment les études de marché, ait été supprimée dans le texte définitif du décret. Le législateur, après avoir envisagé cette hypothèse, aurait donc renoncé à inclure l'étude de marché dans le document visé par l'article L. 330-3 du code de commerce, comme l'a relevé la doctrine⁶².

En pratique, on observe toutefois que le franchiseur contribue, à des degrés divers, à leur élaboration. Selon une étude relativement récente⁶³, 95 % des réseaux aident ou assistent le franchisé dans l'élaboration de comptes prévisionnels, 46 % déclarent fournir les éléments nécessaires et 8 % déclarent se charger complètement de leur élaboration.

On observe que la jurisprudence de la chambre commerciale, avant la promulgation de la loi Doubin, avait, dans un premier temps, imposé à des concessionnaires, en tant que professionnels, l'obligation de vérifier le sérieux des documents prévisionnels qui leur étaient fournis⁶⁴. La jurisprudence a ultérieurement admis que la responsabilité du franchiseur pouvait être engagée lorsque l'information donnée, même non obligatoire, ne présentait pas la sincérité requise⁶⁵.

Donner au cocontractant les moyens d'appréhender les risques inhérents à sa nouvelle aventure commerciale ne peut toutefois conduire à l'anéantissement de tout risque. C'est ainsi que la chambre commerciale a jugé qu'une cour d'appel avait décidé à bon droit que le franchiseur n'était pas tenu d'une obligation de résultat dans l'établissement des prévisions d'activité de sa franchisee (Com., 19 mai 1992, pourvoi n° 90-16.872, ou encore Com., 11 janvier 2000, pourvoi n° 97-16.419) et qu'elle avait pu retenir, après avoir relevé que l'annonce particulièrement optimiste du futur chiffre d'affaires avait été formulée après un examen sérieux, que le franchiseur n'avait pas commis de faute. De la même manière, la chambre commerciale a rejeté le pourvoi formé contre une décision de cour d'appel ayant jugé que le franchisé, « qui avait vingt-deux ans d'expérience sous l'enseigne [du franchiseur] et avait une connaissance suffisante du marché pour apprécier la validité des comptes prévisionnels qui lui étaient soumis », ne rapportait pas la preuve que le franchiseur, qui « ne garantissait pas juridiquement la réalisation de ces prévisions et que son obligation d'assistance du franchisé pour l'étude du marché local et de ses potentialités, [n']obligeait pas à se substituer au franchisé qui demeure un commerçant indépendant et responsable », avait, par des manœuvres dolosives, déterminé le franchisé à conclure le contrat litigieux (Com., 10 janvier 1995, pourvoi n° 92-17.892).

La doctrine approuve la simple obligation de moyens mise à la charge du franchiseur en matière de comptes prévisionnels, eu égard à leur caractère nécessairement aléatoire. Les comptes doivent être sérieux, mais peuvent ne pas s'avérer exacts. Le franchiseur ne peut

62. J.-P. Clément, « La nouvelle donne juridique du contrat de franchise », *in Gaz. Pal.* 1991, 1, Doctr., p. 287.

63. F.-L. Simon, « Droit de la franchise », *in Petites affiches*, n° spécial, 15 novembre 2007, n° 43, p. 19.

64. Com., 25 février 1986, pourvoi n° 84-13.432, *Bull.* 1986, IV, n° 33 ; Com., 10 février 1987, pourvoi n° 85-18.186, *Bull.* 1987, IV, n° 41.

65. Com., 11 février 2003, précité.

en effet s'immiscer dans la gestion du fonds, ni exiger du franchisé, qui est un commerçant indépendant, qu'il obéisse à ses suggestions. Comme le relève l'essentiel de la doctrine⁶⁶, les risques du commerce demeurent à la charge du franchisé puisqu'ils sont fonction de son implication, de son travail, de ses compétences professionnelles et de son intelligence commerciale, plus encore que de la réputation de l'enseigne mise à sa disposition.

* Si un cocontractant, loyalement informé, doit assumer les risques de sa nouvelle entreprise, la question s'est par ailleurs posée de savoir où se trouvaient les frontières légitimes de la sincérité, et quelles étaient ces limites que ne doivent pas franchir ceux qui exigent d'autrui un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité.

La sincérité suppose l'exactitude de ce qui est révélé par rapport à la réalité connue du franchiseur et qu'il doit connaître eu égard à sa qualité. Dans le *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*⁶⁷, le devoir de sincérité est présenté comme un aspect de l'obligation de loyauté incombant aux parties dans la période précontractuelle. Il peut être relevé d'emblée que la sincérité peut, dans certains cas, présenter une dimension temporelle. La chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle, aux termes d'une jurisprudence constante, que le franchiseur qui donne une information qui n'est pas exigée par l'article R. 330-1 du code de commerce doit satisfaire à l'obligation de sincérité prévue à l'article L. 330-3 du code de commerce, conférant à cette exigence une portée générale (Com., 11 février 2003, pourvoi n° 01-03.932⁶⁸). Il est tout aussi constant, comme cela vient d'être rappelé, que des résultats prévisionnels sérieux peuvent ne pas s'avérer exacts au terme de plusieurs mois d'exploitation.

Il est donc parfois délicat de déterminer dans quelle mesure le franchiseur a manqué à son obligation de sincérité lorsque l'information fournie se révèle inexacte, notamment lorsque le risque d'échec se réalise, alors que les résultats prévisionnels étaient bien différents.

L'examen des arrêts rendus en la matière révèle que les juridictions fondent leur analyse de la sincérité des comptes, en premier lieu, sur la comparaison des résultats obtenus avec ceux promis, le caractère grossièrement erroné s'établissant dans la majorité des cas par des écarts de l'ordre de 40 à 50 %⁶⁹, en second lieu, sur d'autres critères tel le caractère

66. J.-M. Leloup, « Chroniques de droit de la distribution. L'obligation d'information précontractuelle et le contrat de franchise », in *RJ comm.* 2006, p. 312 et suivantes ; O. Gast et P. Peirani, « Comptes d'exploitation prévisionnels et franchise : vers un débat d'experts ? », in *Petites affiches*, 31 mai 1999, n° 107, p. 6.

67. *Vocabulaire juridique*, sous la direction du doyen Gérard Cornu, PUF, Quadriga, 9^e éd., 2011.

68. Dans l'arrêt attaqué (pourvoi n° 01-03.932 précité), la cour d'appel avait relevé que « le document précontractuel ne [renseignait] pas sur la zone de chalandise, que ce renseignement [était] essentiel au candidat franchisé pour appréhender la concurrence, que la liste des concurrents [n'était] pas complète, qu'elle [avait] été élaborée hâtivement [...], ce qui ne [permettait] pas d'appréhender la situation exacte de la concurrence, que cette présentation ne [donnait] pas des informations sincères pour retenir que le franchiseur n'[avait] pas présenté avec soin la situation locale et que les omissions commises [avaient] donné au candidat franchisé une image inexacte de l'environnement, qui [avait] été déterminante dans le consentement erroné qu'il [avait] donné ». Pour une autre illustration récente, Com., 19 janvier 2010, pourvoi n° 09-10.980, *Bull.* 2010, IV, n° 15.

69. Pour illustration, Com., 24 février 1998, pourvoi n° 95-20.438, pour des prévisionnels supérieurs de près de 40 % à ceux pouvant être effectivement réalisés.

raisonnable des comptes, établi notamment par la production des comptes de franchisés installés dans des zones de chalandise comparables ou de concurrents situés dans le même secteur⁷⁰, ou à l'inverse exclu en cas de totale contradiction avec les éléments développés par le document d'information⁷¹.

L'information précontractuelle a été conçue comme un instrument devant permettre au candidat à la franchise une meilleure maîtrise des risques liés à la nature de son engagement. Le contentieux généré par l'application de l'article L. 330-3 du code de commerce révèle que ce texte est parfois invoqué pour modifier la charge du risque qui devait être assumée.

Sous-section 2. L'incidence de la qualité de l'information précontractuelle sur la charge effective du risque réalisé

Lorsque la qualité des informations transmises est contestée par le bénéficiaire, la question est de savoir si la charge finale du risque qui s'est réalisé, et dont la probabilité a été sous-estimée ou dissimulée, doit en être modifiée.

A. Tout risque réalisé n'aboutit pas à faire peser la charge finale des risques d'exploitation sur le franchiseur défaillant

Le franchisé, déçu des résultats atteints ou malheureux de son échec, se dit parfois victime d'une erreur d'appréciation (spontanée ou provoquée) à la suite de l'information qui lui a été transmise par le franchiseur.

Si la méconnaissance de l'article L. 330-3 du code de commerce peut entraîner la nullité du contrat, cette nullité n'est cependant pas automatique, le manquement en cause devant avoir eu pour effet de vicier le consentement du cocontractant créancier de l'obligation d'information. Cette solution est constante depuis l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 2 décembre 1997 (pourvoi n° 95-21.563)⁷². La chambre commerciale rappelle, de manière constante, qu'il incombe aux juges du fond de rechercher, pour procéder à l'annulation du contrat, si le manquement du franchiseur a déterminé le consentement des franchisés. Elle a ainsi validé la position de rejet prise par une cour d'appel qui avait notamment constaté que le franchiseur avait fourni des éléments d'appréciation permettant au franchisé, seul juge de l'opportunité de son investissement, de calculer ses risques, l'arrêt attaqué ayant de la sorte fait ressortir l'absence de tout vice de consentement en relation avec la méconnaissance des dispositions de l'article L. 330-3 du code de commerce (Com., 14 janvier 2003, pourvoi n° 01-11.010).

Dans le même sens, dans un domaine proche, il a été admis que le défaut de délivrance d'« informations importantes » relatives à la rentabilité de l'exploitation ne justifiait pas l'annulation du contrat dès lors que le distributeur (en l'occurrence locataire-gérant d'une

70. À titre d'exemple, Com., 5 décembre 2000, pourvoi n° 98-16.524.

71. Pour illustration, Com., 6 mai 2003, pourvoi n° 01-00.515.

72. D. Ferrier, « Le non-respect de l'obligation précontractuelle d'information du franchiseur n'est pas, en soi, constitutif d'un dol », *in D.* 1998, p. 334.

station-service appartenant au titulaire de la marque) avait exploité pendant six années des stations-service et avait donc eu tout le loisir de se rendre compte de leur rentabilité (Com., 7 juillet 2004, pourvoi n° 02-15.950, *Bull.* 2004, IV, n° 150⁷³).

La nullité du contrat, qu'elle résulte d'une carence portant sur les informations obligatoires de l'article R. 330-1 du code de commerce ou sur celles qui ont été spontanément fournies par le franchiseur, se rattache toujours au droit commun des vices du consentement. Il n'existe pas de régime de nullité autonome (même si certains auteurs l'appelaient de leurs vœux, ayant souhaité qu'une présomption de vice du consentement soit reconvenue en cas de manquement à l'article L. 330-3 précité⁷⁴). Il importe donc de caractériser le vice du consentement allégué dans tous ses éléments. Il a ainsi été jugé que le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci (Com., 28 juin 2005, pourvoi n° 03-16.794, *Bull.* 2005, IV, n° 140). Dans la lignée de cette jurisprudence, l'arrêt d'une cour d'appel a été censuré pour avoir prononcé la nullité d'un contrat de franchise aux motifs que le candidat à la franchise n'avait pas été mis en mesure de s'engager en connaissance de cause faute pour le franchiseur d'avoir attiré spécialement son attention sur une charge importante (ici le coût de construction d'une maison témoin dans le cadre d'un contrat de franchise relatif à la commercialisation d'un concept de maison « en prêt à finir »), ce qui faussait les prévisionnels fournis, trompeurs sur les capacités financières à prévoir en début d'exploitation. La censure est prononcée au visa des articles 1116 du code civil et L. 330-3 du code de commerce, le caractère déterminant de la réticence dolosive n'ayant pas été recherché (Com., 15 mars 2011, pourvoi n° 10-11.871).

La chambre commerciale a également rappelé que des prévisions exagérément optimistes ne permettent pas d'annuler le contrat sur le fondement du dol s'il n'est pas démontré leur caractère mensonger (Com., 8 juillet 2003, pourvoi n° 02-11.691).

B. La preuve d'une faute ou d'un vice du consentement peut faire peser sur le franchiseur la charge finale du risque réalisé, en tout ou partie

L'intégration d'une entreprise dans un réseau peut présenter des risques selon l'ancienneté du réseau, la nature du savoir-faire en cause ou encore les spécificités de l'implantation choisie.

L'échec d'un tel projet, constitutif d'un risque réalisé, peut au final être, en tout ou partie selon les situations, mis à la charge du franchiseur si le contrat est annulé (au travers des diverses restitutions découlant de cette situation et de l'indemnisation des préjudices résultant des manquements du franchiseur).

La rentabilité potentielle de l'activité commerciale exploitée sous contrat de franchise est une finalité qualifiée de substantielle en matière de franchise, le franchisé ayant entendu

73. Sommaires de jurisprudence, *in JCP* n° 39, 22 septembre 2004, IV, 2941.

74. D. Mainguy et J.-L. Respaud, *in C.C.C* mars 2003, chron. p. 5.

réitérer le succès éprouvé du franchiseur, son savoir-faire. C'est ainsi que la chambre commerciale, dans un arrêt récent⁷⁵, a censuré une cour d'appel qui avait notamment retenu, pour rejeter la demande d'annulation fondée sur l'erreur commise par le franchisé lors de la conclusion du contrat, que ce dernier se devait d'apprécier la valeur et la faisabilité des promesses de rentabilité qui lui avaient été faites, dans la mesure où celles-ci ne pouvaient comporter de la part du promettant aucune obligation de résultat, et que le seul écart entre les prévisions de chiffres d'affaires indiquées par le franchiseur et les résultats concrets nés de l'exploitation poursuivie par le franchisé ne démontrait pas, à lui seul, le défaut de sincérité ou de crédibilité des documents fournis par le franchiseur, celui-ci n'ayant pas à garantir la réalisation de quelconques prévisions comptables. L'arrêt de cassation intervenu se fonde, au visa de l'article 1110 du code civil, sur un manque de base légale, la cour d'appel, qui a constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions (ici 30 % des résultats annoncés avaient été atteints) et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire (en l'occurrence après quatorze mois d'exploitation), n'ayant pas recherché si ces circonstances ne révélaient pas que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise.

Un arrêt de cour d'appel ayant rejeté les demandes indemnitaires présentées par le liquidateur d'une société franchisée, motifs pris de l'absence de vice du consentement, a également été censuré au titre d'un manque de base légale, la cour d'appel ayant relevé que le franchiseur avait manqué à son obligation d'information à l'occasion du renouvellement des accords de franchisage sans constater que le dommage, dont le franchisé, qui ne poursuivait pas l'annulation de ces contrats, réclamait réparation à raison de ce manquement, n'était dû qu'à sa propre faute (Com., 9 octobre 2007, pourvoi n° 05-14.118).

La chambre commerciale a également rappelé le pouvoir souverain reconnu aux juges du fond pour évaluer le préjudice résultant du manquement du franchiseur. Une cour d'appel a ainsi souverainement estimé que le préjudice résultant de la faute du franchiseur, qui n'avait pas fourni les informations prescrites par les dispositions de l'article L. 330-3 du code de commerce, correspondait à la perte de résultat des quatre premiers mois d'exercice (Com., 25 septembre 2007, pourvoi n° 05-20.922).

La charge effective de tout ou partie du risque réalisé, pour être différente de la charge théoriquement assumée par le franchisé, implique donc une démonstration spécifique, relevant du droit commun, garantissant la sécurité juridique comme la bonne foi des parties dans l'exécution de leurs engagements respectifs.

Section 2. Droit civil : le risque dans la responsabilité des notaires et des avocats

La responsabilité des professionnels du droit est de plus en plus fréquemment recherchée. Si le notaire agissant en sa qualité d'officier ministériel en répond sur le terrain délicat, sa responsabilité demeure contractuelle lorsqu'il est intervenu comme mandataire ou

75. Com., 4 octobre 2011, pourvoi n° 10-20.956.

locateur d'ouvrage. Quant à celle de l'avocat, également évoquée dans cette étude, elle reste bien sûr contractuelle dans les rapports du praticien avec son client.

Sous-section 1. Le risque lié aux incidences proprement juridiques et fiscales de l'acte instrumenté

L'avocat ou le notaire, en tant que rédacteur d'acte, lors même qu'il n'en a pas été le négociateur, est tenu de prendre toutes dispositions utiles pour en assurer l'efficacité (1^{re} Civ., 21 février 1995, pourvoi n° 93-10.058, *Bull.* 1995, I, n° 95). Ce principe d'efficacité recouvre non seulement la validité de l'acte, mais également sa capacité à produire les effets recherchés par les parties. Un acte parfaitement valable, mais inadapté dans ses effets aux besoins et attentes du client, peut engager la responsabilité de son rédacteur.

L'efficacité qui est attendue du praticien implique donc nécessairement une démarche dynamique et active de sa part. Le professionnel ne peut pas se borner à diligenter les actes et voies de droit attendus de lui, après avoir délivré des conseils purement théoriques et « statiques ». L'avocat ou « le notaire, rédacteur d'acte, est tenu d'informer et d'éclairer les parties, de manière complète et circonstanciée, sur la portée et les effets, notamment quant aux incidences fiscales, de l'acte auquel il prête son concours » (1^{re} Civ., 15 février 2005, pourvoi n° 03-10.835).

Il doit, à cette fin, effectuer toutes les démarches et formalités nécessaires à l'opération à laquelle il prête son concours et procéder aux recherches et vérifications qui s'imposent. Pèse ainsi sur le professionnel un devoir de s'informer pour pouvoir informer (2^e Civ., 19 octobre 1994, pourvoi n° 92-21.543, *Bull.* 1994, II, n° 200). Ces investigations pourront en effet révéler un obstacle juridique, voire une simple menace d'empêchement, à la réalisation de l'opération voulue par les parties. Le praticien est alors tenu de signaler aux parties les difficultés et risques que ses recherches ont mis en évidence afin que les intéressés puissent, en connaissance de cause, soit renoncer à l'opération, soit l'adapter, soit encore la maintenir malgré tout dans sa configuration première mais en acceptant les risques que cela comporte, risques qui sont alors volontairement assumés par le client, qu'il s'agisse d'une incertitude quant à la titularité d'un droit cédé, de l'existence d'une inscription hypothécaire grevant l'immeuble proposé à la vente et exposant l'acquéreur au droit de suite des créanciers du vendeur, de l'insuffisance des garanties offertes par le débiteur, de la menace de dépréciation d'une sûreté, ou de tout autre obstacle au succès du projet.

Les risques que comportent les actes de la vie civile sont la raison d'être d'un véritable devoir de mise en garde qui pèse sur le conseil des parties. Mettre en garde, c'est appeler l'attention du client sur les risques engendrés par les engagements sur le point d'être pris (1^{re} Civ., 7 novembre 2000, pourvoi n° 96-21.732, *Bull.* 2000, I, n° 282), sur le poids financier de la mesure projetée (1^{re} Civ., 13 mars 1996, pourvoi n° 93-20.578, *Bull.* 1996, I, n° 132, au sujet d'un licenciement), sur ses incidences fiscales (1^{re} Civ., 18 décembre 2001, pourvoi n° 98-20.246, *Bull.* 2001, I, n° 321) ou sur les obstacles administratifs auxquels se heurte l'opération (tenant, par exemple, au caractère inconstructible d'un immeuble : 1^{re} Civ., 25 mai 2005, pourvoi n° 03-18.261, *Bull.* 2005, I, n° 226). Cette obligation de mise en garde existe, d'ailleurs, en dehors de la rédaction d'acte, lorsque les risques se révèlent à l'occasion de l'exécution d'un mandat confié au professionnel du droit. Ainsi, « le notaire

mandaté pour procéder à la mainlevée d'une garantie hypothécaire a l'obligation d'informer son mandant de tout événement susceptible de remettre en cause le paiement de la créance garantie et l'avertir des risques inhérents à cette mainlevée en présence d'une ordonnance exécutoire sur minute l'autorisant à se dessaisir au profit du débiteur, du prix de cession du bien grevé » (1^{re} Civ., 21 mars 2006, pourvoi n° 04-12.810).

Fort logiquement, la réalisation des risques courus n'engage pas la responsabilité du praticien lorsque celui-ci, quoique vainement, a pleinement exécuté son devoir de conseil. L'échec de l'opération est alors assumé par le client qui n'a pas tenu compte des mises en garde qui lui ont été faites (à titre d'illustration en matière de conseil fiscal : 1^{re} Civ., 17 mars 2011, pourvoi n° 10-11.463).

A. Transfert des risques par le jeu de la responsabilité civile professionnelle

À l'inverse, lorsque les parties ont été tenues dans l'ignorance des risques courus, risques qui en définitive se sont réalisés et que, corrélativement, l'opération instrumentée ou la voie de droit diligentée aboutit à un échec, total ou partiel, préjudiciable au client, le professionnel engage sa responsabilité. Les risques ainsi réalisés sont alors transférés du client au professionnel du droit qui ne s'est pas correctement acquitté de sa tâche. Cependant, le transfert du risque qui s'opère ainsi par le jeu de la responsabilité civile professionnelle rencontre un certain nombre de limites. En effet, ce transfert est le plus souvent partiel, et s'opère, dans certaines hypothèses particulières, de manière provisoire ou subsidiaire.

Un transfert généralement partiel

Le plus souvent, cette responsabilité est encourue sur le fondement de la perte de chance de parvenir au but attendu ou d'échapper aux incidences défavorables de l'acte. En effet, le préjudice subi par le client en cas de manquement au devoir de conseil est généralement soumis à un certain aléa puisque la faute du professionnel a simplement privé le client, qui conserve son libre arbitre, de la possibilité de faire un choix éclairé, soit en renonçant purement et simplement à l'opération envisagée, le cas échéant, au profit d'un montage juridique plus intéressant, soit en maintenant, en connaissance de cause, son projet aux conditions initialement prévues. Cela se vérifie tout particulièrement en matière fiscale : le paiement d'un impôt légalement dû ne constitue pas, en lui-même, un préjudice indemnisable, et le contribuable mal conseillé ne pourra obtenir réparation que s'il établit que, dûment informé, il aurait pu échapper à l'impôt en adoptant un montage alternatif plus avantageux fiscalement ou en renonçant purement et simplement à conclure (1^{re} Civ., 10 juillet 2001, pourvoi n° 99-12.898 et 1^{re} Civ., 15 mars 2005, pourvoi n° 03-19.989).

Plus rarement, le manquement au devoir de conseil peut occasionner un préjudice pleinement consommé, faute d'aléa dans le processus dommageable. Il en est notamment ainsi lorsque le professionnel du droit a manqué à son devoir non par abstention ou omission de sa part, mais en prodiguant activement des conseils nocifs auxquels son client s'est rangé (1^{re} Civ., 9 juillet 2009, pourvois n° 08-18.110 et n° 08-16.917, au sujet d'un avocat ayant conseillé à son client de ne pas déférer aux mises en demeure de l'administration fiscale).

Il en est de même lorsqu'il est certain que le client aurait renoncé à l'acte ou à l'opération dont il est résulté un dommage.

Quoi qu'il en soit, en raison de l'aléa qui affecte habituellement le processus dommageable en cas de manquement au devoir de conseil, la réparation s'opérera généralement sur le terrain d'une simple perte de chance, à la mesure précisément de cette chance perdue, sans pouvoir être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée (1^{re} Civ., 16 juillet 1998, pourvoi n° 96-15.380, *Bull.* 1998, I, n° 260; 1^{re} Civ., 6 février 2001, pourvoi n° 99-11.112, *Bull.* 2001, I, n° 26; 1^{re} Civ., 9 avril 2002, pourvoi n° 00-13.314, *Bull.* 2002, I, n° 116; 1^{re} Civ., 27 juin 2006, pourvoi n° 04-14.936). Si l'appréciation des probabilités inhérentes à toute perte de chance et l'évaluation monétaire du dommage qui en résulte relèvent du pouvoir souverain du juge du fond (1^{re} Civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 03-15.740, *Bull.* 2005, I, n° 54), la règle de la décote est impérative sous peine de cassation, au nom du principe de la réparation intégrale.

En définitive, si la responsabilité civile professionnelle permet un transfert, du client au professionnel, des risques générés par l'opération juridique que le praticien a omis de signaler et qui se sont réalisés, ce transfert est donc le plus souvent partiel, puisque la théorie de la perte de chance aboutit obligatoirement à une indemnisation réduite, car inférieure à celle qui serait venue compenser un dommage intégralement consommé en l'absence d'aléa.

Un transfert occasionnellement provisoire ou subsidiaire

Lorsque le risque qui pèse sur le recouvrement d'une créance se réalise du fait du dépérissement d'une sûreté privée d'efficacité par la faute du praticien, celui-ci engage naturellement sa responsabilité, mais, condamné à réparation, il est subrogé dans les droits du créancier indemnisé contre celui dont la dette a ainsi été éteinte (1^{re} Civ., 8 juillet 1994, pourvoi n° 90-14.591, *Bull.* 1994, I, n° 243; 1^{re} Civ., 15 juin 2004, pourvoi n° 01-17.456; 1^{re} Civ., 29 juin 2004, pourvoi n° 02-14.618), de manière à éviter tout enrichissement sans cause du débiteur.

En cas d'annulation ou de résolution de l'acte établi avec le concours du professionnel du droit, les restitutions réciproques consécutives à l'annulation ou la résolution d'un contrat qui, en jurisprudence ne constituent pas en elles-mêmes un préjudice indemnisable que le rédacteur d'actes peut être tenu de réparer, ne sont garanties par le professionnel du droit en faute que si elles s'avèrent impossibles à obtenir, notamment en raison de l'insolvabilité, établie, du contractant qui en est débiteur (1^{re} Civ., 25 novembre 1997, pourvoi n° 96-10.207, *Bull.* 1997, I, n° 330; 1^{re} Civ., 1^{er} juin 1999, pourvoi n° 97-14.063, *Bull.* 1999, I, n° 184; 3^e Civ., 31 janvier 2001, pourvoi n° 98-19.722; 3^e Civ., 3 octobre 2001, pourvois n° 99-19.296 et n° 99-19.741; 1^{re} Civ., 4 janvier 2005, pourvoi n° 02-19.448; 1^{re} Civ., 18 janvier 2005, pourvoi n° 03-12.713; 1^{re} Civ., 27 février 2007, pourvoi n° 05-21.677, *Bull.* 2007, I, n° 83; 1^{re} Civ., 3 juillet 2008, pourvoi n° 06-21.871 et 1^{re} Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-14.417).

Dans ces deux hypothèses assez différentes, la responsabilité civile professionnelle opère donc comme une garantie provisoire ou subsidiaire des risques qui se sont réalisés, provisoire ou subsidiaire car à la mesure, le plus souvent, de l'insolvabilité du débiteur principalement tenu.

B. Exceptions par le jeu de certaines exonérations

Des limitations plus franches à la responsabilité civile professionnelle ont été introduites en jurisprudence, lorsque le devoir de conseil a été paralysé ou entravé, circonstance propre à exonérer le professionnel du droit, totalement ou partiellement selon le cas.

– Ainsi, les risques générés par l’opération sont assumés par le client lorsque celui-ci a poursuivi un objectif particulier extérieur à l’acte (mobile) sans en informer le professionnel, objectif qui, en définitive, n’a pu être obtenu.

L’obligation d’éclairer les parties s’apprécie logiquement au regard du but qu’elles poursuivent (1^{re} Civ., 12 juin 1990, pourvoi n° 88-15.020, *Bull.* 1990, I, n° 160), mais à la condition que le praticien en ait été informé lorsqu’il s’agit de mobiles qui ne ressortissent pas à l’acte instrumenté, soit d’objectifs particuliers ou d’exigences spéciales. Il en est tout spécialement ainsi en matière fiscale. Le professionnel est, en principe, tenu d’éclairer les parties sur les incidences fiscales de l’opération projetée. Cependant, lorsque les parties poursuivent un objectif fiscal particulier extérieur à l’acte, des conseils ne sont dus sur ce point que si le praticien en a été informé (sur le dispositif de la « loi Malraux » : 3^e Civ., 31 octobre 2000, pourvoi n° 98-19.320 ; 1^{re} Civ., 13 février 2001, pourvoi n° 98-15.092, *Bull.* 2001, I, n° 31 ; 1^{re} Civ., 27 janvier 2004, pourvois n° 00-10.074 et n° 00-10.701 ; 1^{re} Civ., 13 décembre 2005, pourvoi n° 03-11.443, *Bull.* 2005, I, n° 496 ; sur les incidences fiscales « ordinaires » d’une opération faisant suite à l’acte instrumenté, le rédacteur ignorant le second projet : 1^{re} Civ., 30 octobre 2008, pourvoi n° 07-17.187). Le professionnel du droit ne répond donc pas de l’échec de l’opération qui n’a pas atteint les objectifs particuliers qui étaient poursuivis à son insu et le risque en est alors assumé par les parties qui ont occulté leurs intentions véritables.

– Plus généralement, la faute de la victime peut donner lieu à un partage de responsabilité lorsqu’elle a concouru à la réalisation du dommage dont l’indemnisation est réclamée au praticien qui a lui-même manqué à ses obligations (1^{re} Civ., 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-19.321, *Bull.* 2005, I, n° 323), voire à une exonération totale en présence d’une fraude à laquelle le professionnel du droit est étranger. En effet, le juge peut alors décider d’écarter tout recours en garantie ou en responsabilité contre le praticien, en dépit de la faute professionnelle commise par celui-ci, de la part du coresponsable qui s’est rendu coupable d’un dol (1^{re} Civ., 17 décembre 1996, pourvoi n° 95-13.091, *Bull.* 1996, I, n° 458 ; 1^{re} Civ., 11 février 2010, pourvoi n° 08-18.087 ; 1^{re} Civ., 25 mars 2010, pourvoi n° 08-13.060). Dans le cas de la fraude, une option s’offre donc au juge du fond, souverain en la matière : un partage de responsabilité dans des proportions qu’il arbitre, par application de la théorie causale de l’équivalence des conditions, ou une exonération totale du professionnel, concession à la théorie de la causalité adéquate qui vient ainsi sanctionner le client, condamné à assumer les risques de l’opération frauduleuse.

Sous-section 2. Le risque dans l’environnement factuel de l’acte

Le professionnel du droit n’a pas à s’assurer de l’opportunité purement économique ou financière de l’opération projetée (1^{re} Civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 05-20.437 : efficacité d’une cession au regard de l’évaluation, à dire d’expert, de la société cédée, qui a été

retenue par les parties), question laissée à l'appréciation du client qui en assume les risques. Toutefois, une vigilance accrue sera attendue de lui lorsque l'opération à laquelle il prête son concours est particulièrement risquée ou déséquilibrée (1^{re} Civ., 14 novembre 2001, pourvoi n° 98-21.531, *Bull.* 2001, I, n° 278; 1^{re} Civ., 19 décembre 2006, pourvoi n° 04-14.487, *Bull.* 2006, I, n° 556) ou lorsque, jusqu'au moindre détail, il s'est trouvé étroitement associé à l'ensemble du montage de l'opération (1^{re} Civ., 13 décembre 2005, pourvoi n° 03-11.443, *Bull.* 2005, I, n° 496).

Par ailleurs, il n'est pas, en règle générale, tenu de vérifier l'exactitude des renseignements d'ordre factuel qui lui sont fournis par les parties pour les besoins de son intervention, principe bien plus complexe à mettre en œuvre en pratique. Pour mesurer l'étendue du devoir de vérification des déclarations des parties, une distinction s'impose entre ce qui est proprement juridique et ce qui relève plus de la situation factuelle, distinction souvent délicate. Ainsi le notaire doit vérifier la qualité de propriétaire du vendeur (1^{re} Civ., 12 février 2002, pourvoi n° 99-11.106, *Bull.* 2002, I, n° 54), mais, même sur ce point, à l'impossible nul n'est tenu (1^{re} Civ., 5 novembre 2009, pourvoi n° 08-19.321). Il doit, pareillement, vérifier l'état hypothécaire de l'immeuble et sa situation administrative (3^e Civ., 28 novembre 2007, pourvoi n° 06-17.758, *Bull.* 2007, III, n° 213), autant de contrôles d'ordre juridique, tout en étant protégé par la présomption de régularité des renseignements administratifs qui lui sont fournis.

Mais s'agissant de l'environnement factuel dans lequel s'inscrit l'acte instrumenté, les obligations du praticien sont bien plus réduites. Il est, tout d'abord, admis que le professionnel du droit n'est pas tenu d'informer les parties des données de fait qu'elles connaissent déjà (1^{re} Civ., 3 mars 1998, pourvoi n° 96-12.814 : qualité de professionnel et de marchand de biens du cocontractant connue de la partie ayant engagé une action en responsabilité notariale).

Ensuite, si l'avocat ou le notaire a l'obligation, dans ses activités de conseil et de rédaction d'actes, de veiller à réunir les justificatifs nécessaires à son intervention, il n'est en revanche pas tenu de vérifier les informations d'ordre factuel qui lui sont fournies par le client en l'absence d'éléments de nature à faire douter de la véracité des renseignements donnés (1^{re} Civ., 9 avril 2002, pourvoi n° 00-13.427; 1^{re} Civ., 7 décembre 2004, pourvoi n° 03-10.663; 1^{re} Civ., 30 octobre 2007, pourvoi n° 05-16.789; 1^{re} Civ., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-17.244, relativement à la capacité d'une partie bénéficiaire d'une procédure collective ou à sa situation financière; 1^{re} Civ., 25 mars 2009, pourvoi n° 07-20.774, *Bull.* 2009, I, n° 70, au sujet de la découverte tardive d'un héritier en présence d'éléments de nature, dès l'origine, à faire suspecter la fausseté des déclarations recueillies par le notaire chargé de la succession; 1^{re} Civ., 30 octobre 2007, pourvoi n° 05-20.060 et 1^{re} Civ., 28 mars 2008, pourvoi n° 06-18.695, en matière d'actes de notoriété). Si le professionnel doit recueillir les éléments relatifs à la solvabilité du débiteur ou de la caution et s'il doit veiller à mettre en œuvre les garanties et autres sûretés qui s'imposent pour prévenir le risque d'impayé, il n'a pas, sauf circonstances très particulières, à douter des renseignements et des justificatifs qui lui sont donnés par les parties pour justifier de leur situation économique, financière et professionnelle ou de la valeur du bien donné en garantie. Ainsi, le professionnel du droit ne doit signaler aux parties l'insuffisance des garanties offertes que s'il est en mesure de

la suspecter (1^{re} Civ., 26 novembre 1996, pourvoi n° 94-18.582, *Bull.* 1996, I, n° 419). La réserve est importante, car l'avocat ou le notaire est un juriste et non un économiste ou un financier... importante mais logique, puisque le professionnel du droit n'est, en principe, pas tenu de donner des conseils qui excèdent son domaine de compétence (3^e Civ., 19 octobre 2004, pourvoi n° 03-14.482).

Toutefois, dans certaines hypothèses qui recèlent des risques accrus, la vigilance du professionnel doit être renforcée. Ainsi, les renseignements fournis au praticien non directement par le client, mais par un mandataire qui le représente à l'occasion de la signature de l'acte, doivent, dans la mesure du possible, être vérifiés et contrôlés (1^{re} Civ., 8 janvier 2009, pourvoi n° 07-18.780, *Bull.* 2009, I, n° 1).

En définitive, les risques liés à l'économie générale de l'acte instrumenté ou générés par l'inexactitude des renseignements d'ordre factuel fournis au rédacteur d'actes sont donc, en principe, assumés par le client, sauf lorsqu'en présence de circonstances particulières le professionnel est tenu d'en contrôler la véracité parce qu'il dispose d'éléments objectifs de nature à éveiller ses soupçons, parce que l'opération projetée est particulièrement déséquilibrée et périlleuse, ou encore parce qu'il instrumente en présence d'un mandataire qui fait écran le jour de la signature de l'acte.

Par une synthèse de ces différentes solutions prétoriennes, il a été jugé qu'un notaire n'avait pas à se substituer aux banques pour vérifier la solvabilité d'acquéreurs de biens immobiliers et mesurer les risques générés par des opérations spéculatives dès lors que l'officier public, étranger à la négociation des différents prêts, pouvait légitimement ignorer que les emprunteurs avaient dissimulé aux banques l'existence de nombreuses autres acquisitions financées par des prêts et ne disposait d'aucun moyen pour contrôler la viabilité financière du montage projeté (1^{re} Civ., 28 juin 2007, pourvois n° 06-11.988 et 06-11.076, *Bull.* 2007, I, n° 246; 1^{re} Civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 10-14.183).

Une première conclusion s'impose. Si, en principe, le juriste n'est pas exonéré de sa responsabilité par les connaissances et compétences personnelles de son client (1^{re} Civ., 19 mai 1999, pourvoi n° 96-20.332, *Bull.* 1999, I, n° 164; 1^{re} Civ., 14 mai 2009, pourvoi n° 08-12.093), pas plus que par la présence aux côtés de ce dernier d'un autre professionnel qui le conseille (1^{re} Civ., 29 avril 1997, pourvoi n° 94-21.217, *Bull.* 1997, I, n° 132; 1^{re} Civ., 15 janvier 2002, pourvoi n° 99-21.799, *Bull.* 2002, I, n° 15; 1^{re} Civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 03-11.956, *Bull.* 2005, I, n° 56; 1^{re} Civ., 16 mai 2006, pourvoi n° 04-12.695), cette règle doit être nuancée car elle ne joue en réalité que dans la sphère du droit. En règle générale, le devoir de conseil qui pèse sur le professionnel du droit qui a pour client un juriste ou une personne assistée d'un juriste demeure plein et entier. Dans aucun de ces cas les risques proprement juridiques de l'opération ne seront assumés par le client, ne serait-ce que partiellement et, dans la seconde hypothèse, les deux professionnels seront responsables *in solidum* des conséquences dommageables occasionnées par la réalisation des risques qu'ils auront omis de signaler. En revanche, le professionnel du droit n'a pas *a priori* à s'interroger sur l'opportunité économique ou financière de l'opération, surtout lorsqu'il a en face de lui un client qui est économiste ou financier de profession (arrêts précités des 28 juin 2007

et 12 mai 2011) ou qui a eu recours à l'expertise d'un professionnel du chiffre⁷⁶ ou de la finance (arrêt précité du 31 mai 2007).

Sous-section 3. Le cas particulier du revirement de jurisprudence ou du changement de doctrine fiscale

La qualité des prestations du praticien, sur lequel pèse un devoir de compétence, s'apprécie au regard de l'état actuel du droit positif (1^{re} Civ., 14 mai 2009, pourvoi n° 08-15.899, *Bull.* 2009, I, n° 92). Le principe se dédouble.

Ainsi, l'avocat n'est pas responsable pour n'avoir pas anticipé un revirement imprévisible de jurisprudence (1^{re} Civ., 25 novembre 1997, pourvoi n° 95-22.240, *Bull.* 1997, I, n° 328; 1^{re} Civ., 25 mai 2005, pourvoi n° 03-20.712).

Naturellement, il doit s'agir d'un véritable revirement (effet de surprise), car la mission du juriste consiste précisément à donner des conseils nuancés et prudents lorsqu'une évolution du droit est prévisible, évolution qui peut générer des risques en fragilisant la solution bâtie au regard du droit positif « établi ». Le praticien est donc tenu d'appeler l'attention de son client sur les aléas qui pèsent sur l'action envisagée ou l'opération projetée en raison d'éventuelles incertitudes du droit positif (1^{re} Civ., 18 février 2003, pourvoi n° 00-16.447, *Bull.* 2003, I, n° 50; 1^{re} Civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 04-10.101, *Bull.* 2006, I, n° 136).

Le principe est clairement énoncé dans un arrêt récent (1^{re} Civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 06-17.080) : la responsabilité du professionnel du droit demeure encourue dès lors que la décision invoquée par l'intéressé à sa décharge ne constitue pas un revirement, ni même l'expression d'une évolution *imprévisible* de la jurisprudence. Pourquoi cette distinction ? Parce que le revirement suppose *a priori* l'abandon d'une solution antérieurement proclamée de manière positive ou expresse, solution jusque-là clairement établie sur laquelle le praticien a pu légitimement fonder son analyse, cas de figure bien différent de la décision qui se borne à adapter le droit aux situations nouvelles, ce qui est le propre de la jurisprudence.

Le risque que fait courir le véritable revirement est donc assumé par le client, d'abord parce que le praticien qui n'a pas anticipé n'est pas en faute en pareil cas, ensuite parce que « nul n'a droit à une jurisprudence figée » (1^{re} Civ., 21 mars 2000, pourvoi n° 98-11.982, *Bull.* 2000, I, n° 97; 1^{re} Civ., 9 octobre 2001, pourvoi n° 00-14.564, *Bull.* 2001, I, n° 249; 1^{re} Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-16.914, *Bull.* 2009, I, n° 124).

76. L'expert-comptable est habilité à exercer à titre accessoire des activités de consultation juridique et de rédaction d'actes (articles 59 de la loi n° 70-1130 du 31 décembre 1971 modifiée et 22 de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 modifiée). Lorsqu'il est chargé de la rédaction d'un acte, sa responsabilité n'est pas cantonnée aux prestations proprement comptables, mais couvre les aspects juridiques et fiscaux de l'opération conclue avec son concours (1^{re} Civ., 9 novembre 2004, pourvoi n° 02-12.415, *Bull.* 2004, I, n° 256).

Section 3. Droit des transports

Sous-section 1. Le risque dans le contrat de transport de personnes

En dépit de son intitulé unitaire, la question abordée recouvre une grande hétérogénéité de situations matérielles et de textes applicables. Certes, le *transport de personnes* s'entend nécessairement de leur acheminement d'un endroit à un autre (d'un point d'origine à un point de destination, dispose l'article L. 6400-1 du code des transports, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2010, article L. 310-1 de l'ancien code de l'aviation civile), étant seulement précisé que le trajet convenu peut être circulaire, ayant alors pour terme le retour au point de départ, ainsi qu'il en va communément d'un baptême de l'air ou d'une croisière en bateau. On voit déjà, néanmoins, que le *transport*, considéré dans l'abstrait, sera, dans les faits, aérien, fluvial, maritime, ferroviaire, routier, et c'est là un aspect qui importe aujourd'hui au plus haut degré, le mode utilisé commandant le régime juridique applicable, même si le présent rapport conduit à s'en tenir aux transports de personnes ayant donné lieu à jurisprudence de la Cour de cassation.

Au début était le droit civil, et c'est seulement dans les rainures de ses régimes de responsabilité que s'abordait la réparation d'un risque réalisé au détriment d'un voyageur. Il suffit de rappeler que c'est par le biais technique d'une obligation contractuelle de sécurité jamais envisagée auparavant que la chambre civile, le 21 novembre 1911 (*D.P.* 1913, I, p. 249), avait retenu la responsabilité d'une compagnie de transports maritimes envers un passager blessé pendant la traversée par la chute d'un tonneau mal arrimé, l'analyse et la solution ayant été rapidement étendues au voyageur ferroviaire ayant subi des lésions lors « d'un tamponnement de wagons », ou du fait de la rupture d'un rail (Civ., 27 janvier et 21 avril 1913, *D.P.* 1913, I, 249 pour les deux arrêts ; S. 1913, I, p. 177 pour le premier arrêt). Toutefois, diverses évolutions ont rendu les choses plus complexes. Si la soumission du dommage éprouvé par le passager relève encore des obligations et de la responsabilité des articles 1134 et suivants du code civil, mais jurisprudentiellement adaptées lorsque le transport est ferroviaire, des régimes spéciaux sont apparus et écartent, totalement ou partiellement, l'applicabilité du droit privé commun : les uns par l'essor d'un nouveau mode de transport, tel l'avion, mais en demeurant dans une logique de responsabilité (Convention de Varsovie, 12 octobre 1929), les autres en sortant de cette orbite, ainsi le transport routier, soumis aujourd'hui à l'hybridation de mécanismes empruntés aussi bien à la responsabilité civile qu'à la garantie par la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, et traité sous la rubrique des accidents de circulation (voir titre 2, chapitre 2, section 2).

Les risques invoqués se sont eux-mêmes diversifiés, dépassant la seule défaillance des matériels ou aménagements du mode de locomotion : se sont multipliés ceux qui résultent, tantôt de phénomènes de violence ou délinquance, tantôt, sous l'influence consumériste, d'une ponctualité non respectée par le transporteur. Aussi la matière sera-t-elle présentée à travers ces trois risques :

- le risque-accident ;
- le risque-agression ;
- le risque-retard.

A. Le risque-accident

Le risque-accident dans le transport ferroviaire

Le risque-accident dans le transport ferroviaire est sanctionné par la responsabilité de la SNCF ou de la RATP, déduite de la méconnaissance d'une obligation contractuelle de sécurité de résultat. C'est à son propos que la première chambre civile a précisé pour la première fois les limites temporelles du *transport stricto sensu* : il commence avec le début de l'embarquement et s'achève une fois celui-ci accompli (1^{re} Civ., 7 mars 1989, pourvoi n° 87-11.493, *Bull.* 1989, I, n° 118), ce qui conduit à soumettre à la responsabilité délictuelle les accidents survenus à l'intérieur des locaux de la gare, ainsi que les dommages subis pendant la phase de transport par un passager dépourvu de billet : l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil est alors sollicité, et désigne le transporteur ferroviaire comme gardien du quai, de l'escalier, du wagon.

Cette stricte délimitation du champ d'application de l'obligation contractuelle de sécurité de résultat a été par la suite transposée :

- dans le transport aérien, pour n'appliquer semblablement celle de la Convention de Varsovie qu'aux dommages survenus aux passagers à bord de l'aéronef ou au cours des opérations d'embarquement ou de débarquement (1^{re} Civ., 15 juillet 1999, pourvoi n° 97-10.268, *Bull.* 1999, I, n° 242);
- dans le contrat de télésiège, où l'obligation de sécurité de résultat pendant le transport a été dite cesser non au moment où l'usager relève le garde-corps, mais à celui où, quittant sa banquette, il s'apprête à débarquer (1^{re} Civ., 11 juin 2002, pourvoi n° 00-10.415, *Bull.* 2002, I, n° 166).

Lorsque la responsabilité du transporteur est présumée – au titre de l'obligation contractuelle de résultat ou de par sa qualité de gardien délictuel –, son exonération n'est admise que si le fait qu'il invoque présente les caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité de la force majeure (Ch. mixte, 28 novembre 2008, pourvoi n° 06-12.307, *Bull.* 2008, Ch. mixte, n° 3).

Il s'agit le plus souvent de la faute de la victime, tombée tandis qu'elle s'efforçait imprudemment de monter ou descendre d'un convoi déjà en mouvement. Et là, des distinctions sont à faire :

- ou bien, si l'obligation contractuelle de résultat régit l'accident, la force majeure est reconvenue cause exclusive, il en résultera une exonération totale du transporteur, mais, à défaut, la faute de la victime ne permettra là aucun partage de responsabilité et il sera tenu de l'entier dommage (1^{re} Civ., 13 mars 2008, pourvoi n° 05-12.551, *Bull.* 2008, I, n° 76), contrairement à ce qui se juge dans d'autres applications de l'obligation de résultat;
- ou bien la responsabilité est délictuelle. Ainsi la victime, installant un parent dans le wagon, est descendue trop tard (2^e Civ., 23 janvier 2003, pourvoi n° 00-15.597, *Bull.* 2003, II, n° 17); voyageant sans billet, elle a sauté du train en marche (2^e Civ., 13 juillet 2006, pourvoi n° 05-10.250, *Bull.* 2006, II, n° 216); demeurée dans le convoi parvenu à destination, s'étant endormie en état d'imprégnation alcoolique, puis étant descendue de nuit par le côté de la voie et non par celui du quai, elle a été heurtée par une autre rame (2^e Civ., 15 décembre 2005, pourvoi n° 03-16.772, *Bull.* 2005, II, n° 336); s'apercevant *in extremis* s'être trompée de direction, elle est tombée du train qui avait déjà reçu le signal du départ

(1^{re} Civ., 1^{er} décembre 2011, pourvoi n° 10-19.090, en cours de publication) et le transporteur peut alors tirer de la faute de la victime un partage de responsabilité, à moins que son fait n'ait été totalement imprévisible et irrésistible par son irrationalité, auquel cas l'exonération sera totale (personne se jetant brusquement sous les roues du métro : Ass. plén., 14 avril 2006, pourvoi n° 04-18.902, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 6; personne ayant perdu l'équilibre au passage d'un train et chuté entre le quai et la rame : 2^e Civ., 11 janvier 2001, pourvoi n° 99-10.417, *Bull.* 2001, II, n° 9).

Enfin, tout ce régime complexe est écarté si l'accident, quoique survenu sur le réseau ferroviaire français, s'inscrit dans un voyage à travers deux ou plusieurs pays, de telle sorte qu'il se trouve soumis à un régime moins rigoureux, tel celui de la Convention de Berne du 9 mai 1980, aux termes de laquelle la faute du voyageur ou son comportement anormal décharge le transporteur de sa responsabilité, en tout ou en partie (1^{re} Civ., 13 mars 2008, pourvoi n° 05-11.800, *Bull.* 2008, I, n° 77).

Le risque-accident dans le transport aérien

Le transport aérien, s'il est international, est régi par la Convention de Montréal du 28 mai 1999, ratifiée par la France, collectivement avec douze États de l'Union européenne, outre la Norvège, le 29 avril 2004, s'appliquant dans ces États depuis le 28 juin suivant (article L. 6421-3 du code des transports); s'il s'agit d'un transport intérieur, la Convention de Varsovie est demeurée applicable, par le renvoi exprès de l'article L. 6421-4 du code des transports (reprise de l'ancien article L. 322-3 du défunt code de l'aviation civile).

Le schéma de principe est la responsabilité de plein droit du transporteur, posé à l'article 17 de la Convention de Varsovie, et en termes semblables, mais encore plus laconiques, par l'article 17 de la Convention de Montréal (« Le transporteur est responsable du préjudice survenu en cas de mort ou de lésion corporelle subie par un passager, par cela seul que l'accident qui a causé la mort ou la lésion s'est produit à bord de l'aéronef ou au cours de toutes opérations d'embarquement ou de débarquement »), avec la contrepartie d'un plafonnement pécuniaire de l'indemnisation à une certaine somme, et la nullité des clauses élusives ou limitatives (Convention de Varsovie, articles 22 et 23; Convention de Montréal, articles 17, 21 et 26; ne sont donc pas prohibés les montants conventionnels plus élevés), et un délai pour agir de deux ans (« à compter de l'arrivée à destination, ou du jour où l'aéronef aurait dû arriver, ou de l'arrêt du transport », Convention de Montréal, article 35; Convention de Varsovie, article 29, complété à l'identique par l'article L. 6422-5 du code des transports).

À partir de là, que sont les apports jurisprudentiels ?

Outre que l'applicabilité de ces conventions au *transport aérien de personnes* (lequel consiste *dans leur acheminement par aéronef*, article 1 de l'une et l'autre conventions) exclut radicalement l'invocation de la responsabilité civile de droit commun (donc, pas « d'obligation de sécurité de résultat » : 1^{re} Civ., 3 juillet 2001, pourvoi n° 00-10.435, *Bull.* 2001, I, n° 205, qui vise l'article L. 322-3 de l'ancien code de l'aviation civile renvoyant à la Convention de Varsovie), il a fallu préciser ce qu'est un *aéronef* (avec admission d'une conception large, accueillant l'ultraléger motorisé (ULM), le deltaplane, le parapente à deux places (1^{re} Civ., 3 juillet 2001, précité; 1^{re} Civ., 22 novembre 2005, pourvoi n° 01-20.778, *Bull.* 2005, I, n° 444; pourvoi n° 02-18.584, *Bull.* 2005, I, n° 445; pourvoi n° 03-17.395, *Bull.* 2005, I,

n° 446) et souligner l'acception objective du *transport aérien*, présent même s'il s'agit de baptêmes de l'air (1^{re} Civ., 3 juillet 2001, précité), ou de vols de promenade, de loisir ou de sport (ULM : 1^{re} Civ., 3 juillet 2001, précité ; 1^{re} Civ., 22 novembre 2005, n° 446 précité).

Un point névralgique, source la plus forte du contentieux, est constitué par l'indemnisation plafonnée. Les dispositions qui la prévoient ne sont pas opposables en cas de *non-délivrance de billet* (au moins dans la Convention de Varsovie, article 3-2 : 1^{re} Civ., 27 juin 2006, pourvoi n° 03-10.094, *Bull.* 2006, I, n° 336, sauf s'il s'agit d'un vol gratuit proposé par un non-professionnel : 1^{re} Civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 07-21.636, *Bull.* 2009, I, n° 142 ; la solution est d'ailleurs écartée par la Convention de Montréal, article 3-5), ni en cas de *faute inexcusable* du transporteur ou de ses préposés (article 22-5 de la Convention de Varsovie). Cette notion fait l'objet d'un contrôle attentif de la Cour de cassation. Il se peut en effet qu'un pilote soit confronté à un choix entre deux solutions dangereuses : affronter la tempête, ou la contourner, mais en risquant alors de manquer de carburant... Aussi cette faute inexcusable, qui ne se confond pas avec la simple négligence ou erreur rétrospectivement appréciée (1^{re} Civ., 25 juin 2009, précité ; 1^{re} Civ., 27 février 2007, pourvoi n° 03-16.683, *Bull.* 2007, I, n° 89), est-elle celle qui, au terme d'une *appréciation objective* menée à partir *des faits de l'espèce*, implique « la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire » (1^{re} Civ., 2 octobre 2007, deux arrêts, pourvoi n° 04-13.003, *Bull.* 2007, I, n° 317 et pourvoi n° 05-16.019, *Bull.* 2007, I, n° 318).

En différence avec le transport ferroviaire interne, le transport aérien ouvre un rôle partiellement ou totalement exonératoire à la faute de la victime ayant causé le dommage ou y ayant contribué (article 19 de la Convention de Varsovie, article 20 de la Convention de Montréal) : cette analyse de la faute, qui joue son rôle même si elle ne présente pas les caractères de la force majeure, rejoint celle de la Convention de Berne, précitée, en matière ferroviaire.

B. Le risque-agression

Si seul le transport ferroviaire semble avoir suscité une jurisprudence significative sur le risque-agression, l'évolution adaptatrice faite par elle du droit positif est particulièrement suggestive du travail des juges, « par le code civil, mais au-delà du code civil ».

En effet, l'obligation contractuelle de sécurité de résultat, apparue en 1911-1913 (*supra*) – à partir d'une utilisation implicite de l'article 1135 du code civil qui permet à la jurisprudence, sous le contrôle de la Cour de cassation, d'inscrire, dans un contrat, nommé ou innommé, et en lien avec sa nature, une obligation inspirée par l'équité ou l'usage –, ne concernait que les dommages d'accidents, dus à la défaillance des matériels et infrastructures du transporteur ou à la négligence plus ou moins anonyme de ses personnels, tous éléments sur lesquels le transporteur était censé exercer sa maîtrise de technicien ou son pouvoir d'ordre. Et, lorsque, à la fin des années 1920, le passager d'un train, blessé par un autre passager demeuré inconnu, avait tenté de rechercher la responsabilité du transporteur, il avait été débouté au visa notamment de l'article 1382 du code civil, au motif que l'unique faute alléguée à l'encontre de la compagnie, soit le défaut d'éclairage du tunnel, lieu de l'agression, n'était pas démontrée (Req., 1^{er} août 1929, *D.P.* 1930, I, p. 25). La question demeura ensuite ignorée, n'intervenant qu'un arrêt du 3 juillet 1974 (1^{re} Civ., 3 juillet 1974, pourvoi n° 73-12.798, *Bull.* 1974, I, n° 215) par lequel la première chambre civile

sembla considérer que l'agression de voyageurs par d'autres dans le métro n'était pas prévisible ou évitable par la RATP.

La franche pénétration du risque-agression dans le champ de l'obligation contractuelle de sécurité de résultat du transporteur (article 1147 du code civil) s'est faite, semble-t-il, dans un arrêt du 12 décembre 2000 (1^{re} Civ., 12 décembre 2000, pourvoi n° 98-20.635, *Bull.* 2000, I, n° 323), à propos d'un voyageur qu'un autre, en état d'ébriété et dépourvu de titre de transport, avait frappé, étant relevé par ailleurs que la SNCF n'établissait pas que ses agents eussent contrôlé l'individu ou surveillé périodiquement l'intérieur du convoi. Cet arrêt, et les deux qui suivent, de rejet, montrent que le mouvement est venu des juges du fond, la Cour de cassation ayant donné son aval. En effet, à propos d'un vol avec violence subi par une passagère (1^{re} Civ., 3 juillet 2002, pourvoi n° 99-20.217, *Bull.* 2002, I, n° 183), comme du viol et du meurtre d'une autre (1^{re} Civ., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-10.783, *Bull.* 2006, I, n° 511), l'absence de toute précaution significative de la part du transporteur fut analysée comme l'empêchant de prétendre s'exonérer par l'allégation d'un fait imprévisible et irrésistible constitutif de force majeure. Depuis, cette issue lui a été reconnue, à propos d'un voyageur s'étant approché soudainement d'un autre et l'ayant poignardé, « sans avoir fait précéder son geste de la moindre parole ou de la manifestation d'une agitation anormale », la Cour de cassation approuvant les juges du fond à partir de leurs constatations selon lesquelles le geste irrationnel « n'eût pu être empêché ni par un contrôle à bord des trains des titres de transport, [...] ni par la présence permanente d'un contrôleur dans la voiture, non plus que par une quelconque autre mesure à bord du train » (1^{re} Civ., 23 juin 2011, pourvoi n° 10-15.811, *Bull.* 2011, I, n° 123).

C. Le risque-retard

Ce sont encore les deux veines ferroviaire et aérienne qui alimentent le contentieux, l'une grâce à la plasticité du code civil, l'autre de par la mise en œuvre de conventions internationales.

Le risque-retard dans le transport ferroviaire

Il n'est pas douteux que le retard du train dû à une force majeure, dans son double aspect d'imprévisibilité dans la formation du contrat et d'irrésistibilité dans son exécution, exonère le transporteur de sa responsabilité. Toutefois, une difficulté lancinante, que la Cour de cassation a résolue en 2011, était de savoir si un préjudice démontré, indépendant de la valeur propre du temps perdu mais survenu en conséquence immédiate et directe du retard, devait être réparé par la SNCF. La question lui a été posée dans une espèce caractéristique : l'arrivée du train en gare parisienne, avec plus de trois heures de retard, de telle sorte qu'un ménage venant de province n'avait pu gagner l'aéroport et prendre l'avion qui devait le conduire dans une contrée lointaine, où il avait réservé un séjour. *Quid* des frais de vol et de villégiature engagés pour rien, et des diverses autres dépenses occasionnées par la défaillance du transporteur ferroviaire ? Le remboursement pouvait-il lui être demandé ? Le juge de proximité l'avait pensé, au titre de ce que la destination de Paris est souvent prise à fins de correspondances, ce que la SNCF ne peut ignorer. Le jugement a été cassé, pour la considération, très orthodoxe, selon laquelle les mobiles ne rentrent pas dans le champ contractuel, ce que

dit à sa façon l'article 1150 du code civil, au visa duquel l'arrêt est rendu (1^{re} Civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15.056, *Bull.* 2011, I, n° 77).

Le risque-retard dans le transport aérien

Le risque-retard, à l'instar du risque-accident, relève des seules conventions de Varsovie (transports intérieurs) ou de Montréal (transports internationaux), ce qui a pour conséquence, là encore, d'exclure l'application du droit civil (1^{re} Civ., 20 mars 2001, pourvoi n° 99-13.511, *Bull.* 2001, I, n° 81). Ces deux textes posent en termes identiques une responsabilité de plein droit du transporteur pour le dommage consécutif (article 19 de l'une et l'autre conventions), sauf s'il prouve que lui-même, ou ses agents, ont pris toutes les mesures nécessaires pour l'éviter, ou qu'il leur était impossible de les prendre. Ainsi en va-t-il, avec contrôle de la Cour de cassation, lorsqu'une grève des contrôleurs aériens, entraînant la paralysie du trafic, n'a permis que l'inscription sur un vol assurant la même liaison le lendemain matin, ou d'un retard de deux heures dû au déclenchement intempestif et imprévisible de deux toboggans d'évacuation (1^{re} Civ., 27 juin 2006, pourvoi n° 03-14.094, *Bull.* 2006, I, n° 334 et pourvoi n° 03-16.607, *Bull.* 2006, I, n° 335). Cette responsabilité du transporteur aérien, comme celle de l'organisateur de croisières maritimes (1^{re} Civ., 18 octobre 2005, pourvoi n° 02-15.487, *Bull.* 2005, I, n° 376), est parfois occultée par celle des agences de voyages, organisatrices de séjours d'un bout à l'autre, et qui sont tenues de plein droit envers leurs cocontractants du bon déroulement de l'ensemble (article 23 de la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992, devenu L. 211-17 du code du tourisme, 1^{re} Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-18.177, 1^{re} Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-18.178; 1^{re} Civ., 5 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.385), la Cour de cassation contrôlant là aussi l'imprévisibilité et l'irrésistibilité, ainsi d'une grève du personnel des compagnies (1^{re} Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-18.177 précité), ou de mauvaises conditions météorologiques (1^{re} Civ., 5 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.385 précité).

Sous-section 2. L'imputation du risque du défaut de paiement du prix du transport sur l'expéditeur et le destinataire (article L. 132-8 du code de commerce)

Le paysage du droit des transports routiers interne et international, lorsque selon le conflit de loi la loi française est applicable, a été profondément bouleversé par la rédaction de l'ancien article 101 devenu l'article L. 132-8 du code de commerce, issue de la loi n° 98-69 du 6 février 1998 tendant à améliorer les conditions d'exercice de la profession de transporteur routier.

Cette loi entendait remédier aux impayés auxquels les transporteurs routiers étaient confrontés en cas de défaillance de leurs donneurs d'ordre. En effet, il est courant et admis en droit des transports de marchandises que le transporteur, signataire du contrat avec l'expéditeur, se substitue un autre transporteur pour réaliser le déplacement de la marchandise. Ce dernier peut tout aussi bien se substituer un autre transporteur, donnant ainsi naissance à une chaîne de transports.

Il arrivait toutefois, compte tenu du fait que le contrat de transport liant l'expéditeur et le voiturier ou l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier sous l'empire de l'ancien texte, que le voiturier ayant effectivement réalisé le déplacement de la marchandise fût confronté à une

défaillance de son donneur d'ordre, ce qui faisait peser sur lui le risque d'impayé. Le législateur, sensible aux difficultés d'obtenir le paiement de leurs prestations par les transporteurs, a entendu bouleverser l'imputation des risques résultant des défaillances dans les chaînes de transports en reportant cette charge sur l'expéditeur ou le destinataire en cas de non-paiement du transporteur ayant effectué le déplacement de la marchandise. Avec le nouveau texte, ce risque a été déplacé et imputé au destinataire ou à l'expéditeur, par deux moyens :

- le destinataire est désigné par ce texte comme partie au contrat de transport dès sa conclusion alors qu'il n'est pas signataire ;
- le transporteur dispose désormais d'une « action directe » et d'une « garantie » tant de l'expéditeur que du destinataire pour le paiement de sa prestation.

L'avantage conféré au transporteur revêt la plus grande importance car le risque est imputé à l'expéditeur ou au destinataire, sans que le transporteur ait à choisir l'un plutôt que l'autre, et notamment un débiteur principal par préférence à un autre débiteur. Le transporteur n'a donc pas à se soucier de la qualité de donneur d'ordre ou des modalités (coût payé ou coût dû) prévues au contrat de transport. Dans une décision du 4 février 2003 (Com., 4 février 2003, pourvoi n° 01-11.031, *Bull.* 2003, IV, n° 16), la Cour de cassation a censuré pour violation de l'article L. 132-8 du code de commerce un tribunal qui avait rejeté la demande d'un voiturier, substitué au commissionnaire, en paiement de ses prestations auprès du destinataire, en retenant que l'expéditeur avait réglé ce commissionnaire et qu'il appartenait au voiturier affrété de se retourner contre lui et non de réclamer double paiement au destinataire, alors que celui-ci est garant du paiement du prix du transport envers le voiturier.

Même la connaissance des difficultés de trésorerie du donneur d'ordre par le transporteur ne prive pas celui-ci de la garantie de l'article L. 132-8 du code de commerce (Com., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-12.919).

À l'inverse, le sort réservé aux destinataire et expéditeur apparaît très désavantageux. Ils sont exposés à payer deux fois le prix du transport, une première fois en réglant volontairement le transporteur que certains appellent « contractuel » ou le commissionnaire de transport. Si celui qui a reçu le paiement est ultérieurement placé en procédure collective sans avoir payé le transporteur « réel », ce dernier se retourne contre l'un d'eux. L'expéditeur ou le destinataire devront alors leur « garantie » en payant au besoin une seconde fois le prix du transport entre les mains du voiturier qui a effectivement réalisé le transport. L'article L. 132-8 du code de commerce désignant deux garants, la Cour de cassation laisse la plus grande liberté au transporteur en admettant qu'il puisse agir en paiement de la totalité de sa créance contre un seul des deux garants, ou encore contre les deux à la fois. La haute juridiction a ainsi jugé que viole l'article 101, devenu l'article L. 132-8 du code de commerce, un tribunal qui rejette la demande d'un voiturier, substitué au commissionnaire, en paiement de ses prestations auprès du destinataire, en retenant que l'expéditeur a réglé ce commissionnaire et qu'il appartient au voiturier affrété de se retourner contre lui et non de réclamer double paiement au destinataire, alors que celui-ci est garant du prix du transport envers le voiturier (Com., 04 février 2003, pourvoi n° 01-11.031, *Bull.* 2003, IV, n° 16). Il appartiendra alors à celui qui a payé de se retourner contre le débiteur de l'obligation de payer selon les règles de la subrogation, mais sans pouvoir invoquer la garantie du paiement strictement attachée à la personne du transporteur (Com., 22 janvier 2008, pourvoi n° 06-19.423, *Bull.* 2008, IV, n° 16).

De plus, un arrêt (Com., 17 décembre 2003, pourvoi n° 02-12.891, *Bull.* 2003, IV, n° 209) décide que, malgré l'absence de déclaration de sa créance dans la procédure collective du débiteur principal, le transporteur conserve son action contre l'expéditeur et le destinataire. L'action du transporteur n'est plus subordonnée à la déclaration de sa créance au passif du donneur d'ordre.

Le sort réservé aux destinataire et expéditeur est apparu tellement désavantageux que, dans de nombreux litiges, certaines parties ont contesté cette qualité pour éluder l'imputation du risque du défaut de paiement par l'un des acteurs de la chaîne des transports. Par une série d'arrêts rendus le 22 janvier 2008, la chambre commerciale a dû préciser la notion même de destinataire en rappelant par exemple que « celui qui, figurant sur la lettre de voiture en tant que destinataire, reçoit la marchandise et l'accepte sans indiquer agir pour le compte d'un mandant est garant du paiement du prix du transport envers le voiturier » (Com., 22 janvier 2008, pourvoi n° 06-18.308, *Bull.* 2008, IV, n° 15).

Cependant, quelques limites ont été fixées par la jurisprudence pour atténuer cette imputation du risque sur la tête de l'expéditeur et du destinataire. Ainsi, la garantie de paiement ne bénéficie qu'au transporteur qui a effectivement réalisé le transport (Com., 22 janvier 2008, pourvoi n° 06-19.423, *Bull.* 2008, IV, n° 16). Par ailleurs, le transporteur est déchu de la garantie de paiement à l'égard de l'expéditeur lorsqu'il viole l'interdiction de sous-traitance (Com., 28 janvier 2004, pourvoi n° 02-13.912, *Bull.* 2004, IV, n° 19) ou l'interdiction de substitution (Com., 13 juin 2006, pourvoi n° 05-15.921, *Bull.* 2006, IV, n° 142), ou lorsqu'il « aurait dû avoir connaissance » de cette interdiction (Com., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-14.067). Dans un arrêt récent (Com., 12 juillet 2011, pourvoi n° 10-18.675, en cours de publication), la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui relevait qu'un transporteur n'avait délivré aucun acte interruptif de prescription au destinataire et avait engagé une procédure plus d'un an après que les marchandises eurent été remises ou offertes à ce dernier, puis qui retenait que la déclaration de créance de ce transporteur au passif de l'expéditeur ne pouvait avoir d'effet interruptif sur la prescription à l'égard du destinataire, et déduisait exactement de ces constatations et appréciations que la prescription annale de l'article L. 133-6 du code de commerce était intervenue et que l'action en paiement du transporteur contre le destinataire, institué garant du prix du transport par l'article L. 132-8 du même code, était irrecevable.

Enfin, en matière de droit international privé, il a été décidé que l'article L. 132-8 du code de commerce n'est pas une loi de police (Com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 10-12.154, *Bull.* 2010, IV, n° 131) et n'a vocation à s'appliquer dans des transports internationaux que par l'effet d'un conflit de loi lorsque la loi française est applicable.

Par l'article L. 132-8 du code de commerce instituant le destinataire partie au contrat de transport et créant au bénéfice du transporteur la garantie de paiement de sa prestation et une action directe, le législateur a établi un mode jusqu'alors inconnu d'imputation des risques du défaut de paiement du transporteur. Compte tenu de l'originalité de ce texte et des incertitudes issues de sa rédaction, la Cour de cassation a dû préciser le contenu et les frontières de ce nouveau régime. Dans un premier temps, c'est son contenu qui a retenu son intérêt, et elle a saisi l'occasion des cas qui lui étaient soumis pour fixer les mécanismes à l'œuvre dans ce texte. Depuis quelques années, il semble que ce soient davantage les frontières d'application de ce texte qui occupent le travail jurisprudentiel.

Chapitre 2. Régimes autonomes de responsabilité

Section 1. Le risque dans le régime de responsabilité du fait des produits défectueux

Le législateur français, qui a transposé la Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, a adopté la solution claire de l'imputation du risque puisque, selon l'article 1386-1 du code civil, créé par la loi de transposition n° 98-389 du 19 mai 1998 et reprenant la formulation de l'article 1^{er} de la directive, « le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime ». S'il en était besoin, l'article 1386-11 du même code précise qu'il s'agit d'une responsabilité de plein droit. Ainsi, la responsabilité du fabricant, dont le fait générateur est le défaut du produit qu'il a mis en circulation, met à sa charge les conséquences dommageables résultant de ce défaut. On peut voir une manifestation de la théorie du risque, risque-profit ou risque-créé, comme fondement de cette responsabilité objective, encore que l'exigence d'une défectuosité du produit considéré ne soit pas sans évoquer, du moins en filigrane, l'existence d'une faute commise par le fabricant ou le producteur.

Toutefois, force est de constater que la charge du risque qui pèse sur le fabricant ou le producteur peut se trouver singulièrement allégée par les conditions de mise en œuvre de sa responsabilité. En effet, celui qui se prétend victime du produit litigieux est tenu d'apporter, outre la preuve de l'absorption ou de l'utilisation de ce produit ou de l'exposition à ses effets, ce qui implique que le dommage allégué ait une cause précise connue, la triple preuve de ce dommage, du défaut et du lien de causalité entre l'un et l'autre, ainsi que le prévoit l'article 1386-9 du code civil (1^{re} Civ., 5 avril 2005, pourvois n° 02-11.947 et n° 02-12.065, *Bull.* 2005, I, n° 173 ; 1^{re} Civ., 27 février 2007, pourvoi n° 06-10.063).

Sous-section 1. La charge du risque imputée au fabricant

A. Le principe de la responsabilité de plein droit

On se souvient que, dès avant la transposition du régime de responsabilité du fait des produits défectueux prévu par la directive communautaire, la jurisprudence avait dégagé l'obligation de sécurité du vendeur professionnel et, plus largement, du fournisseur professionnel, tenus de livrer un produit exempt de tout défaut de nature à créer un danger pour les personnes et pour les biens (1^{re} Civ., 11 juin 1991, pourvoi n° 89-12.748, *Bull.* 1991, I, n° 201 ; 1^{re} Civ., 3 mars 1998, pourvoi n° 96-12.078, *Bull.* 1998, I, n° 95, *Rapport annuel* de la Cour de cassation 1998, p. 277), sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les victimes avaient la qualité de parties contractantes ou de tiers (1^{re} Civ., 24 janvier 2006, pourvoi n° 03-20.178, *Bull.* 2006, I, n° 34). Dès lors, c'est dans la continuité de cette jurisprudence que la Cour de cassation devait mettre en œuvre aussi bien les dispositions des articles 1147, 1382 ou 1384 du code civil interprétées à la lumière de la directive du Conseil que les nouvelles dispositions des articles 1386-1 et suivants du même code, issues de la loi de transposition, sous réserve, évidemment, des règles spécifiques instaurées par le nouveau régime, telle celle limitant la possibilité de rechercher la responsabilité du seul fabricant ou producteur. Il a ainsi été énoncé que la responsabilité de plein droit du fabricant découle de la

preuve du dommage, du défaut du produit, et du lien de causalité entre le défaut et le dommage (1^{re} Civ., 23 septembre 2003, pourvoi n° 01-13.063, *Bull.* 2003, I, n° 188).

Évidemment, pour que le régime de responsabilité du fait des produits défectueux trouve à s'appliquer, encore faut-il que la situation dommageable invoquée entre dans son champ d'application. Ainsi, n'a pas été accueilli le moyen d'un pourvoi qui tendait à fonder sur ce régime la responsabilité du réalisateur et exploitant d'un parcours acrobatique pour un accident survenu à l'utilisateur d'une installation, au motif que la législation sur les produits défectueux n'était pas applicable en l'espèce (1^{re} Civ., 8 octobre 2009, pourvoi n° 08-12.693). Si la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt ayant, sur le fondement de la législation des produits défectueux, condamné le constructeur d'une voiture automobile dont le système de fermeture du coffre était défaillant à indemniser le propriétaire victime d'un vol d'objets, c'est parce que le moyen, qui contestait l'application de cette législation, était nouveau et mélangé de fait (1^{re} Civ., 3 mai 2006, pourvoi n° 04-10.994, *Bull.* 2006, I, n° 208).

B. Le défaut

Le défaut, fait générateur de la responsabilité de plein droit du fabricant ou producteur du produit concerné, est exclusivement un défaut de sécurité, celle à laquelle on peut légitimement s'attendre (article 1386-4 du code civil), à l'égard des personnes ou des biens, autres que le produit défectueux lui-même, eu égard aux circonstances de sa mise en circulation et de son utilisation. Il peut s'agir d'un défaut intrinsèque, c'est-à-dire non pas nécessairement d'une malfaçon, puisque l'on sait que, selon l'article 1386-10 du code civil, le producteur peut être responsable du défaut alors même que le produit a été fabriqué dans le respect des règles de l'art ou de normes existantes, mais d'une caractéristique ou d'une propriété telles que le produit n'offre pas la sécurité que l'on peut attendre d'un rapport favorable bénéfices/risques, compte tenu de l'usage qui peut en être raisonnablement prévu et du moment de sa mise en circulation (1^{re} Civ., 24 janvier 2006, pourvoi n° 02-16.648, *Bull.* 2006, I, n° 35 : « il ressortait des études épidémiologiques et de pharmaco-vigilance évoquées par les experts et de l'avis même de ces derniers que le [composant d'un médicament destiné au traitement de l'obésité] constituait un facteur favorisant l'hypertension artérielle pulmonaire primitive même si elle n'en était pas la cause exclusive, et que la suspension de [l'autorisation de mise sur le marché] de ce médicament par l'Agence du médicament [...], intervenue concomitamment au retrait par le fabricant de ce médicament dans les autres pays, était notamment due aux cas [d'hypertension artérielle pulmonaire primitive] ayant entraîné des restrictions de prescription et à l'existence d'un rapport bénéfice/risque n'apparaissant plus favorable »).

À cet égard, il a été jugé que la simple implication du produit dans la réalisation du dommage ne suffit pas à établir son défaut au sens de l'article 1386-1 du code civil ni le lien de causalité entre ce défaut et le dommage, même si son utilisation a pu faciliter ou favoriser l'apparition de désordres (1^{re} Civ., 22 octobre 2009, pourvoi n° 08-15.171, s'agissant d'un produit auquel étaient imputés des désordres apparus sur des vignes), et que le seul fait qu'un médicament entraîne des troubles ne caractérise pas un défaut (1^{re} Civ., 19 mars 2009, pourvoi n° 08-10.143). De même, il a été précisé que l'existence du défaut ne peut se déduire de l'incertitude scientifique quant à l'innocuité ou l'absence de nocivité du produit

(1^{re} Civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 06-18.848). Toutefois, il a été jugé que, si les études scientifiques versées aux débats n'ont pas permis de mettre en évidence une augmentation statistiquement significative du risque relatif de sclérose en plaques ou de démyélinisation après vaccination contre l'hépatite B, le fait que ces études n'aient pas, pour autant, exclu un lien possible entre cette vaccination et la survenance d'une démyélinisation de type sclérose en plaques et les autres circonstances de l'espèce, telles que l'apparition des premières manifestations de la sclérose en plaques moins de deux mois après la dernière injection du produit, l'absence d'antécédents neurologiques dans la famille de la victime et l'absence de toute autre cause pouvant expliquer cette maladie, constituaient des présomptions graves, précises et concordantes, appréciées souverainement par les juges du fond, qui ont donc pu en déduire un lien causal entre la vaccination de la victime et son préjudice (1^{re} Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-11.073, *Bull.* 2009, I, n° 176).

Dans l'appréciation de cette exigence de sécurité, il doit être tenu compte, notamment, de la présentation du produit, c'est-à-dire des informations, accompagnant sa mise en circulation, sur les effets nocifs, risques ou nuisances, que son usage raisonnablement prévu peut comporter. Ainsi, la jurisprudence illustre l'importance que revêt ce qui peut constituer un défaut extrinsèque du produit en cas d'insuffisante mention, dans les documents établis à l'intention des utilisateurs (notices, modes d'emploi, brochures...), de ses effets indésirables possibles (1^{re} Civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 06-14.952, *Bull.* 2008, I, n° 147 ; 1^{re} Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-11.073, *Bull.* 2009, I, n° 176 : la notice de présentation du produit litigieux ne contenait pas les informations mentionnées dans le dictionnaire médical Vidal), la gravité des effets nocifs étant prise en considération (1^{re} Civ., 25 juin 2009, pourvois n°s 08-12.632, 08-14.197 et 08-20.706 : responsabilité du fabricant d'un produit destiné à combler les rides du visage, dont, eu égard à la gravité des effets nocifs constatés, ni la notice d'information remise au praticien, ni la brochure publicitaire destinée à la patiente, ne faisaient état, de sorte que, dans ces circonstances, il n'offrait pas la sécurité à laquelle on pouvait légitimement s'attendre, alors même qu'il avait fait l'objet d'un certificat de libre vente ; pour le même produit : 1^{re} Civ., 22 novembre 2007, pourvoi n° 06-14.174, *Bull.* 2007, I, n° 368 ; voir aussi 1^{re} Civ., 7 novembre 2006, pourvoi n° 05-11.604, *Bull.* 2006, I, n° 467 : responsabilité du fabricant de béton en raison de l'offre d'un produit dépourvu de la sécurité à laquelle l'acheteur, victime de brûlures, pouvait légitimement s'attendre, dès lors que, outre la non-communication de la composition exacte du béton livré, les conditions générales de vente mentionnaient seulement des risques d'allergies, rougeurs ou brûlures lors de la mise en œuvre et le conseil de se munir de gants et lunettes, sans attirer l'attention de l'utilisateur sur la nécessité de porter des couvre-bottes et des vêtements de protection imperméables à l'eau pour éviter tout contact avec la peau, ainsi que celle de retirer les vêtements et équipements de protection lorsqu'ils sont saturés de béton mouillé et de laver immédiatement les zones exposées). Il faut observer que, en réalité, dans ces cas, la responsabilité du fabricant découle d'un manquement à son obligation d'information et de conseil, lequel, par suite de l'ignorance des effets indésirables du produit par l'utilisateur et des précautions à prendre, conduit ce dernier à se tromper sur la sécurité à laquelle il peut s'attendre.

La question n'a pas été expressément tranchée de savoir si la responsabilité du fabricant découlant du défaut extrinsèque de son produit caractérisé par une présentation incomplète ou insuffisante l'oblige à réparer l'entier préjudice de la victime ou seulement la perte de

chance de refuser le traitement ou d'éviter l'utilisation du produit ainsi défectueux. On peut néanmoins penser que la réparation de l'entier préjudice correspond à l'intention du législateur qui a instauré la responsabilité de plein droit du fabricant dès lors que la preuve est apportée du dommage, du défaut, et du lien de causalité entre l'un et l'autre. En tout cas, bien évidemment, la cour d'appel viole l'article 1147 du code civil en retenant la perte de chance d'éviter le dommage alors qu'elle venait de réparer les conséquences de sa survenance (1^{re} Civ., 22 novembre 2007, pourvoi n° 06-14.174, *Bull.* 2007, I, n° 368).

C. L'exclusion d'un autre régime de responsabilité

Le risque assumé par le fabricant ou le producteur du fait de son produit défectueux est, en principe, cantonné à ce régime de responsabilité.

Il faut rappeler que la Cour de justice de l'Union européenne a relevé que « la marge d'appréciation dont disposent les États membres pour réglementer la responsabilité du fait des produits défectueux est entièrement déterminée par la directive elle-même et doit être déduite du libellé, de l'objectif et de l'économie de celle-ci [qui] ne contient aucune disposition autorisant explicitement les États membres à adopter ou à maintenir, sur les questions qu'elle règle, des dispositions plus strictes pour assurer un niveau de protection plus élevé aux consommateurs ». Elle en a déduit que l'article 13 de la directive du 25 juillet 1985 précitée (la directive) « ne saurait être interprété comme laissant aux États membres la possibilité de maintenir un régime général de responsabilité du fait des produits défectueux différent de celui prévu par la directive [...] [mais] doit être interprété en ce sens que le régime mis en place par ladite directive [...] n'exclut pas l'application d'autres régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle reposant sur des fondements différents, tels que la garantie des vices cachés ou la faute » (CJCE, 25 avril 2002, *María Victoria González Sánchez c. Medicina Asturiana SA.*, affaire C-183/00). Cette position génère une certaine perplexité quant à la distinction entre le défaut, au sens de la directive, et le vice caché lorsque celui-ci est inhérent à la conception ou à la fabrication du produit.

La Cour de cassation a ainsi dérogé au régime de responsabilité du fait des produits défectueux en fondant la responsabilité du fabricant sur un manquement à l'obligation de vigilance dans le suivi du produit sur l'innocuité duquel des doutes étaient apparus (1^{re} Civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 04-16.179, *Bull.* 2006, I, n° 142 et 1^{re} Civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 04-16.180, *Bull.* 2006, I, n° 143 : en raison des doutes portant sur l'innocuité du distillène dont de nombreuses études expérimentales et des observations cliniques contre-indiquaient l'utilisation, la cour d'appel a pu déduire que le fabricant qui, devant ces risques connus et identifiés sur le plan scientifique, n'avait pris aucune mesure, ce qu'il aurait dû faire même en présence de résultats discordants quant aux avantages et inconvénients, avait manqué à son obligation de vigilance). De même, elle a cassé, au visa des articles 1147 et 1382 du code civil, un arrêt ayant débouté la victime, blessée par l'éclat de métal qui s'était détaché d'un outil mis en circulation après l'expiration du délai de transposition de la directive, au motif que « le fabricant, comme le vendeur, est tenu d'une obligation de conseil et de renseignement afin d'informer le consommateur des dangers inhérents au produit, des conditions de son utilisation et des soins devant être apportés à son entretien » (1^{re} Civ., 3 février 2011, pourvoi n° 10-10.719). On peut y voir une tendance à retenir la faute, notamment en

autonomisant le manquement dans la présentation du produit, comme fondement de la responsabilité du fabricant pour atténuer les contraintes que la rigidité du régime de responsabilité du fait des produits défectueux fait peser sur la victime, étant ajouté que le fabricant peut s'exonérer de sa responsabilité en démontrant avoir mené des études et modifié sa notice dès qu'il a connu les cas suspects (1^{re} Civ., 19 mars 2009, pourvoi n° 08-10.143).

D. La responsabilité imputée, en principe, au seul fabricant ou producteur

L'imputation du risque du fait d'un produit défectueux est légalement circonscrite. Pour les produits mis en circulation après l'expiration du délai de transposition de la directive, l'acheteur ou l'utilisateur qui se dit victime d'un dommage causé par un défaut ne peut rechercher, sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux, que la responsabilité du fabricant ou producteur, à l'exclusion de celle des fournisseurs, vendeurs ou revendeurs intermédiaires (CJCE, 5 juillet 2007, Commission des Communautés européennes c. Royaume de Danemark, affaire n° C-327/05) et ce n'est que si le producteur ne peut être identifié que ces derniers peuvent être responsables, à moins qu'ils ne désignent leur propre fournisseur. La Cour de cassation a eu l'occasion de faire application de cette règle en rejetant le pourvoi contre un arrêt ayant déclaré, par une interprétation de l'article 1147 du code civil à la lumière de la directive, irrecevable l'action en responsabilité contractuelle dirigée contre le fournisseur d'un appareil de télévision défectueux dont le fabricant était connu (1^{re} Civ., 15 mai 2007, pourvoi n° 05-17.947, *Bull.* 2007, I, n° 186; voir aussi : Com., 26 mai 2010, pourvoi n° 08-18.545, *Bull.* 2010, IV, n° 99). À cet égard, il faut relever que ce régime de responsabilité constitue une régression pour la protection des victimes par rapport au régime antérieur de droit interne qui permettait au consommateur ou utilisateur final d'agir utilement contre son vendeur ou fournisseur professionnel pour obtenir réparation de son préjudice.

La question reste largement en suspens de savoir si certains fournisseurs ou certains utilisateurs, tenus eux-mêmes à une obligation de sécurité de résultat, tels les restaurateurs et cafetiers ou les chirurgiens, peuvent faire l'objet d'une action en responsabilité pour manquement à cette obligation en cas de dommages causés à des clients ou patients par des produits qu'ils offrent à la consommation, utilisent ou prescrivent. On sait que la Cour de justice de l'Union européenne a énoncé que les articles 1^{er} et 3 de la directive déterminent, parmi les professionnels ayant participé au processus de fabrication et de commercialisation, celui qui devra assumer la responsabilité instituée par la directive (CJCE, 10 janvier 2006, Skov Æg c. Bilka Lavprisvarehus A/S et Bilka Lavprisvarehus A/S c. Jette Mikkelsen et Michael Due Nielsen, affaire n° C-402/03) et précisé que les fournisseurs intermédiaires intervenant dans la chaîne de distribution entraînent dans les prévisions de la directive en ce sens qu'ils ne pouvaient être rendus responsables aux mêmes conditions que le producteur (CJCE, 5 juillet 2007, Commission des Communautés européennes c. Royaume du Danemark, affaire n° C-327/05).

Le Conseil d'État, qui avait énoncé le principe selon lequel, « sans préjudice d'éventuels recours en garantie, le service public hospitalier est responsable, même en l'absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise » (CE, 9 juillet 2003, Assistance publique-Hôpitaux

de Paris c. Mme Marzouk, requête n° 220437, *Recueil Lebon*, p. 338), a, dans une affaire où un jeune garçon avait été victime, au cours d'une intervention chirurgicale pratiquée dans un CHU, de brûlures causées par un matelas brûlant sur lequel il avait été installé, posé à la Cour de justice de l'Union européenne les deux questions préjudicielles suivantes (CE, 4 octobre 2010, centre hospitalier universitaire de Besançon, requête n° 327449) :

– « a. Compte tenu des dispositions de son article 13, la Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 permet-elle la mise en œuvre d'un régime de responsabilité fondé sur la situation particulière des patients des établissements publics de santé, en tant qu'il leur reconnaît notamment le droit d'obtenir de ces établissements, en l'absence même de faute de ceux-ci, la réparation des dommages causés par la défaillance des produits et appareils qu'ils utilisent, sans préjudice de la possibilité pour l'établissement d'exercer un recours en garantie contre le producteur;

b. La directive limite-t-elle la possibilité pour les États membres de définir la responsabilité des personnes qui utilisent des appareils ou produits défectueux dans le cadre d'une prestation de services et causent, ce faisant, des dommages au bénéficiaire de la prestation ? »

La Cour de cassation a, pour sa part, rejeté le pourvoi formé contre un arrêt ayant refusé d'accueillir l'action en responsabilité contractuelle contre un chirurgien qui avait pratiqué sur un patient une intervention consistant à mettre en place des ligaments en Gore Tex qui se sont révélés défectueux, au motif que « la cour d'appel [avait] constaté que [le chirurgien] avait fourni un matériel défectueux, excluant ainsi qu'il eût pu être regardé comme utilisateur du produit » (1^{re} Civ., 22 octobre 2009, pourvoi n° 08-18.601).

En revanche, hormis le rejet du pourvoi d'un médecin esthéticien condamné à réparer les conséquences dommageables de l'utilisation d'un produit destiné à combler les rides du visage et débouté de son recours contre le fabricant, qui, motivé par une raison de procédure, n'est pas significatif (1^{re} Civ., 25 juin 2009, pourvois n°s 08-12.632, 08-14.197 et 08-20.706), la Cour de cassation a confirmé la responsabilité contractuelle du médecin utilisateur du même produit destiné au comblement des rides, lequel praticien avait été condamné *in solidum* avec le fabricant à réparer le dommage subi par la patiente, au motif qu'avaient été établies une méconnaissance de son obligation d'informer sa patiente sur la possibilité des inflammations effectivement apparues et une injection excessive du produit, autrement dit, sur le fondement de la faute (1^{re} Civ., 22 novembre 2007, pourvoi n° 06-14.174, *Bull.* 2007, I, n° 368). De même, un arrêt, confirmé en ce qu'il avait condamné le laboratoire, fabricant d'un médicament destiné à traiter l'obésité, à réparer les conséquences dommageables subies par une patiente, sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux, a été cassé en ce qu'il avait exonéré le médecin du travail qui avait prescrit ce médicament, dès lors qu'il avait ainsi contrevenu à ses obligations de médecin du travail (1^{re} Civ., 24 janvier 2006, pourvoi n° 02-16.648, *Bull.* 2006, I, n° 35). Ainsi, très logiquement, il apparaît que la responsabilité du fabricant d'un produit défectueux ne saurait exonérer le prescripteur ou le fournisseur des conséquences dommageables de sa propre faute. On peut aussi considérer que le régime de responsabilité du fait des produits défectueux ne vaut que dans le cadre du processus de fabrication ou de commercialisation, au sens de la mise en circulation, mais ne trouve pas à s'appliquer à l'égard des utilisateurs ou prescripteurs qui ne participent pas directement à ce processus.

E. La responsabilité possiblement imputée à plusieurs fabricants

La Cour de cassation a levé l'obstacle rencontré par certaines victimes dans la désignation de l'auteur à l'origine de leur dommage en inversant la charge de la preuve dès lors qu'il est établi qu'elles ont été exposées au produit défectueux mis en circulation par plusieurs fabricants. Ainsi a-t-elle cassé des arrêts ayant retenu, pour débouter de leur action indemnitaire contre plusieurs laboratoires, fabricants de la même molécule à l'origine des dommages invoqués, les victimes qui n'avaient pu désigner le fabricant de la molécule à laquelle elles avaient été effectivement exposées, que « le fait que [les deux laboratoires] aient tous deux mis sur le marché la molécule à l'origine du dommage, fait non contesté, ne [pouvait] fonder une action collective », en énonçant que, dès lors qu'il était établi que la molécule incriminée était la cause de la pathologie, il appartenait à chacun des laboratoires en cause de prouver que son produit n'était pas à l'origine du dommage (1^{re} Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-16305, *Bull.* 2009, I, n° 187 ; 1^{re} Civ., 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-18.837, *Bull.* 2010, I, n° 22).

Cette jurisprudence marque bien que la même molécule est à l'origine du dommage et que cette molécule est fabriquée simultanément par les deux laboratoires attraités dans la cause. Même si l'on s'écarte un peu de l'épure traditionnelle de la responsabilité collective, on peut cependant observer que, en étant les fabricants de la même molécule à l'origine du dommage, les laboratoires ont bien une activité commune, c'est-à-dire identique et concomitante même s'ils l'exercent de manière concurrentielle, d'où procède ce dommage, ce qui n'éloigne guère de la notion de groupe, telle qu'entendue pour les chasseurs participant simultanément à une même action de chasse. La loi prévoyant que la responsabilité objective du fabricant ou du producteur découle de la triple preuve mise à la charge de la victime, il paraît justifié qu'en cas de pluralité de fabricants du même produit à l'origine du dommage, à condition que soient tous attraités dans la cause ceux dont le produit a été utilisé par la victime, il incombe à chaque fabricant concerné d'écarter la présomption légale d'imputabilité en démontrant que son produit est étranger à la réalisation de l'événement dommageable.

Sous-section 2. L'imputation du risque au fabricant, édulcorée par le système de preuve

Le fabricant peut échapper à la responsabilité objective qui pèse sur lui en apportant la preuve de certaines causes d'exonération, parmi lesquelles l'ignorance légitime du défaut de son produit. Par ailleurs, les victimes se heurtent à d'importantes difficultés de preuve pour réunir les conditions de la responsabilité du fait des produits défectueux, en particulier en ce qui concerne les médicaments et les vaccins.

A. La preuve du risque de développement

Il s'agit de la possibilité pour le fabricant de s'exonérer de sa responsabilité de plein droit en apportant la preuve que l'état des connaissances scientifiques et techniques, en son niveau le plus avancé, ne lui permettait pas de déceler l'existence du défaut de son produit au moment où il l'a mis en circulation. Il y a là une différence majeure par rapport au régime jurisprudentiel antérieur puisque, désormais, dans l'instance opposant le fabricant d'un produit défectueux et la victime de ce produit, une dialectique peut se nouer sur le point de

savoir si le premier a, ou n'a pas, connu ou été en mesure de connaître les effets nocifs en cause au moment de la mise sur le marché ou au moment de la commercialisation ou de la prescription de son produit (1^{re} Civ., 19 mars 2009, pourvoi n° 08-10.143).

On sait que, avant la directive, la jurisprudence interne décidait que le fabricant d'un produit, qui s'était révélé, à l'usage, défectueux ou nocif, était présumé en avoir connu le vice, même si l'état des connaissances ne l'avait pas mis en mesure de s'en assurer effectivement, et il était donc tenu de répondre des dommages en découlant, soit parce que ce vice, interne au produit, ne répondait pas à la condition d'extériorité exigée de la force majeure, soit en vertu d'une obligation de sécurité de résultat (notamment, en cas d'atteinte à la santé : 1^{re} Civ., 3 mars 1998, pourvoi n° 96-12.078, *Bull.* 1998, I, n° 95).

Sur ce point, la directive avait prévu, en son article 15, que chaque État membre pouvait, par dérogation à l'article 7 point e, maintenir ou, sous réserve de la procédure définie au paragraphe 2 dudit article, prévoir dans sa législation que le producteur est responsable même s'il prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation de son produit ne lui permettait pas de déceler l'existence du défaut. Il s'agissait d'une faculté optionnelle négative, permettant à l'État d'écarter, s'il en manifestait le souhait, le principe posé de la possibilité pour le fabricant de rapporter la preuve de la cause d'exonération considérée. Pendant toute la période précédant la transposition, l'État français n'a pas exercé sa faculté optionnelle négative. La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur les conséquences à tirer de l'option laissée aux États quant à l'insertion ou non dans le droit interne du risque de développement comme cause d'exonération du fabricant, en retenant que « si le juge national, saisi d'un litige dans une matière entrant dans le domaine d'application d'une directive, est tenu d'interpréter son droit interne à la lumière du texte et de la finalité de cette directive, c'est à la condition que celle-ci soit contraignante pour l'État membre et ne lui laisse pas une faculté d'option pour l'adaptation de son droit national au droit communautaire » (1^{re} Civ., 9 juillet 1996, pourvois n° 93-20.412 et n° 93-19.160, *Bull.* 1996, I, n° 304; 1^{re} Civ., 15 mai 2007, pourvoi n° 05-10.234, *Bull.* 2007, I, n° 185; 1^{re} Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-12.777), de sorte qu'elle a pu maintenir sa jurisprudence antérieure jusqu'à l'intervention de la loi de transposition qui permet désormais au fabricant d'invoquer le risque de développement (article 1386-11 4° du code civil).

Il incombe évidemment au fabricant qui invoque le risque de développement de rapporter la preuve de l'impossibilité de déceler l'existence du défaut de son produit au moment de sa mise en circulation ou de sa commercialisation (1^{re} Civ., 19 mars 2009, pourvoi n° 08-10.143).

B. La charge du risque des preuves pour la victime

Si le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux est apparemment favorable aux victimes en ce qu'il instaure la responsabilité de plein droit du fabricant, lequel ne peut s'en exonérer que dans des conditions strictes, il se révèle cependant périlleux en raison de la difficulté de rapporter les preuves mises à leur charge, tout particulièrement dans une situation d'incertitude scientifique.

La jurisprudence de la Cour de cassation s'est essentiellement construite à l'occasion des affaires mettant en cause des médicaments, vaccins ou produits à finalité thérapeutique.

Dans ce contexte, elle a posé en principe que si, conformément à la législation en vigueur, il appartient à la personne qui invoque un dommage qu'elle attribue à l'absorption, à l'injection, à l'application d'un tel produit, d'apporter la preuve de ce dommage, du défaut du produit et du lien de causalité entre l'un et l'autre, il lui incombe auparavant d'établir le fait premier de l'exposition à ce produit ou de son utilisation. Il résulte ainsi de la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation qu'il appartient à la personne qui impute l'apparition de la maladie dont elle est atteinte à la prise d'un médicament par sa mère, à l'époque de la grossesse de celle-ci, de prouver qu'elle a été exposée à ce médicament, dès lors qu'il n'est pas établi que la molécule incriminée était la seule cause possible de la pathologie (1^{re} Civ., 5 avril 2005, pourvois n° 02-11.947 et n° 02-12.065, *Bull.* 2005, I, n° 173 ; 1^{re} Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-10.081, *Bull.* 2009, I, n° 186). Cette preuve renferme l'exigence que cette exposition ou cette utilisation puisse entraîner le dommage allégué (1^{re} Civ., 5 avril 2005, déjà cité), autrement dit qu'il soit démontré que le produit puisse être à l'origine du dommage.

Le défaut de sécurité est, au sens de la législation considérée, une notion complexe, puisque l'appréciation de cette sécurité doit se faire en tenant compte de toutes les circonstances, lors de la mise en circulation ou de la commercialisation du produit concerné, notamment sa présentation et l'usage qui peut en être raisonnablement attendu. La définition légale du défaut met en évidence qu'il ne doit pas être envisagé en la personne qui invoque un dommage mais en considération d'un rapport bénéfice/risque. Or l'on conçoit la difficulté pour la partie demanderesse d'apporter la preuve d'un rapport défavorable, faute de pouvoir justifier de la population utilisatrice du produit et de celle victime des mêmes effets et de pouvoir évaluer précisément les termes de ce rapport, même si la gravité des effets nocifs, retenue dans certains arrêts, est de nature à faciliter cette évaluation (1^{re} Civ., 5 avril 2005, déjà cité ; 1^{re} Civ., 25 juin 2009, pourvois n°s 08-12.632, 08-14.197 et 08-20.706). À cet égard, on a déjà dit que la simple implication du produit dans la réalisation du dommage ne suffit pas à établir son défaut au sens de l'article 1386-1 du code civil ni le lien de causalité entre ce défaut et le dommage, même si son utilisation a pu faciliter ou favoriser l'apparition de désordres (1^{re} Civ., 22 octobre 2009, pourvoi n° 08-15.171) et que le seul fait qu'un médicament entraîne des troubles ne caractérise pas un défaut (1^{re} Civ., 19 mars 2009, pourvoi n° 08-10.143), de même que l'existence du défaut ne peut se déduire de l'incertitude scientifique quant à l'innocuité ou l'absence de nocivité du produit (1^{re} Civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 06-18.843) ou qu'un éventuel défaut de sécurité d'un vaccin ne peut se déduire du seul fait que l'hypothèse d'un risque vaccinal non démontrée ne pouvait être exclue (1^{re} Civ., 27 février 2007, pourvoi n° 06-10.063). Ainsi, les juges du fond ne sauraient se borner à retenir que certains des principes actifs d'un médicament sont dangereux, mais doivent rechercher si, au regard des circonstances, notamment de l'usage que le public peut raisonnablement en attendre ou de la gravité des effets nocifs constatés, le produit est défectueux.

La difficulté est encore accrue en cas d'incertitude scientifique ou technique quant à l'origine du dommage, c'est-à-dire quant à la cause de la maladie.

Il a d'abord été jugé qu'en retenant la responsabilité d'un laboratoire, fabricant d'un vaccin, après avoir constaté que l'étiologie de la maladie attribuée à ce vaccin était inconnue et que ni les expertises ni les études scientifiques ne concluaient à l'existence d'une association entre

la vaccination et la maladie, sans toutefois pouvoir être exclue de façon certaine, une cour d'appel n'avait pas tiré les conséquences légales de ses constatations desquelles il résultait que le défaut du vaccin comme le lien de causalité entre la vaccination et la maladie ne pouvaient être établis (1^{re} Civ., 23 septembre 2003, pourvoi n° 01-13.063, *Bull.* 2003, I, n° 188).

Par la suite et dans une recherche de cohérence avec la jurisprudence du Conseil d'État (CE, 9 mars 2007, n° 267635, Mme Schwartz c. Centre hospitalier général de Sarreguemines ; n° 278665, Commune de Grenoble c. Mme Stéfani ; n° 285288, Mme Thomas c. Assistance publique-Hôpitaux de Paris ; n° 283067, Mme Poulard c. Ministre de l'emploi et de la solidarité ; CE, 24 octobre 2008, n° 305622, Mme Mercier) et de la deuxième chambre civile (2^e Civ., 25 mai 2004, pourvoi n° 02-30.981, *Bull.* 2004, II, n° 237 ; 2^e Civ., 14 septembre 2006, pourvoi n° 04-30.642) qui admettait, en raison de circonstances particulières tenant au bref délai de l'apparition de la maladie après la vaccination, à l'absence d'antécédents familiaux et à l'absence d'autres causes, l'existence d'un lien de causalité entre la vaccination et l'apparition de la maladie permettant de retenir la responsabilité de l'État au titre de la vaccination obligatoire ou la reconnaissance d'une maladie professionnelle, la première chambre civile, quoique statuant en matière de responsabilité et non de solidarité, a assoupli sa jurisprudence en censurant les décisions qui s'étaient fondées sur l'absence de preuve scientifique en raison de l'ignorance de l'étiologie de la maladie (la sclérose en plaques) pour en déduire qu'il n'existait pas de lien de causalité entre la vaccination et le développement de la maladie et en admettant que la preuve du caractère défectueux du vaccin et du lien de causalité pouvait résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes (1^{re} Civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 05-20.317, *Bull.* 2008, I, n° 148 et 1^{re} Civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 06-10.967, *Bull.* 2008, I, n° 149). Il résulte ainsi de la jurisprudence qu'en matière de responsabilité du fait d'un produit défectueux, la preuve scientifique certaine d'un lien de causalité entre l'injection vaccinale et le déclenchement de la pathologie n'est pas requise et le rôle causal peut résulter de simples présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes (1^{re} Civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-12.781, *Bull.* 2009, I, n° 141, excluant l'exigence d'une preuve formelle d'un lien de causalité direct et certain).

Les présomptions étant laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond, le risque est que les demandeurs agissant à l'encontre des laboratoires voient les éléments qu'ils produisent au soutien de leur action en responsabilité appréciés différemment. Actuellement, la jurisprudence semble stabilisée puisque plusieurs décisions récentes ont rejeté les pourvois des arrêts qui avaient débouté les personnes vaccinées au moyen des produits litigieux et atteintes de la sclérose en plaques, au motif qu'avaient été souverainement appréciées la valeur et la portée des éléments de preuve, soit que plusieurs facteurs pouvaient être à l'origine de la maladie (1^{re} Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-16.449, *Bull.* 2009, I, n° 11), soit que, les présomptions n'ayant pas été jugées graves, précises et concordantes, le lien de causalité entre la vaccination et l'affection était purement et simplement récusé (1^{re} Civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 06-18.848 ; 1^{re} Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-16.097, *Bull.* 2009, I, n° 185 ; 1^{re} Civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15.289). De manière très nette, la première chambre a rejeté un pourvoi contre un arrêt ayant débouté une personne atteinte de la sclérose en plaques après une vaccination contre l'hépatite B, en relevant que « la cour d'appel [avait] estimé souverainement qu'en l'absence de consensus scientifique en faveur d'un lien de causalité entre la vaccination et les affections démyélinisantes, le fait que [la

demanderesse] ne présentait aucun antécédent personnel ou familial et le fait que les premiers symptômes étaient apparus quinze jours après la dernière injection ne constituaient pas des présomptions graves, précises et concordantes, en sorte que n'était pas établie une corrélation entre l'affection [...] et la vaccination » (1^{re} Civ., 25 novembre 2010, pourvoi n° 09-16.556, *Bull.* 2010, I, n° 245).

On peut penser que, sans remettre en cause ni s'écarter catégoriquement de l'assouplissement réalisé en 2008 pour admettre la preuve par présomptions, cette position actuelle marque, dans le cas particulier de l'origine inconnue du dommage, un retour à l'assujettissement de la preuve juridique à la preuve scientifique, et ce en amont de la triple preuve mise à la charge du demandeur, soit au stade de l'imputabilité du dommage à la vaccination et au produit, l'absence de la seconde faisant échec à l'établissement de la première par les présomptions. De fait, si la certitude scientifique permet d'admettre l'imputabilité du dommage à l'utilisation du produit (1^{re} Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-16.305, *Bull.* 2009, I, n° 187, qui retient que dès lors qu'il est constaté que l'hormone de synthèse avait bien été la cause directe de la pathologie tumorale dont faisait état la demanderesse, il en découlait qu'elle avait été effectivement exposée *in utero* à ladite molécule), en revanche, la totale incertitude, portant sur le principe même du lien de causalité susceptible d'exister entre l'administration ou l'injection du produit et l'apparition de la maladie en raison de l'ignorance de l'étiologie de celle-ci, fait logiquement obstacle à la reconnaissance d'une causalité générale déterminée et à la démarche consistant à procéder par élimination des autres causes, tant il est vrai que la situation particulière qui requiert la triple preuve caractérisant la responsabilité de plein droit du fabricant doit s'inscrire dans une réalité première dont cette situation procède (1^{re} Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-10.081, *Bull.* 2009, I, n° 186 : il appartient à la personne qui impute l'apparition de la maladie dont elle est atteinte à la prise d'un médicament par sa mère, à l'époque de la grossesse de celle-ci, de prouver qu'elle a été exposée à ce médicament, dès lors qu'il n'est pas établi que la molécule incriminée était la seule cause possible de la pathologie). L'indétermination de l'origine du dommage, comme l'incertitude de l'exposition ou de l'utilisation, est donc exclusive de la responsabilité du fait d'un produit défectueux en ce qu'elle ne permet pas d'apporter la preuve d'un lien causal premier.

À ces difficultés probatoires auxquelles se heurtent les victimes, il faut encore ajouter évidemment la nécessité de combattre les cas d'exonération que le producteur ou fabricant peut invoquer.

Dans ces conditions, on mesure que la charge du risque imputée au fabricant peut, en définitive, se révéler très légère.

Section 2. Le risque dans le régime de responsabilité en matière d'accidents de la circulation

Sous-section 1. L'appréhension du risque inhérent à la circulation

Il vaut d'être souligné liminairement que les accidents de la circulation ne relèvent de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 que dans la mesure où les conditions relatives au domaine d'application de ce texte sont remplies.

A. La notion d'implication et ses conséquences

Définition de l'implication

La jurisprudence, y compris la plus récente, est dans le sens d'une extension du bénéfice de cette loi spéciale. C'est en effet parce qu'il crée le risque dans la circulation que le conducteur d'un véhicule peut être tenu d'indemniser les victimes de l'accident survenu sur la seule base de son implication dans celui-ci.

L'implication remplace donc la causalité dans l'accident, catégorie étrangère à l'application de la loi Badinter. Une jurisprudence ancienne et abondante en donne une définition stabilisée désormais sous la formule : « est impliqué au sens de l'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1985, tout véhicule qui est intervenu à un titre quelconque dans la survenance de l'accident » (2^e Civ., 4 juillet 2007, pourvoi n° 06-14.484, *Bull.* 2007, II, n° 177).

La jurisprudence antérieure retenait plusieurs formulations mais qui procèdent de la même idée d'une conception plus large de la notion d'implication que celle qui s'attache au lien de causalité, ce dernier fût-il compris dans les termes de l'équivalence des conditions : « est impliqué tout véhicule qui est intervenu à quelque titre que ce soit dans la survenance de l'accident » (voir notamment : 2^e Civ., 18 mars 1998, pourvoi n° 96-13.726, *Bull.* 1998, II, n° 88; 2^e Civ., 27 mai 1998, pourvoi n° 96-22.040, *Bull.* 1998, II, n° 162; 2^e Civ., 24 juin 1998, pourvoi n° 96-20.575, *Bull.* 1998, II, n° 205); « [un véhicule est impliqué] dès lors qu'il a joué un rôle quelconque dans la réalisation de l'accident » (voir notamment : 2^e Civ., 17 décembre 1998, pourvoi n° 96-19.656; 2^e Civ., 24 février 2000, pourvoi n° 98-12.731, *Bull.* 2000, II, n° 30; 2^e Civ., 24 février 2000, pourvoi n° 98-18.448, *Bull.* 2000, II, n° 31; 2^e Civ., 18 mai 2000, pourvoi n° 98-10.190, *Bull.* 2000, II, n° 79; 2^e Civ., 29 novembre 2001, pourvoi n° 00-10.549, *Bull.* 2001, II, n° 175; 2^e Civ., 14 novembre 2002, pourvoi n° 00-20.594, *Bull.* 2002, II, n° 252).

Les circonstances de fait de ces différentes décisions éclairent la conception très large que la Cour de cassation retient de la notion d'implication au travers de sa définition, notamment en l'absence de tout contact, lorsque le comportement de l'un des conducteurs a été en relation avec celui de l'autre (2^e Civ., 18 mai 2000, pourvoi n° 98-10.190, *Bull.* 2000, II, n° 79). Il ne suffit en effet pas de démontrer l'absence de contact pour démontrer le défaut d'implication (2^e Civ., 14 novembre 2002, pourvoi n° 00-20.594, *Bull.* 2002, II, n° 252).

Est donc impliquée dans un accident de la circulation une balayeuse qui a projeté des gravillons devant le domicile d'une personne qui a fait une chute quelques instants plus tard en voulant les balayer (2^e Civ., 24 avril 2003, pourvoi n° 01-13.017, *Bull.* 2003, II, n° 104), de même qu'un véhicule qui, en raison de dégâts matériels occasionnés par un autre véhicule, s'élance à sa poursuite à vive allure en faisant des appels de phares, la conductrice de ce véhicule ayant perdu le contrôle de ce dernier dans un virage (2^e Civ., 18 mai 2000, pourvoi n° 98-10.190, précité).

Plus récemment, la deuxième chambre civile a estimé qu'un véhicule de pompiers était impliqué par la voix de son conducteur qui, en sortant de son véhicule et en criant pour donner l'alerte, avait surpris un cycliste (2^e Civ., 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 10-17.927, *Bull.* 2011, II,

n° 122), ou encore qu'était impliqué le véhicule qui « serrait » de trop près la conductrice d'un scooter, laquelle en a perdu le contrôle (2^e Civ., 4 décembre 2008, pourvoi n° 07-20.734).

Il y a cependant une limite tenant à la caractérisation du rôle, fût-il quelconque, joué par le véhicule impliqué. Ainsi la seule présence d'un véhicule à proximité de l'endroit de la chute d'une motocyclette ne suffit pas à établir son implication (2^e Civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 03-12.323, *Bull.* 2004, II, n° 345); la seule présence d'une voiture dans sa voie de circulation ne suffit pas à caractériser son implication dans la chute d'un cycliste qui circulait en sens inverse (2^e Civ., 25 mai 1994, pourvoi n° 92-19.200, *Bull.* 1994, II, n° 133).

Exclusions du domaine de la loi

Les exclusions prévues à l'article 1^{er} de la loi sont justifiées par l'application, parfois distributive, d'autres régimes d'indemnisation.

Dès lors que sont exclus les véhicules terrestres à moteur « circulant sur les voies qui leur sont propres », la jurisprudence a retenu que l'exclusion ne s'appliquait pas aux trolleybus, reliés à un système par la voie aérienne, et qui n'ont donc pas de « voies propres » (2^e Civ., 12 mai 1993, pourvoi n° 91-22.004, *Bull.* 1993, II, n° 170).

Tel n'est pas le cas en revanche des tramways ou des trains circulant sur les voies SNCF. Concernant ces derniers cependant, la jurisprudence traite de manière spécifique les accidents survenus aux passages à niveau. Il en résulte, d'une part, qu'à cet endroit la voie ferrée ne perd pas son caractère propre et que la loi ne s'applique pas à la SNCF qui demeure exposée au seul droit commun (responsabilité contractuelle liée à la violation d'une obligation de sécurité de résultat), d'autre part, que la loi Badinter s'applique aux dommages causés à la SNCF par les automobiles (2^e Civ., 17 mars 1986, pourvoi n° 84-16.011, *Bull.* 1986, II, n° 40). Sur le second point, cet arrêt se prononçait au sujet des dommages matériels de la SNCF, mais le propos vaut aussi bien pour les dommages corporels qui seraient causés aux passagers du train.

L'intégration des tramways de la dernière génération dans la circulation urbaine a conduit à une évolution des solutions. Le texte cantonnant l'exclusion aux « voies propres », la deuxième chambre civile a estimé que, lorsque le tramway circulait en « voie partagée » avec les autres usagers de la route, sans que sa voie soit matériellement séparée, il était soumis à l'application de la loi Badinter. Cette solution réalise donc une extension du domaine du texte (2^e Civ., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-19.491, *Bull.* 2011, II, n° 132).

Cas du conducteur éjecté et théorie de l'accident complexe

La Cour de cassation considère comme piéton le conducteur descendu de son véhicule pour quelque raison que ce soit (2^e Civ., 10 mars 1988, pourvoi n° 87-10.321, *Bull.* 1988, II, n° 60) ou qui était en train d'en descendre après avoir arrêté le moteur (2^e Civ., 31 mai 1995, pourvoi n° 93-17.100, *Bull.* 1995, II, n° 162). Il en est de même de l'automobiliste resté au volant de sa voiture tandis qu'elle était remorquée (2^e Civ., 14 janvier 1987, pourvoi n° 85-14.655, *Bull.* 1987, II, n° 2) ou de celui qui est descendu de son véhicule pour porter secours à un tiers (2^e Civ., 19 février 1986, pourvoi n° 84-15.797, *Bull.* 1986, II, n° 18; 2^e Civ., 20 juillet 1987, pourvoi n° 86-13.666, *Bull.* 1987, II, n° 164). Mais la qualification

est plus difficile lorsque le conducteur a été éjecté de sa place – plus souvent de sa motocyclette – à la suite d'une première chute ou d'un premier choc.

En principe, la jurisprudence admet que le conducteur éjecté n'est plus aux commandes de son engin lors du second choc et doit être alors traité comme piéton (2^e Civ., 2 décembre 1987, pourvoi n° 86-15.035, *Bull.* 1987, II, n° 255; 2^e Civ., 27 janvier 1988, pourvoi n° 86-16.565, *Bull.* 1988, II, n° 25; 2^e Civ., 18 octobre 1989, pourvoi n° 88-16.572, *Bull.* 1989, II, n° 180; 2^e Civ., 24 mai 1991, pourvoi n° 90-11.283, *Bull.* 1991, II, n° 154; 2^e Civ., 16 avril 1996, pourvoi n° 94-11.904, *Bull.* 1996, II, n° 90; 2^e Civ., 29 avril 1998, pourvoi n° 96-18.421, *Bull.* 1998, II, n° 129; Crim., 9 mars 2004, pourvoi n° 03-84.991, *Bull. crim.* 2004, n° 59). Mais elle a limité cette règle lorsque l'accident s'est passé dans une même unité de temps et dans une même action. Lorsque l'éjection est concomitante au choc, la victime reste conductrice. Tel est le cas lorsque le conducteur glisse avec son engin sur la chaussée et vient percuter un obstacle ou quand il est heurté par le véhicule même qui a provoqué sa chute ou par un autre véhicule mais simultanément ou presque simultanément (2^e Civ., 15 mai 1992, pourvoi n° 91-11.330, *Bull.* 1992, II, n° 140; 2^e Civ., 31 mars 1993, pourvoi n° 91-12.353, *Bull.* 1993, II, n° 133; 2^e Civ., 8 décembre 1993, pourvoi n° 92-13.452, *Bull.* 1993, II, n° 351; 2^e Civ., 16 avril 1996, pourvoi n° 93-18.897, *Bull.* 1996, II, n° 91; 2^e Civ., 28 janvier 1998, pourvoi n° 96-10.045, *Bull.* 1998, II, n° 26; 2^e Civ., 5 juin 2003, pourvoi n° 01-17.486, *Bull.* 2003, II, n° 168).

Cette dernière jurisprudence doit être mise en relation avec celle relative aux accidents en chaîne considérés comme un accident complexe, de ce fait unique et indivisible. La deuxième chambre civile retient ainsi, dans un arrêt du 2 octobre 2008 (pourvoi n° 07-15.902), que « les collisions successives étaient intervenues dans un enchaînement continu, ce dont il résultait que tous les véhicules étaient impliqués dans un accident complexe [...] » (voir aussi, 2^e Civ., 3 mai 2006, pourvoi n° 05-13.251; 2^e Civ., 13 mai 2004, pourvoi n° 02-17.545, *Bull.* 2004, II, n° 224).

Pour éviter le caractère parfois artificiel de l'analyse en deux accidents distincts, qui peut être la seule solution pour rendre inopposable au conducteur éjecté la faute qu'il a commise au début du processus de l'accident comme conducteur, il a été proposé de permettre que, au sein d'un accident unique, on puisse changer de qualité. Mais la jurisprudence a finalement décidé qu'il n'était pas opportun d'obscurcir la théorie de l'accident complexe, dont la raison d'être est la simplification de l'analyse des carambolages en série (2^e Civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-67.627, *Bull.* 2010, II, n° 127 : « la qualité de conducteur ou de piéton de la victime ne [peut] changer au cours de l'accident reconnu comme un accident unique et indivisible ». La solution est sévère pour le conducteur éjecté, qui peut se voir opposer sa faute de conduite et se trouver ainsi privé d'indemnisation à la suite d'un accident corporel grave, mais cette sévérité s'explique par des raisons de politique jurisprudentielle : c'est le conducteur qui a, initialement, introduit par la commission d'une faute de conduite le risque dans la circulation.

La jurisprudence sur la notion d'accident complexe n'est cependant pas tarie, ni par la définition que la Cour de cassation en a donnée, ni par le traitement spécifique du cas du conducteur éjecté. Il a été récemment apporté des solutions à la situation dans laquelle un animal se trouve inclus dans le processus de l'accident. Par un arrêt du 13 juillet 2000 (2^e Civ.,

13 juillet 2000, pourvoi n° 98-21.530, *Bull.* 2000, II, n° 126), la deuxième chambre civile a jugé qu'était impliqué dans un accident un véhicule dont le déclenchement de l'alarme en même temps qu'un feu d'artifice et une sirène de pompiers avait concouru directement à l'affolement de chevaux et participé à provoquer leur fuite initiale, au galop, sur une route, fuite qui s'est achevée par le heurt avec une voiture, après avoir été ramenés au trot et être à nouveau partis au galop lors de leur dépassement par un véhicule des pompiers utilisant ses avertisseurs.

La deuxième chambre civile a en revanche retenu que l'enchaînement des collisions était discontinu lorsque celui-ci n'était constitué que par le fait d'un sanglier qui, après avoir été heurté par un premier véhicule entré en collision avec un second, a poursuivi sa route et en a heurté un troisième, non impliqué (2^e Civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-14.658).

B. La notion de véhicule terrestre à moteur

Ont été considérés comme « véhicules terrestres à moteur », expression prise au pied de la lettre, les engins les plus divers dès lors que cette qualification est intimement liée à l'obligation d'assurance. C'est sans doute pour cette raison, l'absence d'obligation d'assurance, que la Cour de cassation a considéré qu'une voiture électrique pour enfant évoluant dans un manège, assimilable à un jouet, n'était pas un véhicule terrestre à moteur (2^e Civ., 4 mars 1998, pourvoi n° 96-12.242, *Bull.* 1998, II, n° 65).

Elle retient également qu'est un véhicule terrestre à moteur une tondeuse à gazon autoportée, « engin à moteur doté de quatre roues lui permettant de circuler, équipé d'un siège sur lequel une personne prend place pour le piloter » (2^e Civ., 24 juin 2004, pourvoi n° 02-20.208, *Bull.* 2004, II, n° 308).

Le surplus de la jurisprudence concerne principalement les engins agricoles ; plusieurs décisions ont conclu à l'application de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 à des accidents dans lesquels étaient impliqués un tracteur agricole sur lequel était fixée une fourche hydraulique ayant chuté (2^e Civ., 6 juin 2002, pourvois n° 00-11.233 et n° 00-10.187, *Bull.* 2002, II, n° 114), des tracteurs dont des étincelles provenant du moteur ou de l'échappement avaient provoqué un incendie (2^e Civ., 21 juin 2001, pourvoi n° 99-15.732, *Bull.* 2001, II, n° 122 ; 2^e Civ., 8 novembre 1995, pourvoi n° 94-10.944, *Bull.* 1995, II, n° 268), un « bourgoin » dont le moteur lui permettait de se mouvoir le long de la remorque où se trouvait la victime (2^e Civ., 19 février 1997, pourvoi n° 95-14.279, *Bull.* 1997, II, n° 42).

C. La notion de circulation

L'outil à moteur qui se déplace peut être, on l'a vu, un véhicule terrestre à moteur, s'il cause un dommage en se déplaçant. Réciproquement, une voiture ou un camion, ou l'un de ses éléments, peut ne pas être considéré comme un véhicule terrestre à moteur s'il n'est pas utilisé dans sa fonction de déplacement. La genèse de cette jurisprudence résulte de plusieurs arrêts.

Des arrêts anciens, mais tout aussi empreints d'éléments factuels que les plus récents, renaient déjà l'implication lorsque les blessures avaient été causées par le déplacement du véhicule, l'immobilité de celui-ci apparaissant comme un premier critère susceptible d'exclure

l'implication. Ainsi, ne relève pas de la loi Badinter une blessure causée par l'abaissement de la porte d'un van alors que, le véhicule étant immobile, seul un élément d'équipement utilitaire étranger à sa fonction de déplacement était en cause (2^e Civ., 5 novembre 1998, pourvoi n° 95-18.064, *Bull.* 1998, II, n° 256). Entre en revanche dans les prévisions de la loi une pelle mécanique ayant écrasé la victime avec sa partie chenillée, l'accident ayant été causé par l'engin automoteur lui-même à la suite de son déplacement même involontaire (2^e Civ., 19 novembre 1998, pourvoi n° 97-11.888, *Bull.* 1998, II, n° 274, 1^{re} espèce).

Un arrêt du 23 octobre 2003 (2^e Civ., 23 octobre 2003, pourvoi n° 02-13.989, *Bull.* 2003, II, n° 315) a approuvé une cour d'appel d'avoir écarté l'application de la loi du 5 juillet 1985 précitée dans le cas d'un incendie qui s'était déclaré dans le moteur d'un camion alors que l'ensemble routier avait été installé en poste fixe dans l'enceinte du bâtiment en vue d'effectuer un chargement de copeaux de bois à l'aide de tuyaux d'aspiration raccordés sur la remorque. Le camion, qui se trouvait à l'arrêt dans un lieu fermé à la circulation, était utilisé exclusivement dans son activité spécifique de machine-outil, totalement étrangère à sa fonction de déplacement.

Un arrêt du 8 juillet 2003 (1^{re} Civ., 8 juillet 2003, pourvoi n° 00-18.216, *Bull.* 2003, I, n° 160) a approuvé une cour d'appel d'avoir exclu l'implication d'un véhicule immobile dont seul un élément d'équipement improvisé, en l'espèce une nacelle, étranger à sa fonction de déplacement, était en cause.

Un arrêt du 8 mars 2001 (2^e Civ., 8 mars 2001, pourvoi n° 98-17.678, *Bull.* 2001, II, n° 42) a également exclu l'implication de l'auvent d'une remorque (pour être complet : un camion de pizzas) ayant causé des blessures au motif que, si l'auvent faisait partie intégrante de la remorque, accessoire du véhicule assuré, et que son ouverture n'était pas seulement liée à l'activité professionnelle de l'assurée, comme l'avait retenu la cour d'appel, il n'en demeurait pas moins que, le véhicule étant immobile, seul un élément d'équipement utilitaire étranger à sa fonction de déplacement était en cause.

Par un autre arrêt rendu le même jour (2^e Civ., 8 mars 2001, pourvoi n° 99-13.525, *Bull.* 2001, II, n° 43), la deuxième chambre civile a exclu l'implication d'une benne d'une remorque en retenant qu'au moment de l'accident, l'ensemble routier était immobile, la benne de la remorque se levant sous l'action d'un vérin hydraulique, et que la benne et son appareil de levage, en activité de travail, éléments d'équipement utilitaires étrangers à la fonction de déplacement, étaient seuls en cause.

Enfin, toujours au chapitre des classiques de la deuxième chambre civile, il faut citer un arrêt du 20 octobre 2005 (2^e Civ., 20 octobre 2005, pourvoi n° 04-15.418, *Bull.* 2005, II, n° 255) qui a décidé que la blessure causée par la projection d'un objet transporté et d'un tendeur élastique, accessoire nécessaire au transport autorisé sur le toit d'un véhicule terrestre à moteur, fût-il en stationnement sur la voie publique, moteur arrêté, résultait d'un accident de la circulation au sens de la loi du 5 juillet 1985.

Deux arrêts récents sont venus confirmer que l'immobilité du véhicule était un indice du critère déterminant de l'exclusion de l'implication, critère tiré de ce que le véhicule, ou un élément de celui-ci, était intervenu dans une fonction étrangère à la fonction de circulation. Par un arrêt du 19 octobre 2006, la règle a été rappelée, la Cour ayant retenu que « le

camion-citerne [était] immobile au moment du sinistre, et que seule était en cause la pompe servant au transvasement du gaz liquide de sa citerne vers la cuve de stockage externe, élément d'équipement utilitaire étranger à sa fonction de déplacement, ce dont il résultait que ce véhicule n'était pas impliqué dans un accident de la circulation [...]» (2^e Civ., 19 octobre 2006, pourvoi n° 05-14.338, *Bull.* 2006, II, n° 275). La même solution a été retenue dans le cas d'un salarié tombé, sans raison autre que son état, du hayon d'un camion en cours de déchargement de marchandises (2^e Civ., 8 octobre 2009, pourvoi n° 08-15.967).

L'intérêt de ce contentieux, récurrent sans être abondant, est double. Lorsque l'élément du véhicule dont l'implication est discutée est en mouvement, la responsabilité n'est pas en cause. Si l'accident ne relève pas de la loi Badinter, la responsabilité du gardien de la chose, tout aussi favorable à la victime, pourra être engagée. C'est alors la détermination de l'assureur débiteur de l'indemnisation qui est en cause. La solution est en revanche parfois plus sévère pour la victime lorsque l'élément du véhicule est inerte. Si l'implication n'est pas retenue, comme dans le dernier arrêt cité du 8 octobre 2009, la victime ne pourra agir sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil qu'à condition de rapporter la preuve du caractère anormal de la chose alléguée comme instrument du dommage.

D. Un régime autonome de responsabilité

Les premières années d'application de la loi du 5 juillet 1985 avaient vu naître un débat sur son insertion dans le droit positif. Prenant acte de son titre (loi « tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation [...] »), une doctrine avait pu soutenir qu'elle constituait un droit spécial dérogatoire au seul droit commun de l'indemnisation. La Cour de cassation a tranché cette question en décidant au contraire que la loi du 5 juillet 1985 instaurait un régime autonome de responsabilité sur lequel on devait assigner, en se prononçant par des formules nettes (la loi du 5 juillet 1985 est « seule applicable à un accident de la circulation »).

Elle a donc exclu l'application aux actions des victimes impliquées dans un accident de la circulation des articles 1382 (2^e Civ., 7 mai 2002, pourvoi n° 00-20.649, *Bull.* 2002, II, n° 87) et 1384, alinéa 1^{er}, du code civil (2^e Civ., 23 janvier 2003, pourvoi n° 01-16.067, *Bull.* 2003, II, n° 7), mais également de la responsabilité contractuelle (2^e Civ., 10 juin 1998, pourvoi n° 96-17.787 ; 2^e Civ., 21 juin 2001, pourvoi n° 99-15.732, *Bull.* 2001, II, n° 122), y compris lorsque seuls des dommages matériels causés au véhicule sont en cause (2^e Civ., 10 juillet 2008, pourvoi n° 07-18.311). C'est alors l'article 5 de la loi Badinter qui est applicable. L'exclusion de la responsabilité contractuelle, en dépit de la règle du non-cumul, se justifie par l'article 1^{er} de la loi qui dispose que celle-ci s'applique « que la victime ait été transportée en vertu d'un contrat ou non », même s'il est couramment admis que cette précision concerne essentiellement le transporté bénévole. D'une certaine façon, la loi Badinter instaure, avant la responsabilité du fait des produits défectueux, un régime de responsabilité qui se présente comme ni contractuel, ni extracontractuel.

Une décision d'espèce vient nuancer le caractère systématique de l'exclusion de tout autre régime de responsabilité susceptible de s'appliquer à la réparation des dommages causés par l'accident de la circulation. Par l'arrêt du 28 mai 2009 (2^e Civ., 28 mai 2009, pourvoi n° 08-13.310, *Bull.* 2009, II, n° 128), la deuxième chambre civile a étendu au domaine des

accidents de la circulation l'immunité du préposé résultant de l'arrêt d'assemblée plénière du 25 février 2000 (Ass. plén., 25 février 2000, pourvois n° 97-17.378 et n° 97-20.152, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 2). Dans cette affaire, la victime d'un accident de la circulation avait assigné en indemnisation de son préjudice, sur le fondement de la loi Badinter, le préposé d'une société qui conduisait, dans l'exercice de ses fonctions, le véhicule impliqué dans l'accident, véhicule appartenant à son employeur, lequel avait été ultérieurement placé en liquidation judiciaire. Admettre l'immunité du préposé, qui s'applique en principe seulement lorsque l'article 1384, alinéa 5, du code civil est visé, revient à écorner le principe de l'exclusivité de la loi Badinter. Néanmoins, la qualification d'accident de la circulation n'étant pas remise en cause, la victime n'était pas sans indemnisation puisque le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages avait vocation, faute de débiteur d'indemnisation solvable, à intervenir.

Sous-section 2. L'indemnisation du risque réalisé

Le dispositif étant fondé sur un droit à indemnisation, la première condition, à la limite du domaine d'application, est celle de l'existence d'un débiteur d'indemnisation impliqué dans l'accident : lorsque le conducteur d'une voiture est seul impliqué dans l'accident, il est victime d'un accident de la circulation au sens de la loi Badinter mais il ne peut exercer de recours contre personne. La Cour de cassation a tranché dans ce sens quelques hypothèses marginales, telle celle d'une conductrice, sortie de son véhicule pour aller fermer la porte de son garage, blessée par un mouvement de sa voiture. Un tel accident ne peut donner lieu à un recours du conducteur contre son propre assureur (2^e Civ., 13 juillet 2006, pourvoi n° 05-17.095, *Bull.* 2006, II, n° 199).

La détermination du débiteur d'indemnisation résulte clairement de l'article 2 de la loi Badinter : il s'agit du propriétaire ou du gardien du véhicule impliqué. La jurisprudence applique donc la règle traditionnelle selon laquelle le propriétaire d'un véhicule est présumé en être le gardien, sauf pour lui à rapporter la preuve contraire d'un transfert de la garde matérielle.

La règle est protectrice des victimes en ce que la Cour de cassation considère que le doute sur la qualité de conducteur ne profite pas au propriétaire : même s'il n'est pas établi qu'il est conducteur, le propriétaire d'un véhicule impliqué dans un accident de la circulation en est présumé gardien et reste tenu, en cette qualité, d'indemniser les victimes (2^e Civ., 19 juin 2003, pourvoi n° 00-18.991, *Bull.* 2003, II, n° 198).

Dès lors qu'une victime est blessée dans un accident de la circulation impliquant un véhicule terrestre à moteur, elle a droit à la réparation de ses préjudices. Le bannissement de la notion de causalité implique donc de ne pas déduire l'indemnisation d'un fait générateur (recherche du « responsable » de l'accident) et de ne pas penser les articles 2 à 6 de la loi Badinter comme des causes d'exonération. Pour autant, tout risque pour la victime de ne pas être indemnisée n'est pas écarté.

Ni la force majeure, ni le fait du tiers ne peuvent être opposés, et les fautes des différentes victimes prévues aux articles 3 et 4, qui ne sont pas des causes d'exonération puisqu'il n'y a ni responsable ni causalité, sont des limitations du droit à indemnisation (à l'exception de

la référence, dans l'article 3, à la faute « cause exclusive de l'accident »). D'où la nécessité de déterminer à quelle catégorie appartient la victime pour connaître le type de faute susceptible de lui être opposée. Le contentieux de l'indétermination de la qualité de conducteur se règle donc suivant les règles de preuve applicables au doute persistant : le doute profite ici à la victime, le juge, à défaut de disposer de suffisamment d'éléments pour dire qu'elle était conductrice, devant la présumer piéton (2^e Civ., 18 février 2010, pourvoi n° 09-12.278).

La limitation ou l'exclusion du droit à indemnisation des piétons est la conséquence des deux catégories de fautes qualifiées visées à l'article 3 de la loi Badinter : la faute intentionnelle (faute volontaire d'une victime recherchant le dommage) et la faute inexcusable, cause exclusive de l'accident. Les deux types de faute font l'objet d'une interprétation très restrictive de la part de la Cour de cassation. Si la première recouvre, peu ou prou, l'hypothèse du suicide ou de la tentative de suicide, la seconde est précisément définie comme « la faute volontaire d'une exceptionnelle gravité exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience » (Ass. plén., 10 novembre 1995, pourvoi n° 94-13.912, *Bull.* 1995, Ass. plén., n° 6 ; 2^e Civ., 30 juin 2005, pourvoi n° 04-10.996, *Bull.* 2005, II, n° 174). Ne sont pas considérés comme faute inexcusable des comportements pourtant très graves, tel celui du piéton heurté de plein fouet par une voiture, alors qu'il se trouvait au milieu de la voie de gauche sur une route départementale, hors agglomération, à 4 h 20 du matin par temps de pluie, en un lieu dépourvu d'éclairage public et qu'il était en état d'ivresse (Ass. plén., n° 6 précitée ; pour une autre illustration : 2^e Civ., 3 juillet 2003, pourvoi n° 01-16.405, *Bull.* 2003, II, n° 223). Il serait cependant inexact d'en déduire que la faute inexcusable n'est jamais retenue (2^e Civ., 5 février 2004, pourvoi n° 02-18.587, *Bull.* 2004, II, n° 40).

Une victime relevant de l'article 3 de la loi Badinter dispose, en raison de son âge à la date de l'accident, d'un droit à la réparation intégrale qu'aucune faute personnelle, même inexcusable, ne peut réduire et qui détermine ainsi l'ampleur de sa créance d'indemnisation. Cette règle ayant une portée générale, la deuxième chambre civile a jugé que le tiers payeur ayant indemnisé la victime pouvait s'en prévaloir, dans l'exercice de son recours subrogatoire, contre le responsable (2^e Civ., 17 juin 2010, pourvoi n° 09-67.530, *Bull.* 2010, II, n° 114).

La limitation du droit à indemnisation des victimes conductrices appelle des développements spécifiques. Selon l'article 4 de la loi Badinter, toute faute leur est opposable, dans les conditions du droit commun. Cette absence de traitement spécial du conducteur victime a été voulue par le législateur mais elle a suscité récemment plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité pour tenter de la remettre en cause, plus de vingt-cinq ans après la promulgation de la loi. Par une décision publiée (2^e Civ., 16 décembre 2010, pourvoi n° 10-17.096, *Bull.* 2010, II, n° 10), la deuxième chambre civile a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité qui critiquait le traitement du conducteur victime au regard du principe d'égalité. Elle a estimé qu'il n'y avait pas d'atteinte à ce principe lorsque le législateur traitait différemment des victimes placées dans des situations différentes, en prenant de surcroît un certain nombre de garanties (respect du principe de proportionnalité sous le contrôle du juge). Cette solution a été réitérée par un nouveau refus de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité semblable le 31 mars 2011 (2^e Civ., 31 mars 2011, pourvoi n° 10-25.281).

Une jurisprudence abondante est relative à l'étendue du contrôle de la Cour de cassation sur la faute limitant ou excluant le droit à indemnisation du conducteur victime. Si la Cour de cassation procède au contrôle, en principe léger, de la qualification de faute, comme elle le fait en droit commun, elle abandonne en revanche au pouvoir souverain des juges du fond la détermination du *quantum* de la limitation du droit à indemnisation résultant de cette faute, y compris lorsqu'il y a exclusion du droit à indemnisation (par exemple : 2^e Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-69.042). C'est notamment dans ce dernier cas que la solution est parfois critiquée, mais contrôler l'exclusion sans contrôler la limitation reviendrait à contrôler la faute grave, la Cour de cassation ne pouvant ajouter au texte de l'article 4 de la loi Badinter une condition que celui-ci ne prévoit pas. La Cour de cassation rappelle en effet, plus souvent dans ses arrêts récents, que c'est en raison de la gravité de la faute commise, et seulement pour cette raison, que le droit à indemnisation peut être réduit à due proportion (2^e Civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 10-18.019).

L'abondance de la jurisprudence s'explique par la méconnaissance persistante par les juges du fond de ce critère unique de limitation du droit à indemnisation. Nombreuses sont les décisions témoignant de ce que le juge du fond a raisonné dans des termes de causalité en faisant par exemple référence, et d'une manière qui ne peut être réputée surabondante, à la faute « cause exclusive de l'accident » (2^e Civ., 17 mars 2011, pourvoi n° 10-16.197). Il en est de même lorsque les juges du fond ont fait référence au comportement de l'autre conducteur impliqué non pas pour faire l'analyse de l'accident et se prononcer sur la faute du conducteur victime, mais pour attribuer des parts causales dans l'accident à chacune des fautes commises, mode de raisonnement proscrit par la loi Badinter (2^e Civ., 4 décembre 2008, pourvoi n° 07-20.927). La jurisprudence est parfois critiquée comme peu lisible dans la mesure où, en réputant surabondants des motifs malheureux, certaines décisions échappent à la cassation.

Il est une autre cause d'obscurcissement de la jurisprudence, qui résulte de deux arrêts d'assemblée plénière du 6 avril 2007 ayant imposé que la faute commise par le conducteur victime ait causé son préjudice (Ass. plén., 6 avril 2007, pourvoi n° 05-15.950, *Bull.* 2007, Ass. plén., n° 5 et pourvoi n° 05-81.350, *Bull.* 2007, Ass. plén., n° 6). Un arrêt de chambre mixte du 28 mars 1997 avait déjà indiqué, en même temps qu'il posait le principe de la souveraineté de la limitation du droit à indemnisation, que la faute du conducteur victime devait « avoir contribué à la réalisation de son dommage » (Ch. mixte, 28 mars 1997, pourvoi n° 93-11.078, *Bull.* 1997, Ch. mixte, n° 1). Les deux arrêts du 6 avril 2007 sont relatifs, quant à eux, à l'état d'alcoolémie du conducteur victime, jugé sans relation avec la réalisation de son dommage, et par conséquent insusceptible d'emporter une limitation de son droit à indemnisation. Il est fréquent que cette condition soit utilisée comme permettant de réintroduire la causalité dans le contentieux, mais la Cour de cassation veille en principe à ce que la faute qui a causé le dommage, désormais exigée (par exemple : 2^e Civ., 7 octobre 2010, pourvoi n° 09-11.259), ne soit pas confondue avec la faute ayant causé l'accident, qui n'a pas à être appréhendée en tant que telle.

Section 3. Le risque dans le régime de responsabilité des professionnels de santé

Sous-section 1. La méconnaissance des risques constitutive de faute médicale

A. La prise de risques fautive

L'appréciation de la balance bénéfices/risques fait partie intégrante de la décision médicale. L'article R. 4127-40 du code de la santé publique (ancien article 40 du code de déontologie médicale) indique que « le médecin doit s'interdire, dans les investigations et interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié ». La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 a introduit, à l'article L. 1110-5 du code de la santé publique, le principe selon lequel « les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, faire courir [à la personne] de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté ».

Un arrêt (1^{re} Civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-68.471, *Bull.* 2010, I, n° 201) a affirmé la prééminence de la règle par rapport à la liberté de prescription. En l'espèce, une cour d'appel avait déclaré fautif un médecin généraliste qui avait prescrit un médicament salicylé à un nourrisson, victime de graves séquelles dues à un surdosage effectué par erreur par le pharmacien. Les juges du fond ont estimé que le praticien n'aurait pas dû prescrire ce médicament alors que d'autres principes actifs, à base de paracétamol, présentaient la même efficacité avec moins d'inconvénients. Par un attendu de principe, la première chambre civile considère aussi que le médecin avait manqué à son obligation de moyens, « le principe de liberté de prescription ne trouvant application que dans le respect du droit de toute personne de recevoir les soins les plus appropriés à son âge et à son état, conformes aux données acquises de la science et ne lui faisant pas courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté ».

Un chirurgien a pu également être condamné à garantir la clinique des condamnations prononcées contre elle pour avoir fait courir à son patient des risques certains en décidant, quatre mois seulement après le traitement chirurgical d'un panaris, de l'opérer, en l'absence d'urgence, de sorte qu'il avait contracté une infection nosocomiale (1^{re} Civ., 7 juillet 2011, pourvoi n° 10-19.137).

Il en est ainsi non seulement dans l'exercice de l'activité de soins, mais aussi lorsque le patient est inclus dans un protocole de recherche biomédicale. Cependant, l'appréciation des risques au regard du bénéfice escompté y est plus délicate, dans la mesure où il s'agit non seulement de soigner le patient, mais de vérifier une hypothèse, telle l'efficacité d'un nouveau produit par rapport à un ancien. Dans un arrêt du 14 janvier 2010 (pourvoi n° 08-21.683), la première chambre civile a rejeté le pourvoi contre un arrêt qui avait écarté la responsabilité du promoteur au sens de l'article L. 209-2 du code de la santé publique alors en vigueur, pour des troubles que le patient imputait au produit testé. En effet, la cour d'appel avait constaté que le but de l'étude litigieuse, menée sur des personnes atteintes de cancer, était de comparer deux types de chimiothérapie adjuvante et de démontrer que l'association des médicaments proposés au patient était susceptible d'augmenter de 10 % la survie en réduisant le risque de récurrence après l'intervention, que l'opportunité d'un tel traitement

pour le type de tumeurs dont ce dernier était atteint était évoquée par différentes études, et que beaucoup d'équipes médicales y recouraient de manière systématique.

Les déséquilibres les plus graves de la balance bénéfices/risques sont susceptibles de constituer le délit de mise en danger d'autrui, par violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, comme l'a jugé la chambre criminelle dans un arrêt publié au présent *Rapport* (Crim., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-81.661, *Bull. crim.* 2010, n° 120) à l'encontre d'un médecin gynécologue qui mettait en œuvre, aux fins d'assistance médicale à la procréation, mais sans respecter les dispositions spécifiques du code de la santé publique, des traitements de stimulation ovarienne à forte posologie, dont on sait qu'ils comportent, pour les femmes à qui ils sont dispensés, des risques graves, voire mortels.

B. La mauvaise gestion de risques prévisibles

À supposer même que l'état du patient rende nécessaire une certaine prise de risques afin de le faire bénéficier des soins qu'il réclame, le médecin doit faire le nécessaire pour prévenir ces risques ou les maîtriser. Encore faut-il qu'ils soient prévisibles. La prévisibilité peut être liée à l'intervention projetée dont le risque survenu constitue une complication connue, fût-elle exceptionnelle, et quand bien même tout ne serait pas clairement établi quant au mécanisme de sa survenance. C'était le cas de l'atteinte du plexus brachial d'une patiente, au cours d'une intervention de chirurgie esthétique, liée à son positionnement sur la table d'opération, avec les bras écartés de l'axe du corps, dans une hypothèse où il avait été imprudent pour le chirurgien d'y recourir, compte tenu de la durée de l'intervention (1^{re} Civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-66.752).

Cette prévisibilité peut être délicate à caractériser : au cours d'un examen radiologique de l'épaule, pratiqué en position verticale, une jeune femme avait chuté à la suite d'un malaise vagal. La cour d'appel ayant écarté la responsabilité du médecin radiologue, le pourvoi lui reprochait de n'avoir pas recherché « si le risque que survienne un malaise vagal de manière imprévisible était connu et si l'accident était en conséquence prévisible ». La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en précisant que c'est en raison de l'imprévisibilité de la survenance du malaise vagal que les juges du fond avaient statué, peu important que ce risque, lors d'une investigation médicale, laquelle pouvait être ressentie comme stressante, soit connu (1^{re} Civ., 17 mars 2011, pourvoi n° 10-11.735).

Des antécédents propres au patient doivent également conduire à prendre les précautions qui s'imposent. La faute peut consister dans le fait de ne pas s'être donné les moyens qui auraient permis de les détecter. Une cour d'appel a estimé qu'en ne pratiquant pas les examens indispensables qui auraient révélé la nécessité d'une césarienne, un gynécologue avait exposé la parturiente à un risque élevé de dystocie des épaules, et avait ainsi commis une faute en lui faisant perdre une chance de bénéficier d'un accouchement sans risques (1^{re} Civ., 5 novembre 2009, pourvoi n° 08-17.104). L'omission d'un examen de routine, en l'espèce une cytoscopie, laquelle n'avait pas permis la détection d'un cancer de la vessie, a également été jugée à la source d'une erreur fautive de diagnostic, compte tenu notamment de l'état tabagique du patient (1^{re} Civ., 30 septembre 2010, pourvoi n° 09-68.372).

Une fois connus les risques propres au patient, c'est l'absence de mesures propres à en éviter les conséquences qui peut être considérée comme fautive : c'est ainsi que le fait, pour un médecin psychiatre, de n'avoir pas tenu compte des tendances suicidaires présentées par sa patiente en prescrivant à l'équipe soignante de laisser ouverte la fenêtre de la chambre de cette dernière, a été considéré comme une prise de risques excessive (1^{re} Civ., 17 juin 2010, pourvoi n° 09-10.334), ou que la surveillance d'un accouchement mise en place par l'obstétricien a été jugée insuffisante, notamment du fait que la parturiente avait dépassé d'au moins cinq jours le terme de la grossesse (1^{re} Civ., 9 décembre 2010, pourvoi n° 09-70.356).

L'absence de prévisibilité de l'accident médical le fait basculer du côté de l'aléa thérapeutique, lequel exclut toute responsabilité de la part des professionnels de santé. Les ayants cause d'un homme décédé brutalement à la suite d'une injection à visée antalgique pratiquée par un médecin rhumatologue n'ont ainsi pas pu obtenir réparation. La cour d'appel avait fait siennes les conclusions de l'expert et relevé que l'origine de l'évolution péjorative de l'état du patient présentait un caractère imprévisible et restait inconnue, qu'il s'agisse d'une hypersensibilité ou d'une interaction avec d'autres produits, de sorte que ce n'était pas l'imperfection technique du geste qui pouvait expliquer le décès (1^{re} Civ., 26 mai 2011, pourvoi n° 10-16.794).

En toute logique, la faute et l'aléa s'excluent réciproquement. L'arrêt du 22 novembre 2007 (1^{re} Civ., pourvoi n° 05-20.974, *Bull.* 2008, I, n° 366) a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait retenu la responsabilité du chirurgien pour les dommages dus à l'allergie de sa patiente à des gants en latex « après avoir constaté la survenance, en l'absence de fautes du praticien ou de vice des gants utilisés, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé ». De même, un juge de proximité ne saurait caractériser l'existence d'un aléa sans constater la survenance d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé (1^{re} Civ., 20 janvier 2011, pourvoi n° 10-17.357, *Bull.* 2011, I, n° 14).

Une jurisprudence toujours en vigueur dite parfois de la « faute virtuelle » ou de la « faute incluse » (1^{re} Civ., 17 juin 2010, pourvoi n° 09-67.671) décide que, lorsque la lésion d'un tissu ou d'un organe est en relation directe avec l'acte chirurgical pratiqué, mais que ce dernier ne l'implique pas nécessairement, et que l'anatomie du patient, quand bien même il présenterait des facteurs prédisposants, ne rend pas cette lésion inévitable, les juges du fond peuvent déduire que le dommage est dû à une maladresse et, dès lors, ne relève pas de l'aléa thérapeutique.

Lorsque le dommage résultant du risque s'est produit, la Cour de cassation veille à ce que les juges du fond n'assimilent pas systématiquement réalisation du risque et perte de chance. Le fait que la survenance du risque ne soit jamais une certitude, et qu'il aurait pu ne pas se produire, ne fait pas obstacle à ce que la faute qui en a permis la réalisation soit la cause de l'entier dommage. Il en est ainsi lorsqu'il est certain que, sans elle, ce dommage ne se serait pas produit : un patient ayant fait plusieurs chutes successives, ce qui avait entraîné son décès, au cours de crises d'épilepsie survenues alors qu'il était hospitalisé dans une clinique où il avait subi une intervention, une cour d'appel, constatant que les praticiens s'étaient abstenus de prendre les mesures qui s'imposaient en raison de ses antécédents (contention au fauteuil ou au lit), avait cru pouvoir limiter la réparation à la perte d'une chance, au motif... que la chute aurait pu aussi bien se produire au domicile. La Cour de cassation a estimé au contraire que les circonstances excluait tout aléa dans la réalisation

du dommage, de sorte que la réparation aurait dû être intégrale (1^{re} Civ., 5 novembre 2009, pourvois n° 08-19.681 et n° 08-15.220).

De même, lorsque le risque s'analyse en une prédisposition, certaines cours d'appel ont tendance à en déduire une réparation partielle, ce qui est systématiquement censuré, au motif que « le droit de la victime à obtenir l'indemnisation de son préjudice corporel ne saurait être réduit en raison d'une prédisposition pathologique lorsque l'affection qui en est issue n'a été provoquée ou révélée que par le fait dommageable » (par exemple, 2^e Civ., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-16.920, *Bull.* 2009, II, n° 263).

Sous-section 2. La responsabilité pour défaut d'information sur les risques de l'acte médical

A. L'information sur les risques, un droit du patient

L'article L. 1111-2 du code de la santé publique instaure un droit à l'information de toute personne sur son état de santé et un devoir correspondant qui incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de sa compétence et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seule l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser (voir 1^{re} Civ., 17 décembre 2009, pourvois n° 08-21.206 et n° 08-21.878). Le législateur a également consacré la solution jurisprudentielle selon laquelle la charge de la preuve de l'information incombe au professionnel de santé (1^{re} Civ., 25 février 1997, pourvoi n° 94-19.685, *Bull.* 1997, I, n° 75), lequel peut s'en acquitter par tout moyen.

Parmi les éléments qui doivent ainsi être portés à la connaissance de la personne aux termes de l'article L. 1111-2 du code de la santé publique, on trouve, à propos des « différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés », « les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que les autres solutions possibles et les conséquences prévisibles en cas de refus ». Il a été récemment jugé, en application de cet article, qu'une arthrite septique du genou survenue lors d'une intervention pratiquée dans cette articulation ne saurait être considérée comme imprévisible (1^{re} Civ., 8 avril 2010, pourvoi n° 08-21.058, *Bull.* 2010, I, n° 90). Un arrêt écartant la responsabilité d'un gynécologue qui n'avait pas informé sa patiente du fait qu'elle pourrait faire pratiquer une échographie destinée à détecter une éventuelle trisomie 21 a été également cassé, les juges du fond s'étant fondés, d'une part, sur le fait que cet examen n'aurait pas à coup sûr permis cette détection, d'autre part, sur le fait que la femme enceinte avait manifesté l'intention, d'ailleurs non suivie d'effet, d'aller consulter un autre praticien (1^{re} Civ., 6 mai 2010, pourvoi n° 09-11.157), tous ces éléments étant inopérants en l'absence d'urgence ou d'impossibilité.

B. L'indemnisation du préjudice né du défaut d'information

La principale innovation jurisprudentielle récente est intervenue à propos de la nature du préjudice réparable. S'il est bien connu que, dès avant le vote de la loi du 4 mars 2002 précitée, la jurisprudence de la Cour de cassation avait consacré une hypothèse de responsabilité civile fondée sur la méconnaissance par le praticien de son obligation, alors contractuelle, d'information sur les risques des actes accomplis, il était de jurisprudence constante, depuis

un arrêt du 7 février 1990 de la première chambre civile (pourvoi n° 88-14.797, *Bull.* 1990, I, n° 39), que le défaut d'information sur les risques de l'intervention proposée n'était source de responsabilité que lorsqu'il avait fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage. En l'absence d'un lien causal entre la faute et le dommage, c'est-à-dire lorsqu'il était établi que, même informée, la personne aurait consenti à l'acte médical à risques, la première chambre civile avait, dans un arrêt du 20 juin 2000 (pourvoi n° 98-21.283, *Bull.* 2000, I, n° 192) confirmé ensuite (1^{re} Civ., 13 novembre 2002, pourvoi n° 01-02.592, *Bull.* 2002, I, n° 266; 1^{re} Civ., 4 février 2003, pourvoi n° 00-15.572, *Bull.* 2003, I, n° 40; 1^{re} Civ., 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-13.572 et 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-19.301, *Bull.* 2007, I, n° 380), estimé qu'elle ne pouvait prétendre à aucune réparation. Cette solution aboutissait en particulier à écarter certains types de préjudices moraux tels que le préjudice lié à l'impréparation du malade. Ainsi, dans l'arrêt du 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-19.301 précité, la première chambre civile a estimé que la juridiction qui écartait la perte de chance d'échapper au risque qui s'était réalisé, en estimant que l'opération était indispensable et que l'intéressé correctement informé n'y aurait pas renoncé, ne pouvait réparer d'autres chefs de préjudice, tel le préjudice moral résultant des souffrances morales endurées par un patient non informé des risques encourus et qui se trouvait atteint d'une hémiparésie à la suite de l'opération au motif que « le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé ».

Cette jurisprudence, parfois critiquée par la doctrine (voir sur les éléments du débat M. Bacache, « La faute d'humanisme : le défaut d'information », in *J.-Cl. Droit médical et hospitalier*, Fasc. 18-1, 2011, n° 24 et suivants), a été abandonnée par un arrêt du 3 juin 2010 (pourvoi n° 09-13.591, *Bull.* 2010, I, n° 128), rendu au visa des articles 16, 16-3 et 1382 du code civil, selon lequel « toute personne a le droit d'être informée préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci et [...] son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir ». La Cour de cassation en déduit que « le non-respect du devoir d'information qui en découle cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice que le juge ne peut laisser sans réparation ». Le double visa de cet arrêt marque, d'une part, une référence à la dignité de la personne humaine et au principe du consentement qui en découle, d'autre part, une évolution vers un fondement délictuel de la responsabilité médicale, préfigurant ainsi l'arrêt du 14 octobre 2010 (pourvoi n° 09-69.195, *Bull.* 2010, I, n° 200) qui a affirmé le caractère légal de la responsabilité médicale pour faute en remplaçant le visa de l'article 1147 du code civil par celui de l'article L. 1142-1, I du code de la santé publique.

La portée de cette jurisprudence demeure en partie à préciser. Il reviendra en particulier aux juges du fond d'évaluer le montant des dommages-intérêts, selon que la personne invoque un préjudice d'impréparation ou une simple atteinte à son droit fondamental de donner un consentement éclairé. Toujours est-il que l'existence d'un préjudice moral réparable ne fait pas obstacle, en soi, au maintien des solutions anciennes relatives à la perte de chance d'éviter le dommage, que celui-ci consiste en une atteinte corporelle ou dans l'impossibilité de recourir à une interruption de grossesse (1^{re} Civ., 6 mai 2010 précité). En outre, lorsqu'il est constaté que le médecin a commis une faute professionnelle évidente, soumettant sa patiente

à une « intervention chirurgicale mutilante, non justifiée et non adaptée », ce n'est pas sur le terrain du défaut d'information que sa responsabilité doit être recherchée mais sur celui de l'atteinte à l'intégrité physique, laquelle ouvre droit à la réparation entière du dommage (1^{re} Civ., 28 janvier 2010, pourvoi n° 09-10.992, *Bull.* 2010, I, n° 20).

Section 4. Le risque lié au voisinage

Il peut sembler excessivement pessimiste de considérer la situation de voisinage comme constitutive, en elle-même, d'un « risque ». L'importance des pourvois qui, soumis à la troisième chambre civile, naissent de relations de voisinage (auxquelles il est possible d'assimiler les relations entre copropriétaires), l'ambiance éminemment conflictuelle qui s'en dégage presque toujours, donnent pourtant à penser que les voisins se regardent souvent respectivement comme l'incarnation d'une menace potentielle, qu'il conviendrait de prévenir.

Dans le prolongement d'une certaine conception – classique mais toujours d'actualité – de la propriété fondée sur l'exclusion des tiers (sur les différentes appréhensions possibles du droit de propriété, voir F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 8^e éd., 2010, n° 94 et suivants), il se trouve bien des auteurs, juristes ou non, pour jeter sur la relation de voisinage, qui ne concerne pas exclusivement les propriétaires, un regard sans concession. Dans son *Projet de paix perpétuelle* (1795), Kant a écrit que « le voisinage seul est un acte de lésion » (*Œuvres philosophiques*, tome III, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1986, p. 345). Commentant cette formule, une philosophe contemporaine, Catherine Chalièr, développe que « le voisinage suscite donc, immédiatement, colère et désir de vengeance, mais aussi peur et quête éperdue de protection. Comment donc supporter un inévitable voisinage – avec autrui, avec un autre État – sans s'éprouver aussitôt menacé, blessé, supplicié ? » (*De l'intranquillité de l'âme*, Rivages, 2005, p. 15). Le professeur E. Jeuland observe pour sa part, dans son originale monographie consacrée aux liens de droit, que le voisinage est très fréquemment présenté et ressenti comme « une situation à risque » (*La Fable du ricochet*, Mare & Martin, 2009, p. 56). L'étude de la jurisprudence de la troisième chambre permet de constater que le « risque de voisinage », à l'origine de litiges toujours plus nombreux, peut prendre des formes aussi variées que l'activité et l'imagination humaines.

* Très souvent, ce risque particulier est appréhendé dans le cadre de la *théorie des inconvénients anormaux de voisinage*, qui, inspirée par cette autre théorie selon laquelle les droits doivent être mis au service de « fonctions sociales », tend à mettre fin à des troubles excédant ceux que des voisins doivent normalement endurer. Cette théorie s'avère, en effet, particulièrement bien adaptée à la matière du risque. Les auteurs s'accordent aujourd'hui à lui assigner un fondement autonome, découplé de la notion de faute (voir notamment J. Carbone, *Droit civil*, tome III, *Les Biens*, Thémis, 19^e éd., 2000, n° 172 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n° 496). La Cour de cassation (les litiges fondés sur la théorie des inconvénients de voisinage sont distribués entre les deuxième et troisième chambres) vise désormais exclusivement « le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage » (par exemple, 3^e Civ., 9 février 2011, pourvois n° 09-71.570 et n° 09-72.494, *Bull.* 2011, III, n° 21 ; 2^e Civ., 19 novembre 1986, pourvoi n° 84-16.379, *Bull.* 1986, II, n° 172). Or, les responsabilités dites pour risque ne s'épanouissent justement jamais aussi bien qu'en dehors de la faute (voir à cet égard J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil*.

Les obligations, 2, *Le Fait juridique*, Sirey, 13^e éd., 2011, n° 70 et suivants). Nombre d'auteurs, parmi les plus éminents, n'ont d'ailleurs pas hésité à adosser directement la théorie des inconvénients anormaux de voisinage à la notion de « risque » (pour une présentation de cette thèse notamment soutenue par G. Ripert, H. Mazeaud et L. Josserand, cités par J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 172 et les références).

– Une très récente décision de la troisième chambre a mis indirectement en évidence l'actualité mais aussi la vigueur de cette vénérable théorie normative.

Une question prioritaire de constitutionnalité a été posée sur le point de savoir si les dispositions de l'article L. 112-16 du code de la construction et de l'habitation, en vertu desquelles l'occupant d'un immeuble n'est pas fondé à demander réparation pour les nuisances occasionnées par les activités qui, exercées régulièrement dans un bâtiment voisin, préexistaient à la construction ou à l'acquisition de cet immeuble, ne contrevenaient pas à celles, de nature constitutionnelle, contenues aux articles 1 à 4 de la Charte de l'environnement (ces dispositions véhiculent, d'une part, les droits à vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé humaine et de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement, d'autre part, les devoirs de prévenir les atteintes à l'environnement et de contribuer à la réparation des dommages portés à celui-ci). La troisième chambre a décidé de transmettre cette question au Conseil constitutionnel comme présentant un caractère sérieux « en ce que le texte contesté, qui exonère, sous certaines conditions, l'auteur des dommages de toute responsabilité au titre des inconvénients anormaux de voisinage en raison de l'antériorité de son occupation, serait susceptible de méconnaître les droits et devoirs énoncés par la Charte de l'environnement » (3^e Civ., 27 janvier 2011, pourvoi n° 10-40.056, *Bull.* 2011, III, n° 17). Il en ressort, pour ce qui intéresse la présente étude, que la constitutionnalité de la disposition législative critiquée pouvait être sérieusement discutée en tant qu'elle faisait obstacle à l'application de la théorie des inconvénients anormaux de voisinage.

Par une décision prononcée le 8 avril 2011 (2011-116 QPC), le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L. 112-16 du code de la construction et de l'habitation conforme à la Constitution, considérant notamment « [qu'il] interdit à une personne s'estimant victime d'un trouble anormal de voisinage d'engager, sur ce fondement, la responsabilité de l'auteur des nuisances dues à une activité agricole, industrielle, artisanale, commerciale ou aéronautique lorsque cette activité, antérieure à sa propre installation, a été créée et se poursuit dans le respect des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur et, en particulier, de celles qui tendent à la préservation et à la protection de l'environnement ». Aussi a-t-il décidé que « cette même disposition ne fait pas obstacle à une action en responsabilité fondée sur la faute » et que, « dans ces conditions, l'article L. 112-16 du code de la construction et de l'habitation ne méconnaît ni le principe de responsabilité ni les droits et obligations qui résultent des articles 1^{er} à 4 de la Charte de l'environnement ».

– Si étendues puissent être ses applications, la théorie des inconvénients anormaux de voisinage ne permet pas toujours de pourvoir à tous les inconvénients ressentis par une personne du fait de son voisin. La jurisprudence récente de la troisième chambre civile en donne deux illustrations. Une première limite, intrinsèque, vient de ce que les conditions d'application de la théorie ne sont pas toujours remplies. La troisième chambre a eu, voici

peu, l'occasion de rappeler que le succès d'une action fondée sur cette théorie supposait la démonstration par le demandeur de ce que les troubles par lui subis sont en *relation directe* avec l'activité du voisin dont la responsabilité est recherchée (3^e Civ., 9 février 2011, pourvois n° 09-71.570 et n° 09-72.494, *Bull.* 2011, III, n° 21).

Il arrive également, et c'est là une limite que l'on pourrait qualifier d'extrinsèque, que le jeu de la théorie se heurte à celui d'une disposition législative ainsi qu'il ressort, implicitement mais nécessairement, d'un arrêt du 30 juin 2010 (3^e Civ., pourvoi n° 09-16.257, *Bull.* 2010, III, n° 137) (il est à noter que le litige qui a donné matière à la question prioritaire de constitutionnalité évoquée plus haut suscite une même interrogation). Une cour d'appel avait en l'espèce rejeté la demande, fondée notamment sur la théorie des inconvénients de voisinage, formée par les propriétaires d'un immeuble et tendant à l'élagage d'un cèdre planté sur un fonds voisin qui semait ses aiguilles à tous vents et surtout à la surface de leur piscine. Cette décision a été censurée en ce qu'elle « [institua] des restrictions au droit imprescriptible [ouvert par l'article 673 du code civil] du propriétaire sur le fonds duquel s'étendent les branches de l'arbre du voisin de contraindre celui-ci à les couper ». L'arrêt peut être interprété comme révélant une limite de la théorie des inconvénients anormaux de voisinage : le propriétaire du cèdre, dispensé en cause d'appel d'élaguer son arbre au motif qu'il n'était pas à l'origine de troubles anormaux, a dû néanmoins s'exécuter dans la mesure où l'article 673 du code civil ne prend pas en compte l'ampleur des inconvénients engendrés par les branches envahissantes.

* Le risque de voisinage peut parfois être appréhendé sur un fondement autre que la théorie jurisprudentielle dont il vient d'être question. Tel est le cas lorsqu'il constitue *un trouble manifestement illicite* au sens de l'article 809 du code de procédure civile, sa prévention entrant alors dans les pouvoirs du juge des référés. Par un arrêt du 6 avril 2011 (pourvoi n° 10-12.170), la troisième chambre a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir enjoint en référé au propriétaire d'un fonds, sur lequel une construction était en cours d'édification, de ne pas laisser sa grue surplomber la maison d'habitation de son voisin (étant précisé qu'au moment de la saisine du juge des référés le surplomb durait déjà depuis plus de dix-huit mois...). Le risque, réel et sérieux, de chute de la grue elle-même ou de matériaux par elle transportés devait manifestement être – et a été – conjuré.

Chapitre 3. Procédures collectives : responsabilité et autres mécanismes d'imputation du risque

L'histoire du droit des entreprises en difficulté a évolué au fil du temps, passant d'une conception punitive du débiteur, au travers de ce qu'on appelait initialement la « faillite », à des dispositifs plus dynamiques, visant le redressement économique des entreprises⁷⁷. Traditionnellement, l'entrepreneur en situation d'échec économique, ainsi que certains de

77. Sur la logique de cette évolution, voir J. Paillusseau, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté (ou quelques réflexions sur la renaissance (?)... d'un droit en dérive) » in *Études offertes à Roger Houin*, Dalloz, 1985, p. 109 à 150.

ses partenaires, étaient, le plus souvent, présumés fautifs et, à ce titre, tenus pleinement responsables du sort de l'entreprise⁷⁸. Cette conception originelle a progressivement laissé la place à une approche objective du risque, plus soucieuse de le traiter efficacement que de réprimer ses responsables présumés. D'une part, le droit des entreprises en difficulté a cherché à prévenir les difficultés économiques toujours plus en amont de la cessation des paiements⁷⁹, tandis que, d'autre part, il a voulu renforcer les dispositifs d'accompagnement et de protection des entreprises déclarées en cessation des paiements afin de leur offrir une autre issue que celle de la seule liquidation. Ce mouvement particulièrement perceptible s'agissant de la question de la responsabilité, ou plus largement de celle de l'imputation du risque survenu, s'est traduit en droit positif par l'allègement de la charge du risque envers les différents acteurs de la procédure collective et l'atténuation des sanctions à leur encontre⁸⁰.

Sur le plan législatif, les réformes opérées par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 et l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 ont accentué cette évolution au travers de différentes mesures, comme la limitation, par la loi de 2005, de la responsabilité des créanciers du fait des concours consentis aux cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de prises de garanties disproportionnées à ces concours (article L. 650-1 du code de commerce), la suppression de la soumission automatique à une procédure collective personnelle des associés de sociétés de personnes, tenus indéfiniment et solidairement du passif social (ancien article L. 624-1 du code de commerce) ou, enfin, la suppression de la procédure dite d'« extension-sanction » (ancien article L. 624-5 du code de commerce), qui permettait de soumettre le dirigeant fautif à une procédure collective au passif de laquelle figuraient les dettes de la personne morale. Par ailleurs, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008 précitée, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne s'applique plus désormais qu'à la liquidation judiciaire (article L. 651-2 du code de commerce), tandis que l'obligation aux dettes sociales a été supprimée du dispositif légal⁸¹. Enfin, l'évolution des règles applicables aux sanctions professionnelles va également dans le sens d'une plus grande modération à l'égard du débiteur⁸².

De son côté, la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation a accompagné cette évolution législative en cherchant à inciter les débiteurs à recourir à une procédure collective judiciaire, notamment la sauvegarde, mais aussi en essayant de conforter les partenaires de l'entreprise afin qu'ils continuent à y investir, même en cas de difficultés économiques. Concernant les mécanismes de responsabilité et de sanction de certains acteurs de la procédure collective, qui visent à réguler la vie des affaires en sanctionnant les comportements inconséquents ou malveillants et recherchent la responsabilité de ceux

78. L'étymologie du mot « banqueroute » est particulièrement éclairante sur cette conception : dans l'Italie du Moyen Âge, la « banca rotta » désignait le banc rompu du commerçant endetté.

79. Dont l'une des dernières manifestations est la création de la procédure de sauvegarde.

80. Voir « Loi de sauvegarde des entreprises. Risques et responsabilités en droit des procédures collectives. Colloque de Caen du 15 octobre 2010 », in *Rev. proc. coll.* n° 6, novembre 2010, dossier 1.

81. Il s'agissait d'une action dite « en comblement de passif aggravée » instaurée par la loi de sauvegarde.

82. Sur cette évolution des sanctions professionnelles, voir notamment A. Martin-Serf, « Réforme des procédures collectives – sanctions civiles », in *Rev. proc. coll.* n° 1, 2009, p. 99, dossier 14.

qui ont pris des risques démesurés et concouru à l'apparition des difficultés économiques du débiteur, la Cour de cassation a, encore une fois, essayé de faire preuve d'un certain pragmatisme, afin de ne pas réprimer avec excès les initiatives économiques nécessaires à la bonne marche de l'économie.

Section 1. L'imputation du risque au dirigeant

La question de l'imputation du risque au dirigeant doit être abordée différemment selon que la procédure collective concerne un débiteur personne physique (sous-section 1) ou personne morale (sous-section 2).

Sous-section 1. Le débiteur personne physique

Depuis la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, l'objet des procédures collectives repose moins sur la personne de l'entrepreneur que sur son activité, c'est-à-dire sur son entreprise. Cependant, cette évolution doit être nuancée concernant la situation du débiteur personne physique dans la mesure où ce dernier demeure, encore aujourd'hui, très exposé au risque d'une défaillance, compte tenu de l'identité qui existe entre son patrimoine et celui de son entreprise, laquelle est dépourvue de personnalité juridique. Conscient de cet écueil, le législateur a essayé d'améliorer la situation de l'entrepreneur individuel, ce qui s'est dernièrement traduit par la création du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, tandis que la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est efforcée, de son côté, de rendre effective la déclaration d'insaisissabilité, introduite par la loi Dutreil n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, afin de protéger le débiteur, en faisant échapper son logement au gage des créanciers en cas de procédure collective. En outre, la procédure collective va avoir un impact sur d'autres dimensions de la vie personnelle du débiteur, ainsi que celle de ses proches⁸³. À ce titre, s'agissant plus spécialement du conjoint de l'entrepreneur individuel, de nombreuses questions continuent d'alimenter le contentieux sur les contours exacts du gage des créanciers sur les biens de ce dernier et les modalités de leur réalisation. On envisagera donc la situation du débiteur personne physique au travers de la jurisprudence récente de la Cour de cassation concernant les effets de la déclaration d'insaisissabilité (A) et l'appréhension par la procédure collective du patrimoine du couple marital (B).

A. La portée de la déclaration d'insaisissabilité

L'article L. 526-1 du code de commerce prévoit la possibilité pour une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante de « déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ». Cette disposition doit permettre à l'entrepreneur individuel de préserver son habitation principale en cas d'échec de son entreprise. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a par ailleurs étendu le champ de cette

83. J. Vallansan, « La difficile application du Livre VI à la personne physique », in *Rev. proc. coll.* n° 6, novembre 2010, dossier 3.

déclaration d'insaisissabilité à « tout bien foncier bâti ou non bâti [que la personne physique telle que définie ci-dessus] n'a pas affecté à son usage professionnel ». Si l'on s'en tient à une interprétation littérale de l'article L. 526-1 du code de commerce, le mécanisme d'insaisissabilité mis en place par ce texte, selon lequel les biens déclarés insaisissables par la loi échappent au gage des créanciers par dérogation à l'article 2285 du code civil, n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent postérieurement à la publication de la déclaration, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant. À ce titre, la question se posait de savoir si cette déclaration d'insaisissabilité était opposable ou non au liquidateur représentant l'ensemble des créanciers du débiteur, peu important qu'ils soient postérieurs ou antérieurs à la publication de celle-ci. Par arrêt de principe du 28 juin 2011 (pourvoi n° 10-15.482, *Bull.* 2011, IV, n° 109) la chambre commerciale a répondu par l'affirmative en jugeant qu'il résulte des dispositions des articles L. 641-9 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, L. 526-1 du code de commerce, ensemble l'article L. 661-5 de ce code et les principes régissant l'excès de pouvoir, que le débiteur peut opposer la déclaration d'insaisissabilité qu'il a effectuée en application du deuxième de ces textes, avant qu'il soit mis en liquidation judiciaire, en dépit de la règle du dessaisissement prévue par le premier de ceux-ci. En conséquence, viole les textes et principes susvisés, et consacre ainsi un excès de pouvoir, une cour d'appel qui infirme un jugement ayant annulé une ordonnance du juge-commissaire autorisant la vente en la forme des saisies immobilières d'un immeuble, appartenant à des époux mariés sous le régime de la communauté, qui avait fait l'objet, avant l'ouverture de la liquidation judiciaire de l'un d'entre eux, d'une déclaration d'insaisissabilité, régulièrement publiée, opposable au liquidateur. Cette solution, qui est conforme à l'intention du législateur de 2003, peut s'appuyer sur la jurisprudence traditionnelle de la chambre commerciale de la Cour de cassation selon laquelle le liquidateur n'a pas qualité pour agir dans l'intérêt personnel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers déterminés (Com., 9 novembre 2004, pourvoi n° 02-13.685, *Bull.* 2004, IV, n° 193 ; Com., 13 décembre 2005, pourvoi n° 04-18.567).

B. L'actif de la procédure collective et le patrimoine du couple marié

L'une des manifestations les plus exemplaires d'imputation du risque aux proches du débiteur est celle qui concerne le patrimoine du couple marié⁸⁴. Cette imputation du risque concerne tant la détermination du périmètre des biens appréhendés par la procédure collective que la réduction des pouvoirs du conjoint du débiteur sur certains de ces biens.

L'assiette du gage des créanciers

Lorsque le débiteur est marié sous le régime légal ou conventionnel de communauté, le gage des créanciers est composé, outre des biens propres de l'époux en difficulté, de l'ensemble des biens communs (article 1413 du code civil), à quelques exceptions près (articles 1414 et 1415 du code civil). Ces biens constituant l'actif de la procédure collective, le droit des procédures collectives veille à ce que ce gage ne soit pas fictivement amputé. À ce titre, par un arrêt du 7 avril 2009 (pourvoi n° 06-19.538, *Bull.* 2009, IV, n° 50), la Cour

84. Sur cette question, voir L. Antonini-Cochin, « "Pour le meilleur et pour le pire..." ou les droits du conjoint du débiteur soumis à une procédure collective », in *JCP* éd. G, n° 21, 24 mai 2010, 584.

de cassation a décidé que lorsque le débiteur a passé avec son conjoint un acte à titre gratuit portant sur un bien commun, faisant partie du droit de gage des créanciers, pendant la période suspecte, l'acte doit être annulé et les biens réintégrés à l'actif. De même, les « gains et salaires » de l'époux du débiteur étant des biens communs inclus dans le gage des créanciers de la procédure collective, ils ne peuvent être saisis, pendant la durée de celle-ci, au profit de l'un des créanciers de l'époux *in bonis* (Com., 16 novembre 2010, pourvoi n° 09-68.459, *Bull.* 2010, IV, n° 176).

Cet « effet attractif » de la procédure collective se manifeste également en cas d'époux soumis à une séparation de biens. Ainsi, par un arrêt du 22 septembre 2009 (pourvoi n° 06-20.247), la Cour de cassation a censuré la décision des juges du fond en considérant que « les fonds figurant sur le compte joint des époux étant réputés leur appartenir indivisément, [l'épouse] devait combattre cette présomption en démontrant qu'elle avait la propriété exclusive des fonds déposés sur ce compte ». Par cette décision, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence antérieure et rappelle que l'action en rapport ouverte aux organes de la procédure collective (article L. 624-6 du code de commerce) est subordonnée à la seule preuve que les biens acquis par le conjoint l'ont été, ne serait-ce que pour partie, avec des valeurs fournies par le débiteur (Com., 23 janvier 1996, pourvoi n° 92-19.826, *Bull.* 1996, IV, n° 24).

L'impact de la procédure sur les pouvoirs du conjoint

L'ouverture d'une procédure collective envers l'un des époux a des effets sur les pouvoirs de gestion concurrents, exclusifs et de cogestion, dévolus à son conjoint. En matière de liquidation judiciaire, le débiteur étant dessaisi de la gestion de ses biens, cette procédure va concerner tous les biens communs qui seront administrés par le liquidateur de sorte que ce dernier va exercer seul les pouvoirs de gestion exclusive ou concurrente appartenant au débiteur, privant ainsi son conjoint de ses pouvoirs sur la communauté (Com., 28 avril 2009, pourvoi n° 08-10.368, *Bull.* 2009, IV, n° 58). Cette solution s'impose également en matière de redressement judiciaire, en présence d'un administrateur ayant reçu mission d'administration (article L. 631-12, alinéa 2, du code de commerce). Mais ce dessaisissement concerne également les pouvoirs de gestion exclusive du conjoint du débiteur portant sur certains biens communs (les biens affectés à son activité professionnelle visés par l'article 1421, alinéa 2, du code civil).

En présence d'une indivision (liée à une séparation de biens, une indivision postcommunautaire, un pacte civil de solidarité ou un concubinage), il convient de distinguer si celle-ci est antérieure ou postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective. Dans la première hypothèse, il est acquis que, les créanciers du débiteur étant essentiellement des créanciers personnels de l'indivisaire au sens de l'article 815-17 du code civil, les règles applicables sont alors pour l'essentiel celles du droit de l'indivision, de sorte que le conjoint va continuer de disposer de toutes les prérogatives attachées à sa qualité d'indivisaire. À ce titre, il peut demander le partage, voire l'attribution préférentielle d'un bien, sous réserve, le cas échéant, en cas de liquidation judiciaire, de mettre en cause le liquidateur, sous peine d'inopposabilité de l'acte en cause à la procédure collective (Com., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-16.510). À ce titre, les biens indivis ne pouvant être réalisés par le liquidateur, ce dernier peut seulement, comme tout créancier personnel d'un indivisaire, provoquer le partage en application de l'article 815-17, alinéa 3, du code civil. Par conséquent,

le liquidateur est fondé à agir sans obtenir l'autorisation du juge-commissaire, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 12 novembre 2008 (Com., 12 novembre 2008, pourvoi n° 07-17.078). En revanche, dans la seconde hypothèse où l'indivision est née après le jugement d'ouverture, par exemple en cas de changement de régime matrimonial tardif ou de divorce engagé durant la procédure, la procédure collective va alors retrouver tout son effet attractif, de sorte que les biens indivis vont être appréhendés par la procédure collective. Ainsi, dans cette configuration, seul le juge-commissaire peut, par exemple, autoriser la vente et décider du mode de réalisation du bien (2^e Civ., 9 novembre 2006, pourvoi n° 05-12.205).

Sous-section 2. Le débiteur personne morale

A. La responsabilité du dirigeant de la personne morale en difficulté

La responsabilité civile de droit commun

Le dirigeant d'une personne morale faisant l'objet d'une procédure collective peut voir sa responsabilité engagée dans les conditions du droit commun de la responsabilité, lesquelles sont strictement entendues par la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi, s'agissant de la détermination de l'existence d'un préjudice, il faut distinguer entre l'action exercée dans l'intérêt collectif des créanciers, qui ne peut, en principe, être exercée par un créancier, sauf, depuis la loi du 26 juillet 2005 précitée, en cas de carence du mandataire judiciaire ou du liquidateur, par un créancier nommé contrôleur (article L. 622-20 du code de commerce), et l'action exercée par un créancier seul, victime d'un préjudice personnel distinct du préjudice collectif. La Cour de cassation rappelle en effet régulièrement que « la recevabilité d'une action en responsabilité personnelle engagée par un créancier à l'encontre du dirigeant d'une société mise en procédure collective, pour des faits antérieurs au jugement d'ouverture, est subordonnée à l'allégation d'un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers résultant d'une faute du dirigeant séparable de ses fonctions » (Com., 7 mars, 2006, pourvoi n° 04-16.536, *Bull.* 2006, IV, n° 61). Cette condition est rarement admise. Cependant, elle a récemment été reconnue au bénéfice d'actionnaires d'une société qui soutenaient qu'ils avaient été incités à investir dans les titres émis par celle-ci et à les conserver en raison de fausses informations diffusées par les dirigeants, d'une rétention d'information et d'une présentation aux actionnaires de comptes inexacts (Com., 9 mars 2010, pourvois n° 08-21.793 et n° 08-21.547, *Bull.* 2010, IV, n° 48). Concernant la détermination de la faute du dirigeant social, la jurisprudence exige que celle-ci soit séparable de ses fonctions, étant entendue d'une façon très restrictive comme « une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de [ses] fonctions sociales » (Com., 10 février 2009, pourvoi n° 07-20.445, *Bull.* 2009, IV, n° 21).

La responsabilité du dirigeant social pour insuffisance d'actif et les sanctions professionnelles

Reprenant l'évolution des règles légales applicables à l'action en responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif et aux sanctions professionnelles (interdiction de gérer et faillite personnelle), qui vont dans le sens d'une plus grande modération, la Cour de cassation a décidé d'assouplir sa jurisprudence, rendue sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985

précitée, relative aux mécanismes de mise en cause du dirigeant social poursuivi. Dans un premier arrêt du 1^{er} décembre 2009 (Com., 1^{er} décembre 2009, pourvoi n° 08-17.187, *Bull.* 2009, IV, n° 155 ; sur l'application du principe de proportionnalité à un gérant de SARL, voir Com., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-14.088), la Cour de cassation a jugé que, si la faillite personnelle peut être prononcée dès lors qu'un seul des faits prévus par la loi est établi et que la sanction infligée relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, il importe, lorsque plusieurs faits sont retenus, que chacun d'eux soit légalement justifié. La Cour régulatrice a ainsi considéré que prive sa décision de base légale au regard des textes applicables et du principe de proportionnalité une cour d'appel qui, pour prononcer à l'encontre d'un débiteur une faillite personnelle d'une durée de dix ans, retient son omission de faire dans le délai légal la déclaration de la cessation des paiements et l'absence de tenue d'une comptabilité régulière, sans s'expliquer sur la qualité de commerçant du débiteur que ce dernier contestait, et qui était la condition nécessaire pour retenir à son encontre le défaut de comptabilité. Dans un autre arrêt du 15 décembre 2009 (Com., 15 décembre 2009, pourvoi n° 08-21.906, *Bull.* 2009, IV, n° 166 ; voir aussi, Com., 30 mars 2010, pourvoi n° 08-22.140), la Cour a jugé, de même, en matière d'action en comblement de l'insuffisance d'actif, que si le montant de la condamnation prononcée relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, dès lors qu'il n'excède pas l'insuffisance d'actif, il importe, lorsque plusieurs fautes de gestion sont retenues, que chacune d'entre elles soit légalement justifiée. Elle en a tiré la conséquence que prive sa décision de base légale, au regard des articles L. 621-1 et L. 624-3 du code de commerce, dans leur rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, et du principe de proportionnalité, une cour d'appel qui, pour condamner un dirigeant à supporter les dettes sociales, retient parmi plusieurs fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif l'omission de faire dans le délai légal la déclaration de la cessation des paiements, par des motifs impropres à caractériser, en l'absence de précisions sur l'actif disponible, l'état de cessation des paiements, lequel constituait la condition nécessaire pour retenir à l'encontre du dirigeant la déclaration tardive de cet état. Pour la doctrine, ces deux arrêts traduisent la consécration, par la chambre commerciale, du principe de proportionnalité, dans le droit des procédures collectives. Rompant avec sa jurisprudence traditionnelle, selon laquelle le fait qu'une décision de condamnation du dirigeant à une sanction civile soit fondée sur des constatations partiellement erronées n'emportait pas automatiquement censure dès lors qu'au moins l'une des hypothèses visées par la loi ou des fautes de gestion était caractérisée (Com., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-14.796), la Cour régulatrice a ainsi entendu prendre par ces arrêts un tournant important dans son appréhension des responsabilités et des sanctions encourues par le débiteur ou ses dirigeants sociaux, de sorte que les principes ainsi dégagés, prononcés sous l'empire des textes dans leur rédaction antérieure à la loi de sauvegarde, sont transposables aux dispositions nouvelles issues de cette loi⁸⁵.

Même si la chambre commerciale de la Cour de cassation fait preuve d'une certaine modération à l'égard du dirigeant social poursuivi en comblement d'une insuffisance d'actif, il

85. N. Morelli, « La proportionnalité étend son emprise en droit des procédures collectives », *in Rev. sociétés*, 2010, p. 256.

n'en demeure pas moins qu'elle entend donner sa pleine efficacité à cette action en prenant en considération la réalité des processus décisionnels au sein de l'entreprise. Elle a ainsi jugé que, en vertu de l'article L. 624-2 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, « les fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif d'une société en redressement ou liquidation judiciaire peuvent engager la responsabilité des personnes morales dirigeantes et celle de leurs représentants permanents », et que « de même peut être déclarée responsable de ces fautes, sur le fondement de l'article L. 624-3 du même code, la personne morale qui, sans être dirigeant de droit de la société en redressement ou liquidation judiciaire, a exercé en fait, par l'intermédiaire d'une personne physique qu'elle a choisie et qui a agi sous son emprise, des pouvoirs de direction sur la société » (Com., 27 juin 2006, pourvoi n° 04-15.831, *Bull.* 2006, IV, n° 151).

Sur le plan procédural, la chambre commerciale de la Cour de cassation veille au respect du principe de la contradiction envisagé comme une des garanties fondamentales du procès équitable. Ainsi, dans des arrêts du 28 octobre 2008 (Com., 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-13.133, *Bull.* 2008, IV, n° 182 ; Com., 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-16.056, *Bull.* 2008, IV, n° 183 et Com., 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-16.379) et du 17 février 2009 (Com., 17 février 2009, pourvois n° 07-20.061 et 08-10.911 ; Com., 17 février 2009, pourvoi n° 07-17.711 et Com., 17 février 2009, pourvoi n° 07-21.238), elle a rappelé que « la convocation du dirigeant de la personne morale, poursuivi en paiement des dettes sociales, en vue de son audition personnelle par le tribunal, est un préalable obligatoire » et que « l'omission de cet acte, qui fait obstacle à l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du dirigeant ou à toute condamnation, constitue une fin de non-recevoir ». Elle précise toutefois que « [les dirigeants], qui n'ont pas invoqué devant les juges du fond leur absence de convocation en chambre du conseil, sont irrecevables à présenter cette fin de non-recevoir, mélangée de fait et de droit, fût-elle d'ordre public, pour la première fois, devant la Cour de cassation » (Com., 10 mars 2009, pourvoi n° 07-20.632, *Bull.* 2009, IV, n° 34).

B. L'imputation du risque aux associés de la personne morale en difficulté

En principe, les associés d'une société, n'exerçant aucune fonction de direction sociale, n'ont pas à rendre compte personnellement des difficultés ayant conduit à l'ouverture de la procédure collective de celle-ci, ni à assumer une quelconque responsabilité à ce titre. En leur qualité d'associés de la société en procédure collective, le risque qu'ils encourent se limite pour l'essentiel à la perte de leur investissement, ainsi qu'à leur contribution à la dette entre associés, dans la mesure où l'autonomie patrimoniale de la société en difficulté joue un rôle d'écran protecteur à leur égard⁸⁶. À titre dérogatoire, les associés de sociétés à responsabilité illimitée ont non seulement l'obligation de contribuer aux pertes, mais aussi celle de contribuer aux dettes de la société, ce qui les oblige à répondre des dettes sociales en qualité de garants subsidiaires. Cette hypothèse vise l'obligation indéfinie et solidaire à la dette pesant sur certains associés, tels les associés d'une société en nom collectif ou les

86. Sur l'ensemble de ces questions, voir M.-L. Coquelet, « Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective », in *Rev. proc. coll.* n° 6, novembre 2010, dossier 6.

commandités de sociétés en commandite simple ou par actions, et l'obligation indéfinie à la dette, mais sans solidarité, sur les associés de sociétés civiles⁸⁷. Depuis la loi du 26 juillet 2005 précitée, l'ouverture, automatique, d'une procédure collective à l'égard des associés tenus indéfiniment et solidairement des dettes d'une société ne pouvant plus faire face à ses dettes, a été supprimée. Cependant, même si la chambre commerciale de la Cour de cassation vient de donner son plein effet à cette suppression (Com., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-10.232, *Bull.* 2009, IV, n° 83), comme cela a été souligné, une telle ouverture avait le mérite de faire bénéficier les associés de la société de l'arrêt des poursuites dans ce cas⁸⁸.

Concernant l'application de la règle prévue par l'article 1858 du code civil, selon laquelle « les créanciers d'une société civile ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé [d'une société civile] qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale », s'agissant d'une société civile de droit commun soumise à une procédure de liquidation judiciaire, la Cour de cassation a été tenue de répondre à la question de savoir si le seul fait que la société soit mise en procédure collective pour cessation des paiements suffisait à caractériser cette vaine poursuite, ou si le créancier devait apporter la preuve que l'actif social était insuffisant pour le désintéresser. En réponse, par un arrêt du 18 mai 2007 (Ch. mixte, 18 mai 2007, pourvoi n° 05-10.413, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 4), la chambre mixte de la Cour de cassation a jugé que les créanciers d'une société civile de droit commun ne peuvent, en vertu des dispositions de l'article 1858 du code civil, poursuivre le paiement des dettes sociales contre les associés, débiteurs subsidiaires du passif social envers les tiers, qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale, mais que, dans le cas où la société est soumise à une procédure de liquidation judiciaire, la déclaration de la créance à la procédure dispense le créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant pour le désintéresser, l'action pouvant être régularisée si la créance a été régulièrement déclarée à la procédure. Concernant l'application dans le temps de cette solution jurisprudentielle, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé qu'un revirement de jurisprudence, dont l'application prive l'une des parties d'un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne peut recevoir application dans une instance en cours au moment de son prononcé, et que, dès lors, si par un arrêt du 18 mai 2007, la chambre mixte de la Cour de cassation a retenu que la simple déclaration de créance à la liquidation d'une société civile constitue la preuve de vaines poursuites par le créancier de cette société, ce principe ne s'applique pas à une instance en cours dans laquelle le créancier se trouvait, compte tenu de la jurisprudence antérieure, dans l'impossibilité d'éviter de laisser prescrire sa créance (Com., 26 octobre 2010, pourvoi n° 09-68.928, *Bull.* 2010, IV, n° 159).

87. Il faudrait également y inclure les membres des groupements d'intérêt économique et des groupements agricoles d'exploitation en commun.

88. M.-L. Coquelet, *Ibid.* La question a évolué avec l'ordonnance de décembre 2008 précitée, puisque, si l'associé d'une société en nom collectif reçoit, par l'effet de la loi, la qualification de commerçant (article L. 221-1 du code de commerce), il n'exerce pas, sous cette seule considération, une « activité commerciale », ni même « une activité professionnelle indépendante », au sens de l'article L. 620-2 du même code. En cas de poursuites de la part d'un créancier de la société en nom collectif, il ne pourra donc pas relever des procédures collectives, sauf à exercer, par ailleurs, une activité commerciale ou une profession indépendante.

La poursuite d'un associé d'une société civile tenu personnellement du passif social n'est toutefois possible que de la part des créanciers sociaux, et non de celle du représentant des créanciers ou du liquidateur en cas de liquidation judiciaire (Com., 24 janvier 2006, pourvoi n° 04-19.061, *Bull.* 2006, IV, n° 17). Cette imputation du risque à l'associé d'une SCI a d'ailleurs des conséquences en matière procédurale, dans la mesure où la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que « le droit effectif au juge implique que l'associé d'une SCI, qui répond indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital social, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre du jugement ouvrant la liquidation judiciaire de la SCI » (Com., 19 décembre 2006, pourvoi n° 05-14.816, *Bull.* 2006, IV, n° 254; voir aussi Com., 26 mai 2010, pourvoi n° 09-14.241)⁸⁹.

Section 2. L'imputation du risque aux partenaires de l'entreprise en difficulté

La procédure collective a notamment pour finalité de répartir la charge du risque économique, qui est en partie réalisé par l'état de cessation des paiements, entre les différents partenaires de l'entreprise en difficulté, soit en mutualisant les sacrifices qu'ils doivent consentir afin d'assurer le redressement de celle-ci, soit en recherchant la responsabilité de certains d'entre eux qui, par leur faute ou leur manque de diligence, ont concouru à l'apparition de ces difficultés⁹⁰. Dans ce dernier cas, il a été jugé qu'un soutien abusif du débiteur par fournitures de biens ou de services ou l'octroi inconsidéré de délais de paiements avant l'ouverture de sa procédure collective est susceptible d'engager la responsabilité du fournisseur, du concédant ou du franchiseur, lorsque ceux-ci savaient, ou auraient dû savoir, que l'entreprise était dans une situation irrémédiablement compromise lors de l'accomplissement de l'acte ou des actes en cause (Com., 27 février 2007, pourvoi n° 06-13.649, *Bull.* 2007, IV, n° 72).

La responsabilité des partenaires de l'entreprise en difficulté concerne, le plus souvent, celle des établissements de crédit, tantôt pour octroi abusif de crédit, tantôt pour rupture abusive de crédit. Dans un arrêt du 10 juin 2008 (Com., 10 juin 2008, pourvoi n° 07-10.940), rendu sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 précitée, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé « qu'engage sa responsabilité à l'égard d'une entreprise [en application de l'article 1382 du code civil] la banque qui, ou bien pratique une politique de crédit ruineux pour l'entreprise devant nécessairement provoquer une croissance continue et insurmontable de ses charges financières, ou bien apporte un soutien artificiel à une entreprise dont elle connaissait ou devait connaître la situation irrémédiablement compromise, les deux conditions étant alternatives et non cumulatives ». Cependant, s'agissant des procédures collectives ouvertes à compter du 1^{er} janvier 2006⁹¹, la loi du 26 juillet 2005

89. Cet arrêt ayant également précisé que la société civile, représentée par un mandataire *ad hoc*, dispose d'un droit propre s'agissant d'une instance en paiement engagée à son encontre avant le jugement d'ouverture, ce qui lui permet d'intervenir volontairement à titre accessoire dans l'instance ouverte sur la tierce opposition de l'associé de la société civile.

90. Voir P. Roussel Galle, « Risques et responsabilités des cocontractants », *in Rev. proc. coll.*, n° 6, novembre 2010, dossier 9.

91. En ce sens, P. Hoang, « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *in D.* 2006, chron., p. 1459.

précitée prévoit désormais le principe de non-responsabilité du fait des concours financiers accordés à une entreprise en situation difficile, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, ou de prises de garanties disproportionnées à ces concours (article L. 650-1 nouveau du code de commerce).

Enfin, les partenaires de l'entreprise ne sont pas seulement ses clients ou fournisseurs. Par un arrêt du 23 mars 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré qu'était engagée la responsabilité de l'expert-comptable et du commissaire aux comptes de la société débitrice lorsque leurs fautes « sont à l'origine directe de la présentation fallacieuse des comptes [du débiteur] qui a induit en erreur les créanciers de la société ainsi que les banques qui ont continué à accorder leur crédit [...] » (Com., 23 mars 2010, pourvoi n° 09-10.791, *Bull.* 2010, IV, n° 60).

Section 3. L'imputation du risque aux professionnels de la procédure : le cas de l'administrateur judiciaire

L'administrateur judiciaire, le représentant des créanciers devenu, depuis la loi de sauvegarde, mandataire judiciaire, ainsi que le liquidateur, peuvent voir leur responsabilité civile délictuelle engagée dans les conditions du droit commun⁹². À ce titre, la plupart des actions en responsabilité personnelle engagées contre les mandataires judiciaires concerne les opérations de vérification et d'admission des créances et l'abstention d'engagement d'actions concourant à la défense de l'intérêt collectif⁹³. Cependant, le liquidateur, comme l'administrateur, peut aussi engager sa responsabilité du fait des obligations légales du chef d'entreprise. La Cour de cassation a ainsi précisé que cette responsabilité peut être recherchée indépendamment d'une faute détachable de ses fonctions, dans la mesure où le liquidateur répond des conséquences dommageables des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions (Com., 30 septembre 2008, pourvoi n° 07-17.450).

La responsabilité des professionnels de la procédure collective (administrateurs, mandataires et liquidateurs) fait l'objet d'un contentieux relativement nourri, que l'on évoquera ici à propos de la responsabilité de l'administrateur. Les causes de responsabilité personnelle de l'administrateur, qui sont multiples, peuvent notamment tenir au non-respect des obligations légales et conventionnelles du chef d'entreprise qui lui incombent du fait de ses fonctions (articles L. 621-22-III du code de commerce, dans la rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005, et L. 622-1-III dans sa rédaction postérieure). L'ordonnance du 18 décembre 2008 précitée a supprimé cette responsabilité dans la procédure de sauvegarde, lorsque l'administrateur judiciaire n'a qu'une mission de surveillance.

92. Voir A. Géniteau, « La responsabilité de l'administrateur » et S. Gorrias, « La responsabilité du mandataire judiciaire », in *Rev. proc. coll.* n° 6, novembre 2010, dossiers 11 et 12.

93. P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action 2010/2011, n° 361.41, p. 558 et suivants.

Au-delà de sa mission de direction de l'entreprise, l'administrateur peut principalement engager sa responsabilité en cas de faute commise dans le cadre spécifique aux procédures collectives de la continuation des contrats en cours. Il engage ainsi sa responsabilité personnelle en cas de résiliation, suite à sa négligence, d'un contrat ayant pour l'entreprise une importance primordiale (Com., 9 juin 1998, pourvois n° 95-12.841 et n° 95-12.338, *Bull.* 1998, IV, n° 185 : caractérise le manquement de l'administrateur d'un redressement judiciaire à son obligation de moyens, pour retenir sa responsabilité personnelle faute d'avoir poursuivi un contrat de concession exclusive en cours, la cour d'appel qui relève, en se plaçant au temps de la mise en demeure d'avoir à prendre parti sur la continuation du contrat adressée par le concédant à l'administrateur, que celui-ci ne s'était entouré d'aucun avis, qu'il n'avait pas demandé une prolongation du délai pour prendre parti, qu'il n'avait pas mené une véritable étude sur la réponse à fournir, et qu'il avait laissé s'éteindre les effets d'un contrat qui revêtait pour l'entreprise en redressement judiciaire une importance primordiale puisqu'il lui permettait de vendre en exclusivité un produit recherché).

Selon la jurisprudence rendue sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 dans sa rédaction antérieure à la loi du 10 juin 1994, l'administrateur n'était pas tenu de s'assurer, au moment où il demandait l'exécution d'un contrat en cours, qu'il disposait effectivement des fonds nécessaires au paiement du contrat continué, si bien que sa responsabilité était dès lors exclue si, lors du choix de continuation, « celui-ci pouvait légitimement escompter qu'il disposerait des fonds nécessaires à la poursuite d'activité » (Com., 14 octobre 2008, pourvoi n° 07-16.109). Cependant, cette jurisprudence a été abandonnée par la suite dans la mesure où il a été jugé, sous l'empire de l'article L. 621-28 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 10 juin 1994 mais antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, que l'administrateur engage sa responsabilité s'il opte pour la continuation du contrat sans s'être assuré qu'il dispose des fonds suffisants (Com., 30 juin 2009, pourvoi n° 07-21.212). La chambre commerciale de la Cour de cassation a toutefois considéré que n'engage pas sa responsabilité l'administrateur judiciaire qui obtient un délai supplémentaire pour prendre parti sur la poursuite d'un bail, même si les causes du bail ne sont pas payées durant cette prorogation (Com., 7 juillet 2009, pourvoi n° 08-18.635). Cette dernière décision laisse à l'administrateur une marge de manœuvre nécessaire pour apprécier au mieux la situation de l'entreprise et envisager les moyens d'assurer la pérennité de son activité.

Enfin, l'administrateur judiciaire peut engager sa responsabilité personnelle en cas de non-paiement des commandes. Dans ce cas, la faute de l'administrateur s'apprécie à la date à laquelle la créance prend naissance, c'est-à-dire à la date de la commande. Dès lors, n'engage pas sa responsabilité l'administrateur qui a contresigné des chèques, qui ne seront pas ultérieurement payés faute de provision, si à la date de la commande la trésorerie permettait de les honorer (Com., 1^{er} avril 2008, pourvoi n° 07-10.357). De même, il a été jugé dans un arrêt du 14 mai 2008 (pourvois n° 06-20.631 et n° 06-20.833), qu'engage sa responsabilité l'administrateur qui a demandé à l'expert-comptable d'une société d'effectuer une mission comptable afin d'évaluer la situation financière de la société et d'apprécier les chances de redressement, sans s'être assuré que cette mission pouvait être rétribuée, et ce, malgré la décision du tribunal d'ouvrir une période d'observation dans l'attente du bilan de l'administrateur et de ses propositions de solutions.

Chapitre 4. Droit du travail : le risque économique dans l'entreprise et le licenciement pour motif économique

Dans le domaine du droit du travail, deux sortes d'événements créant un risque peuvent affecter la vie de l'entreprise et l'emploi qu'elle procure : la cessation définitive et complète de l'activité de l'entreprise et une situation économique difficile imposant à l'employeur de prendre des mesures de sauvegarde pouvant aller jusqu'à des réductions d'effectifs. Les risques en présence ne sont pas de même nature. Du côté des salariés, il y a un risque de perte de leur emploi et des moyens d'existence qu'il procure, tandis que pour l'employeur il s'agit d'affronter un risque de disparition de l'entreprise, que cette disparition soit volontaire (cessation d'activité) ou qu'elle résulte de difficultés économiques.

Alors que l'interruption totale et définitive de l'activité de l'entreprise entraîne la disparition des emplois qu'elle supporte sans que l'employeur ait en principe à justifier de raisons particulières ayant guidé sa décision (section 1), des réductions ou transformations d'emplois ne sont légitimes que si elles reposent sur une raison économique, ainsi que le prévoient les articles L. 1233-2 et L. 1233-3 du code du travail (section 2).

Section 1. Cessation d'activité de l'entreprise

La cessation d'activité de l'entreprise est, en soi, une cause de rupture légitime du contrat de travail lorsqu'il est conclu pour une durée indéterminée. Toutefois, elle ne libère pas l'employeur de son obligation de respecter un préavis (article L. 1234-7 du code du travail) et de verser l'indemnité de licenciement légalement due (article L. 1234-10 du code du travail). Certes, en cas de force majeure, cet arrêt définitif de l'activité emporte dispense de préavis et d'indemnité de licenciement (article L. 1234-12 du même code) et, en ce cas, c'est le personnel qui donc supporte entièrement le risque de disparition de l'entreprise, sans pouvoir prétendre au paiement d'une indemnité. Mais les conditions posées pour que la force majeure soit caractérisée (événement extérieur irrésistible/impossibilité de poursuivre le contrat de travail) réduisent considérablement le champ d'application de cette cause d'exonération (Soc., 12 février 2003, pourvois n^{os} 01-40.921 à 01-40.923 et 01-40.916 à 01-40.920, *Bull.* 2003, V, n^o 50, à propos d'un cyclone).

Au-delà de cette obligation de prendre en charge le préavis et l'indemnité de licenciement, l'employeur n'a pas à justifier des raisons qui l'ont déterminé à mettre fin à son activité. La volonté de mettre fin à l'entreprise est en elle-même une cause de rupture des contrats de travail. C'est une conséquence de la liberté d'entreprendre, qui implique la liberté de cesser son activité, ainsi que l'a laissé entendre le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 janvier 2002 (n^o 2001-455 DC) relative à la loi de modernisation sociale. En d'autres termes le risque économique que prend l'entrepreneur prime ici le risque que constitue, pour son personnel, la disparition des emplois. Comme le jugeait en 1956 la chambre sociale, « aucune disposition légale ne fait obligation [à l'employeur] de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi » (Soc., 31 mai 1956, pourvoi n^o 56-04.323, *Bull.* 1956, V, n^o 499).

Mais cette répartition inégale du risque a une limite : la cessation de l'activité ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement si elle résulte d'une légèreté blâmable ou d'une faute de l'employeur (Soc., 16 janvier 2001, pourvoi n° 98-44.647, *Bull.* 2001, V, n° 10), des erreurs de gestion ne suffisant pas à caractériser un tel manquement (Soc., 14 décembre 2005, pourvoi n° 03-44.380, *Bull.* 2005, V, n° 365). Autrement dit, la liberté de dissoudre l'entreprise et de résilier ainsi les contrats de travail ne permet pas de légitimer une décision qui trouve sa cause dans une faute de l'employeur. Cette légèreté blâmable pourra notamment consister, pour l'employeur qui fait partie d'un groupe et dont la situation est prospère, à interrompre son activité et à licencier tout son personnel à la seule demande de la direction du groupe, dans la mesure où il fait ainsi primer son appartenance au groupe sur l'intérêt de l'entreprise, au détriment de l'emploi (Soc., 1^{er} février 2011, pourvois n^{os} 10-30.045 à 10-30.0481, *Bull.* 2011, V, n° 42). La liberté de mettre fin à son activité n'est donc pas sans limites. Par ailleurs, si l'intégration dans le groupe est si poussée qu'une autre société du même groupe contrôle en réalité les choix et les décisions de l'employeur, notamment dans la gestion de son personnel, à la faveur d'une confusion d'intérêts, d'activité et de direction, une situation de coemploi pourra alors être caractérisée qui ne permettra plus d'invoquer une cessation d'activité pour justifier le licenciement de tout le personnel de l'une des entités puisque la cause économique devra exister chez chacun des coemployeurs. Il faudra en ce cas que les licenciements reposent sur une autre cause économique constituée au niveau du secteur d'activité du groupe dans lequel interviennent les coemployeurs (Soc., 18 janvier 2011, pourvoi n° 09-69.199, *Bull.* 2011, V, n° 23). Le risque sera alors réparti comme pour toute autre cause de licenciement pour motif économique.

Section 2. Hors cessation de l'activité de l'entreprise

Hors cessation d'activité de l'employeur, les risques que font courir aux salariés la perte de leur emploi ou la modification de leurs contrats de travail sont atténués par l'obligation de justifier la rupture du contrat par un autre motif économique. La Cour de cassation a en effet abandonné le principe selon lequel l'employeur était seul juge de l'existence de la cause de licenciement pour motif économique (Soc., 12 mai 1998, pourvoi n° 95-44.100, *Bull.* 1998, V, n° 245). Il doit justifier des risques qu'il supporte, tels que ceux liés à des difficultés économiques ou des mutations technologiques, ou encore, toujours dans le cadre fixé par l'article L. 1233-3 du code du travail, ceux qui nécessitent de réorganiser l'entreprise, ainsi que l'a admis la jurisprudence.

L'appréciation des risques n'est pas limitée au seul cadre de l'entreprise si celle-ci appartient à un groupe. Elle se fait au niveau du secteur d'activité (Soc., 5 avril 1995, pourvoi n° 93-42.690, *Bull.* 1995, V, n° 123 ; Soc., 7 octobre 1998, pourvoi n° 96-43.107, *Bull.* 1998, V, n° 405). C'est à l'employeur de fournir des informations suffisantes sur la consistance de ce secteur d'activité (Soc., 4 mars 2009, pourvoi n° 07-42.381, *Bull.* 2009, V, n° 57), qui ne peut se réduire à la spécialisation de l'entreprise (Soc., 23 juin 2009, pourvoi n° 07-45.668, *Bull.* 2009, V, n° 161).

Ainsi, dans ce cadre qui repose sur des constatations de nature économique relatives au marché sur lequel intervient l'entreprise, et qui échappe donc au contrôle du juge de cassation, l'employeur doit justifier non seulement de la réalité du motif invoqué, mais aussi du caractère sérieux du risque qu'il supporte. La fluctuation normale des marchés, la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre ou encore la baisse de bénéfices ne suffisent pas à caractériser des difficultés économiques justifiant un licenciement (Soc., 6 juillet 1999, pourvoi n° 97-41.036, *Bull.* 1999, V, n° 327). Toutefois, l'employeur est dispensé de justifier de telles difficultés si la suppression d'emploi est la conséquence du recours à de nouvelles technologies (Soc., 2 juin 1993, pourvoi n° 90-44.956, *Bull.* 1993, V, n° 155).

En cas de restructuration d'entreprise, l'employeur devra démontrer que la réorganisation est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise (Soc., 1^{er} avril 1992, pourvoi n° 90-44.697, *Bull.* 1992, V, n° 223 ; Soc., 7 décembre 1993, pourvoi n° 92-41.817, *Bull.* 1993, V, n° 306 ; Soc., 5 avril 1995, pourvoi n° 93-42.690, *Bull.* 1995, V, n° 123 ; Soc., 5 octobre 1999, pourvoi n° 98-41.384, *Bull.* 1999, V, n° 366), à moins qu'elle ne soit justifiée par l'une des causes énumérées à l'article L. 1233-3 précité du code du travail (Soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-41.953, *Bull.* 2008, V, n° 252). Il résulte de cette jurisprudence, maintes fois confirmée, que la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise est un motif économique autonome, qui peut justifier une réorganisation de l'entreprise et donc les modifications des contrats de travail qu'elle implique, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer des difficultés économiques ou des mutations technologiques. Selon le Conseil constitutionnel, la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise n'exige pas que sa survie soit en cause (Cons. const., 12 janvier 2002, décision n° 2001-455 DC précitée). Pour autant la Cour de cassation, en contrôlant la sauvegarde de la compétitivité comme motif autonome de réorganisation de l'entreprise, s'assure que les modifications de contrats de travail ou les suppressions d'emplois en résultant ne sont pas fondées sur le seul souci d'économie ou d'amélioration de la rentabilité de l'entreprise (Soc., 1^{er} décembre 1999, pourvoi n° 98-42.746, *Bull.* 1999, V, n° 466).

Par deux arrêts rendus le 11 janvier 2006 (Soc., 11 janvier 2006, pourvois n°s 04-46.201 à 04-46.222, 04-46.224 à 04-46.229, 04-46.274, 04-46.309, 04-46.331, 04-46.430, 04-46.657 et 04-46.772, *Bull.* 2006, V, n° 10, et pourvoi n° 05-40.977, *Bull.* 2006, V, n° 10), la chambre sociale a précisé la notion de « sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise » en prenant en compte les exigences de la gestion prévisionnelle des emplois. La légitimité de la réorganisation de l'entreprise pour sauvegarder sa compétitivité ne peut résulter en effet que de la conciliation nécessaire, plusieurs fois rappelée par le Conseil constitutionnel, entre la liberté d'entreprendre, dont découle la liberté de gestion des entreprises, et le droit à l'emploi.

La Cour de cassation admet ainsi que l'employeur puisse anticiper les difficultés économiques. Il devra toutefois démontrer l'existence d'une menace à moyen ou à long terme sur la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité auquel elle appartient et la nécessité de prévenir des conséquences sur l'emploi (également en ce sens Soc., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-40.656, *Bull.* 2006, V, n° 349). L'employeur opère librement le choix entre les différentes solutions qui s'offrent à lui en vue de la réorganisation, le contrôle judiciaire se limitant aux conditions de sa mise en œuvre (Ass. plén., 8 décembre 2000, pourvoi n° 97-44.219, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 11 ; Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-40.046, *Bull.* 2009, V, n° 173).

Chapitre 5. Droit maritime : les avaries communes, un mécanisme singulier

Section 1. Présentation générale des avaries communes

Connue du droit romain, la procédure des avaries communes est une particularité du droit maritime qui exprime la solidarité entre gens de mer. Prévue à l'origine par la loi française n° 67-545 du 7 juillet 1967 (abrogée par l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010, dont les dispositions sur ce point ont été reprises dans le code des transports) et par les Règles d'York et d'Anvers de 2004, elle permet de répartir entre le navire et les marchandises les frais engagés dans leur intérêt commun, tels que les frais d'assistance en mer. Ces frais engagés pour sauver le navire ne seront pas exclusivement supportés par celui-ci mais partagés entre lui et les marchandises à proportion de leurs valeurs respectives. Bien que très critiquée, notamment pour son caractère trop largement admis et sa complexité, ce mécanisme est adopté par la totalité des pays maritimes.

Si l'aspect contractuel semble faire défaut au début de la procédure d'avaries communes, il n'en est jamais complètement absent et l'issue de la procédure se matérialise le plus souvent par la conclusion d'un compromis entre les parties. La répartition du risque intervient donc sans qu'un contrat d'assurance ait été signé, le risque, jugé insuffisamment probable, n'ayant pas été pris en considération par les parties intéressées dès le début de l'expédition maritime. En revanche, sa réalisation donne lieu à répartition selon des modalités le plus souvent contractuelles.

On distingue l'avarie-frais, destinée à rembourser les frais engagés pour le bénéfice du navire et de la marchandise, de l'avarie-dommages lorsque des pertes ont été nécessaires pour la sauvegarde de la marchandise et du navire (marchandises jetées à la mer par exemple).

Bien que ce point soit discuté par la doctrine, il est généralement admis que les conditions d'admission des frais en avarie commune sont cumulatives. Il faut :

- que les frais d'avaries communes soient engagés volontairement ;
- qu'ils soient justifiés par un péril encouru par l'expédition maritime : il n'est pas nécessaire que la menace soit réelle ; il suffit que le capitaine puisse « raisonnablement » croire en son existence ;
- que les frais aient été engagés dans l'intérêt commun.

La procédure d'avaries communes est complexe et nécessite dans un premier temps une déclaration d'avaries communes réalisée la plupart du temps par le capitaine du navire, dans un second temps la détermination de la masse créancière et celle de la masse débitrice, enfin la répartition qui est souvent très complexe et réalisée par les commissaires d'avaries ou « dispatcheurs ». Un compromis est donc proposé aux parties qui doivent apporter leurs contributions et, en cas de contestation, saisir les juridictions.

Section 2. Précisions apportées par la Cour de cassation

Pour des raisons tant économiques que juridiques, les déclarations d'avaries communes sont devenues rares. Pourtant, la Cour de cassation a eu l'occasion de rendre un

arrêt tranchant la question débattue de l'articulation entre déclaration d'avarie commune et contrat de transport. En effet, une partie de la doctrine estimait que le risque mettait fin au contrat de transport. Selon elle, les mesures prises par le capitaine pour échapper au risque ou au péril modifieraient la situation juridique sans qu'on puisse justifier une perte par l'exécution du contrat de transport. Ce contrat serait au moins suspendu le temps de l'exécution des manœuvres nécessaires pour mettre fin au péril. La Cour de cassation a pris la position inverse par un arrêt du 1^{er} décembre 2009 (Com., 1^{er} décembre 2009, pourvois n° 08-14.203 et n° 08-14.585, *Bull.* 2009, IV, n° 153) en décidant que « la déclaration d'avarie commune, qui ouvre une procédure de répartition des frais et dommages entraînés par des mesures de sauvetage décidées dans l'intérêt commun, n'a pas pour effet de mettre fin au contrat de transport, qui, hors le cas de la disparition des marchandises, s'achève lors de leur livraison ». Par cette décision, la Cour rejoint l'opinion d'une partie de la doctrine selon laquelle ce sont les circonstances conduisant à une déclaration d'avaries communes qui peuvent, le cas échéant, interrompre ou mettre fin au contrat de transport, mais non la déclaration d'avaries communes par elle-même.

Le même arrêt précise que « la procédure d'avarie commune [...] est indépendante de la procédure judiciaire concomitante tendant à établir la responsabilité des participants à l'opération de transport maritime et que le juge saisi d'une telle demande peut décider discrétionnairement de surseoir à statuer dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice ».

La Cour de cassation a ainsi entendu refuser que la procédure d'avaries communes emporte une suspension des poursuites individuelles sans qu'aucun texte n'institue un effet aussi grave qui porterait atteinte au droit au juge.

LIVRE 2. La charge du risque répartie

Lorsque la survenance de l'événement redouté entraîne sa prise en charge par un assureur (titre 1), c'est certes ce dernier qui procède en cas de sinistre au règlement de l'indemnité stipulée entre les mains de son assuré, le poids du risque réalisé étant ainsi juridiquement supporté, par le jeu du contrat d'assurance, par l'assureur. Mais il est, économiquement, réparti au sein de la mutualité que constitue l'ensemble des cocontractants de ce dernier. C'est cependant avec les assurances sociales (titre 2) que la prise en charge du risque par le mécanisme de la répartition connaît son développement le plus achevé : par la mise en œuvre de ce qui n'est plus simplement une technique, la mutualisation, mais un principe, la solidarité, c'est entre la totalité des membres de la collectivité nationale qu'il est alors réparti.

TITRE 1. RÉPARTITION DE LA CHARGE DU RISQUE PAR MUTUALISATION ENTRE LES MEMBRES DE GROUPES DÉTERMINÉS PRIVÉS

L'assurance est généralement définie comme l'opération par laquelle un assureur s'engage à exécuter une prestation au profit d'une autre personne en cas de réalisation d'un événement aléatoire, le risque, en contrepartie de la perception d'une somme d'argent, la prime. Risque, prime, prestation de l'assureur sont donc les éléments fondamentaux du contrat d'assurance.

Pour certains auteurs, il s'agit de l'opération par laquelle « un assureur organise en une mutualité une multitude d'assurés exposés à la réalisation de certains risques et indemnise ceux d'entre eux qui subissent un sinistre grâce à la masse commune des primes collectées » (Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, 13^e éd., 2011, p. 40). Cette définition met en avant quatre notions fondamentales : le risque, la prime, le sinistre et la mutualité. Cette opération d'assurance, que le juge appréhende généralement « de manière individuelle » à l'occasion du litige opposant assureur et assuré ou bénéficiaire, n'est en effet pas isolée, prenant place dans un ensemble d'opérations de même nature. C'est en percevant une masse de primes que l'assureur est en mesure d'exécuter ses prestations : économiquement, il doit donc tenir compte de la probabilité de réalisation des risques couverts pour déterminer le montant des primes qu'il doit recevoir. Techniquement, l'assurance ne doit pas conduire l'assureur à courir volontairement un risque de paiement de sinistre : cette activité consiste à « mutualiser les risques » en répartissant la charge entre l'ensemble des assurés.

En définitive, « prévoir les risques pour éviter de les supporter » est le fil conducteur de l'opération pour chaque contractant (chapitre 1), ce qui passe notamment par leur définition – ou leur exclusion – lors de la souscription du contrat. Au sens strict du terme, le risque est donc en la matière l'événement aléatoire dont la réalisation ne dépend pas exclusivement de la volonté de l'assuré et contre lequel cet assuré souhaite se prémunir. Entendu de cette manière, il est apprécié indépendamment de ses suites, heureuses ou malheureuses :

l'essentiel est que l'événement envisagé soit incertain dans sa réalisation ou sa date de survenance, autrement dit qu'il soit affecté d'un aléa.

Mais il est certaines hypothèses d'assurances privées avec lesquelles transparait déjà, à côté de la technique de mutualisation du risque, la solidarité (chapitre 2). Tel est le cas, à des égards au demeurant bien différents, avec l'assurance maritime, que l'on ne saurait guère évoquer sans songer à l'assistance maritime, et l'assurance automobile obligatoire.

Chapitre 1. Droit commun de l'assurance

Si le contrat d'assurance est un « contrat aléatoire » aux termes de l'article 1964 du code civil, le code des assurances ne comprend pas de disposition affirmant formellement ce caractère fondamental. Il édicte toutefois certaines règles qui s'en inspirent, telle la prohibition de l'assurance de la faute intentionnelle (article L. 113-1 du code des assurances) (section 1). C'est que l'exigence de l'aléa pour la validité du contrat d'assurance est un principe essentiel, la Cour de cassation soulignant que « l'aléa constitue l'essence même du contrat d'assurance », ou encore que « le contrat d'assurance est par nature aléatoire » (2^e Civ., 7 octobre 2010, pourvoi n° 10-30.233 ; 2^e Civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-10.590, *Bull.* 2010, II, n° 129 ; 3^e Civ., 10 octobre 2007, pourvois n° 06-11.129 et n° 06-14.205). Aussi ce contrat ne peut-il porter sur un risque que l'assuré sait déjà réalisé (1^{re} Civ., 4 novembre 2003, pourvoi n° 01-14.942, *Bull.* 2003, I, n° 220).

Après avoir dit en 2000 que l'appréciation de l'aléa relève du pouvoir souverain des juges du fond (voir notamment : 1^{re} Civ., 20 juin 2000, pourvoi n° 97-22.681, *Bull.* 2000, I, n° 189 ; 1^{re} Civ., 4 novembre 2003, précité), la jurisprudence de la Cour a évolué avec les quatre arrêts rendus le 23 novembre 2004 (Ch. mixte, 23 novembre 2004, pourvois n°s 01-13.592, 02-11.352, 02-17.507 et 03-13.673, *Bull.* 2004, Ch. mixte, n° 4, *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2004, p. 291), décisions avec lesquelles la chambre mixte est venue contrôler si les juges du fait avaient caractérisé l'aléa inhérent à des contrats d'assurance-vie. Ce contrôle a été réaffirmé par la chambre mixte le 21 décembre 2007 (Ch. mixte, pourvoi n° 06-12.769, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 13), mais aussi par la première chambre le 17 mars 2010 (pourvoi n° 08-15.658, *Bull.* 2010, I, n° 66) et par la deuxième les 14 juin 2006 (pourvoi n° 05-10.736) et 15 avril 2010 (pourvoi n° 08-20.377 et pourvoi n° 08-20.378), les arrêts ayant pu viser depuis lors le pouvoir souverain des juges du fond demeurant isolés.

Qu'il porte sur la survenance même ou sur la date de survenance de l'événement, l'aléa est lié au hasard et doit exister au moment de la formation du contrat d'assurance : c'est en considération de cet aléa que les parties décident de contracter. Les juges du fond, qui doivent retenir son existence dès qu'ils constatent que le hasard, même pour une part minimale, a pris place dans la réalisation du « risque », peuvent relever d'office le défaut d'aléa, à condition bien sûr d'inviter les parties à s'en expliquer.

Élément cardinal du contrat d'assurance, le « risque » doit par ailleurs être défini, déclaré, connu des deux parties (section 2), en application des articles L. 113-2 2° et L. 113-2 3°, du code des assurances. Le contrat doit par conséquent prévoir les risques, ou les dommages, qui ne seront pas pris en charge : les clauses d'exclusion de garantie sont expressément

visées par l'article L. 113-1, alinéa 1 (section 3). D'une autre part, il est bien évident que le risque partiellement assuré, que ce soit en raison du caractère partiel de la couverture ou de la déclaration, fait obstacle à un transfert complet de sa charge sur l'assureur (section 4).

Section 1. La faute intentionnelle de l'assuré

Comme tous les contrats, le contrat d'assurance doit être exécuté de bonne foi – exigence inscrite dans l'article 1134 du code civil – et être aléatoire – une part même minime de hasard doit être « préservée » –, ce qui exclut la garantie de la faute intentionnelle : l'essence et la technique de l'assurance exigent que le risque assuré soit un événement aléatoire dont la réalisation ne dépend pas de la volonté de l'assuré ou du bénéficiaire du contrat. C'est la raison de « l'exclusion légale de risque », qui concerne l'ensemble des assurances de dommages et de personnes, plus précisément l'exclusion légale de la faute intentionnelle contenue dans l'alinéa 2 de l'article L. 113-1 du code des assurances, qui dispose que « l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ».

Une définition stricte de la faute intentionnelle, entendue comme celle qui suppose la volonté de créer le dommage, et pas seulement d'en créer le risque, avait déjà été retenue par la Cour dans un arrêt du 10 avril 1996 (1^{re} Civ., pourvoi n° 93-14.571, *Bull.* 1996, I, n° 172 : « Au sens de [l'article L. 113-1, alinéa 2, du code des assurances], la faute intentionnelle qui exclut la garantie de l'assureur est celle qui suppose la volonté de causer le dommage et pas seulement d'en créer le risque ») et reprise notamment dans un arrêt du 27 mai 2003 (1^{re} Civ., 27 mai 2003, pourvois n° 01-10.747 et n° 01-10.478, *Bull.* 2003, I, n° 125; voir, pour des arrêts postérieurs, dans le même sens : 2^e Civ., 23 septembre 2004, pourvoi n° 03-14.389, *Bull.* 2004, II, n° 410; 3^e Civ., 9 novembre 2005, pourvoi n° 04-11.856, *Bull.* 2005, III, n° 214; 2^e Civ., 20 mars 2008, pourvoi n° 07-10.499; 2^e Civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 08-15.867).

Dans plusieurs arrêts récents, la jurisprudence de la Cour de cassation avait pu évoluer vers une conception souple de la faute intentionnelle, avec laquelle il suffit que le dommage constitue une conséquence inéluctable de la faute sans qu'il soit nécessaire d'établir que l'assuré ait voulu le dommage tel qu'il est survenu (1^{re} Civ., 29 octobre 2002, pourvoi n° 00-17.718; 2^e Civ., 22 septembre 2005, pourvoi n° 04-17.232; 2^e Civ., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-14.373). Dans ces cas, l'assuré ne recherche pas le dommage, mais a la conscience du préjudice certain que causera l'acte qu'il entreprend, ou s'est placé volontairement dans une situation dont il ne peut ignorer qu'elle conduira inéluctablement au dommage, supprimant ainsi l'incertitude tenant à la survenance du dommage.

Deux arrêts rendus le 1^{er} juillet 2010 par la deuxième chambre civile (2^e Civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-10.590, *Bull.* 2010, II, n° 129 et pourvoi n° 09-14.884, *Bull.* 2010, II, n° 131) adoptent une conception unique de la faute intentionnelle. Dans l'un, la Cour fait droit au moyen du pourvoi qui soutenait que les motifs de l'arrêt ne caractérisaient que la création délibérée d'un risque, ce qui ne correspondait pas à la définition de la faute intentionnelle entendue comme la volonté de créer le dommage tel qu'il est survenu. Dans l'autre, elle approuve une cour d'appel d'avoir, pour exclure la garantie de l'assureur, retenu que

l'assuré avait eu l'intention de causer le dommage tel qu'il est survenu. Par ces deux arrêts la deuxième chambre réaffirme une conception subjective de la faute intentionnelle, absorbant la faute dolosive (attitude parfois critiquée par les tenants d'une conception moins « stricte »), étant précisé que la faute est appréciée plus sévèrement à l'égard des professionnels. Ainsi, logiquement, car résultant de l'essence même du contrat d'assurance, par nature aléatoire, la garantie n'est pas due lorsque l'assureur démontre que l'assuré a consciemment fait perdre tout caractère incertain à la survenance du dommage. Est donc déterminante la motivation de sa décision par le juge du fond, motivation que contrôle la Cour de cassation pour vérifier que le juge du fond a tiré les conséquences légales de ses constatations et appréciations souveraines.

Si le juge doit caractériser la faute, il doit aussi qualifier le dommage : « Une chose est la conscience des conséquences de la faute, autre chose est la volonté de les provoquer, et la question est alors de savoir quelle est la portée de la conscience qu'avait l'assuré de provoquer le dommage. [...] – Le dommage recherché, seul dommage considéré comme volontaire, oblige le juge du fond à se livrer à une analyse psychologique de l'assuré afin de déterminer si l'assuré avait vraiment voulu provoquer le dommage » (2^e Civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-14.884, *Bull.* 2010, II, n° 131, avis J.-C. Lautre).

La Cour de cassation exige donc des juges du fond qu'ils indiquent suffisamment en quoi il leur est apparu que l'assuré a voulu causer le dommage tel qu'il est survenu.

C'est encore en ce sens que la deuxième chambre a rendu le 30 juin 2011 un arrêt (pourvoi n° 10-23.004, *Bull.* 2011, II, n° 145) approuvant une cour d'appel d'avoir retenu que la faute intentionnelle, au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances, s'entend de celle qui implique la volonté de son auteur de créer le dommage tel qu'il est advenu, et d'avoir fait ressortir, par ses constatations et énonciations, que la société avait, au moment de la souscription de la police « multirisques immeuble », la volonté et la conscience de mettre à la charge de son propre assureur les conséquences du dommage qui résulterait de sa fausse déclaration intentionnelle et avait en conséquence l'intention de causer le dommage tel qu'il est survenu.

Section 2. La déclaration du risque

En vertu de l'article L. 113-2 2^o et 3^o du code des assurances, et eu égard à l'exigence de bonne foi qui pèse sur l'assuré, celui-ci doit « déclarer les risques » à l'assureur, aussi bien lors de la conclusion du contrat qu'en cours de vie de la convention.

L'importance de la déclaration des risques, telle que prévue par l'article L. 113-2 du code des assurances, et la sanction de son éventuel caractère incomplet ou inexact résultent d'abord – et surtout – de l'article L. 113-8 du même code, qui prévoit que « le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre ». Lorsque la mauvaise foi de l'assuré n'est pas établie, l'article L. 113-9 du code des assurances prévoit, si l'inexactitude est constatée avant tout

sinistre, le droit pour l'assureur, soit de résilier le contrat, soit de proposer une augmentation de la prime, et si la constatation n'a lieu qu'après un sinistre, la réduction proportionnelle de l'indemnité.

Sous-section 1. La déclaration initiale

Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1930, l'assuré devait spontanément déclarer à l'assureur « toutes les circonstances connues de lui qui [étaient] de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il [prenait] à sa charge » (ancien article L. 113-2 du code des assurances). Dans ce système dit de la « déclaration spontanée », l'obligation d'information était quasiment illimitée.

Considérant que cette obligation d'information était trop extensive et trop protectrice des intérêts des assureurs, la Cour de cassation a entendu la circonscrire. Elle a ainsi décidé que « la sincérité et l'exactitude des déclarations faites par un assuré doivent s'apprécier en fonction des questions posées » (1^{re} Civ., 17 octobre 1995, pourvoi n° 92-19.018; voir aussi : 1^{re} Civ., 2 juillet 1985, pourvoi n° 84-12.605, *Bull.* 1985, I, n° 207; 1^{re} Civ., 21 février 1995, pourvoi n° 91-19.916). La loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 a entériné cette jurisprudence et l'article L. 113-2 2° du code des assurances, dans sa rédaction issue de cette loi, n'impose désormais à l'assuré que « de répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge ». La nullité du contrat n'est donc désormais encourue que si l'assuré ne répond pas avec sincérité aux questions posées (1^{re} Civ., 22 mai 2002, pourvoi n° 00-12.419, *Bull.* 2002, I, n° 136; 1^{re} Civ., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-18.737, *Bull.* 2000, I, n° 101; 1^{re} Civ., 7 octobre 1998, pourvoi n° 96-17.315, *Bull.* 1998, I, n° 280).

Lorsque la déclaration des risques se fait sur la base du questionnaire établi par l'assureur, ce questionnaire doit être précis et l'objet de la déclaration est circonscrit aux seules questions posées par le questionnaire limitatif. L'assuré devant déclarer les circonstances connues de lui et qui correspondent aux questions posées par l'assureur, ces questions peuvent aussi lui être posées par le biais d'un autre support : courrier, fax, etc. L'inexactitude se mesure donc à partir de tout ce qu'a pu déclarer l'assuré à la demande de l'assureur... mais, le devoir d'initiative pesant sur l'assuré ayant été supprimé par la réforme de 1989, qu'en est-il des renseignements qu'il a pu fournir de son propre chef? Jusqu'en 2007, la jurisprudence de la Cour de cassation fondée sur la rédaction en vigueur de l'article L. 113-2, 2° du code des assurances était la suivante :

– la première chambre civile avait décidé que *la fausse déclaration intentionnelle* d'un assuré *pouvait être retenue même en l'absence de questionnaire*, dès lors que l'assuré avait signé une déclaration (1^{re} Civ., 24 novembre 1999, pourvoi n° 97-19.022 : « Attendu que la cour d'appel, qui a relevé que les époux X... avaient été en mesure de comprendre la portée de la déclaration de bonne santé qu'ils avaient signée lors de leur adhésion à l'assurance de groupe, n'avait pas à rechercher si le Y... [le prêteur ayant souscrit le contrat d'assurance de groupe] aurait dû leur faire remplir un questionnaire de santé; d'où il suit que le moyen n'est pas sérieux »);

- dans un arrêt du 28 septembre 1999 (pourvoi n° 98-84.313), la chambre criminelle avait statué en ce sens : « Attendu que, pour débouter l'assureur de sa demande, l'arrêt retient que la signature de [l'assuré] n'est pas précédée de la mention "lu et approuvé" ; que les juges ajoutent qu'il n'est pas établi que l'assuré ait lu les conditions particulières de son contrat, ni, en l'absence de questionnaire, qu'il ait été interrogé sur ses antécédents et qu'il ait fourni, en conséquence, dans le but de tromper, des réponses volontairement fausses ; attendu qu'en l'état de ces seuls motifs, la cour d'appel, qui a apprécié souverainement que l'assureur ne rapportait pas la preuve de la mauvaise foi de l'assuré, a justifié sa décision sans encourir le grief allégué » ;
- puis, dans un arrêt du 15 février 2007, qualifié par la doctrine d'arrêt de principe, la deuxième chambre a dit qu'en prononçant la nullité du contrat d'assurance, « sans constater que l'assureur avait posé une question qui aurait dû conduire l'assurée à lui déclarer la procédure de contrôle, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des [articles L. 113-2 2° et L. 113-8 du code des assurances] » (2^e Civ., 15 février 2007, pourvoi n° 05-20.865, *Bull.* 2007, II, n° 36).
- ensuite, la chambre criminelle a approuvé la cour d'appel qui, pour rejeter l'exception de nullité, « avait [énoncé] que, faute de produire un questionnaire sur les circonstances de nature à faire apprécier l'objet du risque pris en charge, auquel [le souscripteur de la police] était tenu de répondre avant la conclusion du contrat, l'assureur, dont le mandataire a manifestement négligé de confronter les affirmations du souscripteur de la police aux mentions de la carte grise, n'[apportait] pas la preuve d'une fausse déclaration intentionnelle faite de mauvaise foi par l'assuré » (Crim., 18 septembre 2007, pourvoi n° 06-84.807).

Il est important de rappeler que, si le questionnaire est désormais généralisé, la loi ne l'a pas pour autant rendu obligatoire, ni interdit la déclaration spontanée, ni abandonné l'exigence de la bonne foi dans la formation et l'exécution du contrat d'assurance. L'éventualité du caractère obligatoire du questionnaire a été envisagée par l'avocat général, à l'occasion de l'arrêt du 19 février 2009, en ces termes : « l'évolution de la jurisprudence [...] tend à en faire une condition nécessaire à la mise en œuvre de la nullité pour fausse déclaration intentionnelle de l'assuré. Faut-il aller plus avant et rendre obligatoire lors de la conclusion du contrat cet instrument qui permet d'évaluer l'exactitude des déclarations et qui constitue un moyen de preuve de cette exactitude ? Les modalités restant libres : questionnaire imprimé ou informatique, préétabli ou établi lors d'un interrogatoire du candidat à l'assurance par l'assureur, le premier s'adressant à un souscripteur indifférencié et se tenant à des éléments communs, le second offrant la possibilité de recueil d'éléments spécifiques utiles pour l'appréciation du risque. Si le second ne permet d'éviter ni le problème de la généralité des questions, ni celui de l'extension du nombre des questions auquel conduit le système du questionnaire fermé, ni celui de la concision des réponses alors que les questions font l'objet d'une interprétation stricte, ni enfin celui de la compréhension des questions, il offre cependant la possibilité de les amoindrir, notamment celui du questionnaire incomplet ou ambigu. Avec le système de l'interrogatoire il n'y aurait pas lieu d'opérer une distinction selon la qualité du souscripteur, profane ou professionnel » (avis J.-Cl. Lautru, 2^e Civ., 19 février 2009, pourvoi n° 07-21.655, *Bull.* 2009, II, n° 48).

Dans le dernier état de sa jurisprudence (2^e Civ., 19 février 2009, pourvoi n° 07-21.655, *Bull.* 2009, II, n° 48), la deuxième chambre civile a « précisé » que, « si les dispositions de

l'article L. 113-2 2° du code des assurances imposent à l'assuré d'informer l'assureur des circonstances de nature à lui faire apprécier le risque qu'il prend en charge, lorsque lui sont posées des questions, le juge peut prendre en compte, pour apprécier l'existence d'une fausse déclaration intentionnelle prévue à l'article L. 113-8 du même code, les déclarations faites par l'assuré à sa seule initiative lors de la conclusion du contrat ». Elle a fait à nouveau application de cette jurisprudence dans un arrêt du 12 mai 2010 (2° Civ., pourvoi n° 09-65.815).

Puis, logiquement dès lors que le texte de l'article L. 113-2 2° du code des assurances emploie l'expression « notamment », permettant de ce fait l'utilisation d'autres procédés, la deuxième chambre civile a confirmé cette jurisprudence dans un arrêt du 16 décembre 2010 (pourvois n° 10-10.859 et n° 10-10.865, *Bull.* 2010, II, n° 208), en précisant que « le juge peut prendre en compte, pour apprécier l'existence d'une fausse déclaration intentionnelle prévue à l'article L. 113-8 du [code des assurances], les déclarations faites par l'assuré à sa seule initiative ou à l'occasion d'un échange téléphonique ayant abouti à la conclusion du contrat ». Dans cette espèce la preuve ne suscitait guère de problème, la Cour relevant que l'assuré avait confirmé l'existence et le contenu du questionnaire en signant ultérieurement les conditions particulières.

Sous-section 2. La déclaration en cours de contrat

Le nouvel article L. 113-2 3° du code des assurances (non applicable aux assurances sur la vie) prend en compte le fait qu'en cours de contrat le risque est susceptible de s'aggraver et fait donc obligation à l'assuré de « déclarer, en cours de contrat, les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux et rendent de ce fait inexacts ou caduques les réponses faites à l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration des risques mentionné au 2° ci-dessus ».

Lorsqu'en cours de contrat une circonstance nouvelle entraîne une diminution objective du risque, l'article L. 113-4, alinéa 4, du code des assurances autorise le souscripteur à réclamer une réduction corrélative du montant de la prime. Déclarer la diminution du risque n'est donc pas une obligation mais plutôt une simple faculté.

En revanche, lorsqu'une circonstance nouvelle élève le risque, une véritable obligation de déclaration incombe au souscripteur. C'est l'aspect « institutionnel » de la relation d'assurance qui l'impose puisque l'assurance repose sur la mutualité, qui fonctionne selon certaines règles techniques, dont celles de la sélection des risques et de la proportionnalité des primes aux risques.

À l'aide des réponses apportées par le candidat à l'assurance aux questions posées avant la souscription, l'assureur s'est forgé une opinion sur le risque à couvrir. Sur la base de cette opinion du risque ont été délimités les contours du risque assuré, les modalités de la garantie, le montant de la prime. L'économie du contrat s'ordonne donc, en principe, autour d'un risque envisagé comme stationnaire, c'est-à-dire gardant tout au long de la phase d'exécution du contrat la physionomie concrète qui était la sienne au moment de la souscription. Que, sous l'influence de circonstances nouvelles, le risque vienne à s'accroître en cours de contrat, et c'est tout l'équilibre de celui-ci qui se trouve remis en cause. C'est pourquoi le preneur d'assurance a l'obligation de déclarer ces circonstances nouvelles afin de permettre

à l'assureur, confronté à cette nouvelle donne, de déterminer l'attitude qu'il convient d'adopter, dans l'intérêt de la mutualité qu'il gère.

Avant la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989, les circonstances aggravantes devaient être « annoncées » et spécifiées dans la police. Contrairement au régime antérieur, l'aggravation ou la nouveauté du risque s'apprécie désormais par comparaison avec les réponses faites par l'assuré aux questions de l'assureur au moment de la souscription du contrat, que le juge du fond est donc tenu d'analyser.

L'appréciation du caractère aggravant de la circonstance nouvelle relève du pouvoir souverain du juge du fond (1^{re} Civ., 30 octobre 1968, pourvoi n° 66-14.167, *Bull.* 1968, I, n° 254). Il résulte de l'arrêt de la première chambre civile du 22 janvier 2002 (pourvoi n° 98-19.095) que les juges du fond sont tenus de préciser en quoi la circonstance nouvelle peut caractériser une aggravation du risque que l'assuré est obligé de déclarer. En conséquence, l'assuré n'a aucune obligation de déclarer l'évolution d'une circonstance qui n'a fait l'objet d'aucune question de l'assureur au moment de la souscription du contrat, alors que la caducité des réponses initiales impose à l'assuré de faire une déclaration à l'assureur.

L'aggravation est présentée comme un accroissement soit de la probabilité soit de l'intensité du sinistre, et, dans de nombreux cas, l'aggravation procède de la combinaison de ces deux critères. Ce que l'assureur souhaite – et doit – donc connaître pour prévenir toute fraude, ce sont les circonstances nouvelles analogues à celles qui étaient envisagées lors de la conclusion du contrat. Ainsi, en augmentant le nombre de ses salariés, l'employeur augmente mécaniquement les risques de voir sa responsabilité engagée (2^e Civ., 15 février 2007, pourvoi n° 06-11.326 : application de la réduction proportionnelle de l'indemnité dans les conditions de l'article L. 113-9 du code des assurances en raison de l'absence de déclaration de l'aggravation du risque née de l'embauche de sept salariés, après la souscription du contrat). L'augmentation de la superficie d'une installation peut aussi caractériser l'existence de circonstances nouvelles (1^{re} Civ., 25 novembre 1986, pourvoi n° 85-13.284, *Bull.* 1986, I, n° 274).

Si les conditions de l'article L. 113-2 3° du code des assurances sont réunies, les juges du fond apprécient souverainement le caractère intentionnel de la réticence de l'assuré concernant la déclaration de circonstances nouvelles : 2^e Civ., 22 janvier 2004, pourvoi n° 02-20.532, *Bull.* 2004, II, n° 12.

Ainsi, sur ces différents principes bien établis, la deuxième chambre civile a récemment jugé :

2^e Civ., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-17.447 :

« Qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel, qui n'avait pas à entrer dans le détail de l'argumentation des parties, a caractérisé, d'une part, la fausse déclaration intentionnelle faite par l'assuré qui doit, en application de l'article L. 113-2 3° du code des assurances, déclarer en cours de contrat les circonstances nouvelles qui aggravent les risques ou en créent de nouveaux et rendent de ce fait inexacts ou caduques les réponses précédemment apportées aux questions posées par l'assureur, d'autre part, le fait que la non-déclaration de changement de conducteur habituel était de nature à modifier l'opinion que l'assureur pouvait avoir du risque garanti » ;

2^e Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 08-10.294, *Bull.* 2009, II, n° 23 :

« Attendu que pour dire que l'assureur était fondé à faire application de la règle proportionnelle de primes et de capitaux, l'arrêt retient que le risque est défini au contrat comme étant une salle de gymnastique et un petit bar sandwicherie ; que si l'on ne peut faire grief à l'assuré d'avoir fait cette déclaration, exacte au moment de la souscription du contrat, il a organisé régulièrement, à compter de 2005, des soirées à thème rassemblant jusqu'à cinq cents personnes jusqu'à 2 heures du matin, lesquelles soirées, dès lors qu'elles avaient pour résultat de modifier le risque assuré, auraient dû être portées à la connaissance de l'assureur, en application de l'article L. 113-2, alinéa 3, du code des assurances ; qu'en se déterminant ainsi, sans constater que l'absence de déclaration avait pour conséquence de rendre inexacts ou caduques les réponses faites lors de la conclusion du contrat d'assurance aux questions posées par l'assureur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ;

2^e Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-20.378 :

« Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si les changements invoqués dans l'état de santé de l'assuré avaient pour conséquence d'aggraver les risques ou d'en créer de nouveaux et de rendre de ce fait inexacts ou caduques les réponses apportées au questionnaire médical de l'assureur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé » ;

2^e Civ., 2 octobre 2008, pourvoi n° 06-15.426 :

« Mais attendu que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation et qui a retenu que le contrat d'assurance mentionnait l'obligation pour l'assurée de déclarer toute modification des éléments dont il était fait état dans la déclaration de souscription, ce qui imposait à [l'assurée] de déclarer les incendies survenus postérieurement à la souscription du contrat, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision » ;

2^e Civ., 15 mai 2008, pourvoi n° 07-13.508, *Bull.* 2008, II, n° 110 :

« Attendu que pour débouter la société de ses demandes de garantie, l'arrêt retient que l'application de la règle proportionnelle par le premier juge n'est pas fondée en droit en l'absence de souscription de la moindre garantie pour le matériel déclaré endommagé ; Qu'en statuant ainsi, alors que le contrat d'assurance autorisait l'adjonction d'un nouveau matériel sous réserve d'informer l'assureur du dépassement d'un plafond fixé sur l'année à 10 % du montant déjà assuré, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

La Cour de cassation a également eu l'occasion de préciser que, « tenu en vertu de l'article L. 113-2 du code des assurances de répondre exactement aux questions posées, notamment dans le formulaire de déclaration du risque lors de la conclusion du contrat d'assurance, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge, l'assuré doit déclarer ensuite, serait-ce avant la conclusion du contrat, les circonstances nouvelles connues de lui qui ont pour conséquence, soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux et qui rendent de ce fait caduques ou inexacts les réponses faites à l'assureur » (2^e Civ., 22 janvier 2004, pourvoi n° 02-20.532, *Bull.* 2004, II, n° 12).

Qu'il s'agisse d'une déclaration initiale ou en cours de contrat, la nullité n'est encourue dans les deux cas qu'à la condition qu'il y ait changement de l'objet du risque ou modification

pour l'assureur de l'opinion du risque. L'application de l'article L. 113-8 du code des assurances est en effet soumise à cette double condition : la fausse déclaration doit avoir été faite de mauvaise foi et doit avoir eu pour conséquence de modifier l'opinion que l'assureur a pu se faire du risque à assurer.

Les juges du fond, statuant sur une demande de nullité de l'adhésion à un contrat d'assurance de groupe en application de l'article L. 113-8 du code des assurances, apprécient souverainement l'absence de bonne foi de l'assuré au vu des éléments de preuve qui leur sont soumis. Mais il leur appartient de caractériser la mauvaise foi et l'intention de tromper l'assureur sur la nature du risque (2^e Civ., 10 décembre 2009, pourvoi n° 09-10.053 ; 2^e Civ., 4 février 2010, pourvoi n° 09-12.122). Ainsi, ne pouvant prononcer la nullité du contrat d'assurance sans procéder à cette recherche, les juges du fond sont tenus de s'expliquer sur ce point, et apprécient souverainement si la déclaration inexacte a eu ou non une incidence sur l'objet du risque ou sur l'opinion que l'assureur a pu se faire de tel ou tel risque garanti par la police d'assurance (Crim., 25 janvier 1995, pourvoi n° 94-81.329, *Bull. crim.* 1995, n° 34 ; 2^e Civ., 29 avril 2004, pourvoi n° 03-10.655, *Bull.* 2004, II, n° 195 ; 2^e Civ., 7 avril 2005, pourvoi n° 03-19.972 ; 2^e Civ., 4 juillet 2007, pourvoi n° 06-17.568 ; 3^e Civ., 6 mai 2009, pourvoi n° 07-21.512 ; 2^e Civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 08 12.621 ; 2^e Civ., 15 avril 2010, pourvoi n° 09-14.676). Cette condition, impérative, est souvent rappelée dans des arrêts de cassation, car trop souvent omise par les parties, et donc par les juges du fond.

Section 3. La détermination du risque assuré

La liberté contractuelle étant la règle en droit interne, les parties à un contrat d'assurance sont, théoriquement, libres de définir le champ d'application de ce contrat, de déterminer la nature et l'étendue de la garantie, et d'en exclure, exception faite d'une assurance obligatoire ou d'une réglementation impérative, certains risques.

La détermination du risque garanti par un contrat d'assurance est une question aussi importante que complexe. La distinction des conditions de garantie des clauses exclusives de garantie a généré des dispositions légales, de nombreux développements doctrinaux et une jurisprudence abondante. Cette distinction reste primordiale, car d'elle dépendent le régime juridique applicable et notamment la charge de la preuve, les exigences de fond et de forme et la sanction découlant du non-respect de ces prescriptions.

Sous-section 1. Conditions de garantie et clauses d'exclusion de garantie

Le législateur, par une disposition générale, a consacré avec l'article L. 113-1 du code des assurances une présomption de garantie du risque pour les dommages résultant d'un cas fortuit ou d'une faute non intentionnelle et la non-assurabilité de ceux causés par une faute intentionnelle ou dolosive, tout en laissant aux parties la liberté de restreindre le champ de cette garantie. C'est ainsi que l'article L. 113-1 du code des assurances dispose que « les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police. Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ».

La définition de la condition de garantie par un raisonnement *a contrario*, telle que proposée par le professeur Groutel, éclaire utilement le débat. Il retient que, tant que la condition de garantie ne s'est pas réalisée, l'assureur est dispensé de prendre en charge un sinistre qui viendrait à se produire. Lorsque la définition de l'objet de la garantie n'est pas suffisante, doit s'y ajouter la condition de garantie, à savoir l'accomplissement de certaines prescriptions ou l'existence de certaines circonstances à caractère général, les unes et les autres en rapport avec le risque assuré.

En revanche la clause d'exclusion, nécessairement directe si l'on s'en réfère au texte légal, a pour objet d'exclure un risque particulier de la garantie dans le champ de laquelle il se trouve normalement inclus. La fonction d'une exclusion de garantie est donc de placer hors du champ de la garantie des risques qui, sans elle, seraient compris dans ce champ. Ainsi, pour qu'il y ait risque exclu d'une garantie, il est nécessaire d'une part que l'élément visé soit soumis à l'événement aléatoire dont le souscripteur entend se prémunir, d'autre part que cet élément ait vocation à être garanti à défaut de toute précision contraire. Dès lors, l'assureur qui se prévaut d'une exclusion reconnaît implicitement que le sinistre entre dans l'objet du contrat.

Dans un arrêt du 26 novembre 1996, la Cour de cassation a défini l'exclusion de garantie dans les termes suivants : « la clause qui prive l'assuré du bénéfice de la garantie [...] en considération de circonstances particulières de réalisation du risque s'analyse en une clause d'exclusion de garantie ; » (1^{re} Civ., 26 novembre 1996, pourvoi n° 94-16.058, *Bull.* 1996, I, n° 413). À titre d'illustrations, constituent des conditions de garantie et non des exclusions :

- la clause énonçant que la garantie est acquise en cas de vol des marchandises confiées à l'assuré ou en cas de disparition de ces marchandises à la suite d'événements à caractère accidentel (1^{re} Civ., 13 mai 2003, pourvoi n° 00-15.195, *Bull.* 2003, I, n° 111) ;
- la clause d'une police responsabilité civile de chef de famille qui stipule que la garantie prévue par la police s'exerce à défaut ou en complément de l'assurance du véhicule (1^{re} Civ., 11 juin 2003, pourvoi n° 00-13.361) ;
- la clause subordonnant la garantie vol au gravage des vitres du véhicule (1^{re} Civ., 27 mars 2001, pourvoi n° 98-19.481, *Bull.* 2001, I, n° 82) ;
- la clause concernant le taux d'invalidité de l'assuré (1^{re} Civ., 10 décembre 2002, pourvoi n° 99-17.689), celle exigeant que l'assuré occupe la place du conducteur (1^{re} Civ., 18 décembre 2002, pourvoi n° 00-21.991) ou encore celle garantissant les dommages accidentels provenant d'armes à feu manipulées à l'insu de l'assuré par les membres de sa famille (1^{re} Civ., 23 septembre 2003, pourvoi n° 02-11.570) ;
- la clause d'une police responsabilité civile aérienne prévoyant que la garantie d'assurance ne s'applique lors d'un baptême de l'air que si le pilote de l'avion était titulaire d'une licence de pilote professionnel ou, à défaut, avait été spécialement agréé par l'assureur (1^{re} Civ., 4 juin 2002, pourvois n° 99-16.373 et n° 99-15.159, *Bull.* 2002, I, n° 156) ;
- une clause d'un contrat « responsabilité civile après exécution des travaux » qui place hors du champ de la garantie « les dommages matériels ou immatériels résultant de l'inexécution des obligations de faire ou de délivrance de l'assuré » détermine le champ de la garantie, même si elle se présente sous l'indication erronée de clause d'exclusion (2^e Civ., 18 mars 2004, pourvoi n° 03-10.062, *Bull.* 2004, II, n° 129).

Ainsi, la clause selon laquelle « l'assureur indemnise l'assuré des dommages résultant de la disparition ou de la détérioration du véhicule assuré, causés par un vol par effraction du véhicule assuré », n'énonce pas une exclusion de garantie, mais définit l'étendue de la garantie souscrite en plaçant hors de son champ les dommages qui n'ont pas été causés par suite d'une effraction du véhicule (2^e Civ., 22 octobre 2009, pourvoi n° 08-19.565). De même, la clause qui définit le vol garanti comme étant « la soustraction frauduleuse du véhicule commise par effraction du véhicule et des organes de direction ou du garage dans lequel est stationné le véhicule ou consécutive à un acte de violence à l'encontre du gardien ou du conducteur du véhicule » est une clause qui, formulant des exigences générales et précises auxquelles la garantie est subordonnée, institue les conditions de celle-ci, et non une exclusion de garantie (2^e Civ., 16 décembre 2010, pourvoi n° 09-69.829).

Cette distinction de la condition de garantie et de la clause exclusive de garantie est d'importance, en l'état du droit positif, car elle détermine le régime de la charge de la preuve et les exigences de forme et de fond nécessaires à la validité de l'exclusion de garantie.

En matière de charge de la preuve, la distinction prend toute son importance au regard des règles de preuve de droit commun. En effet, il convient de rappeler qu'il appartient à l'assuré d'établir l'existence du sinistre, objet du contrat, donc de prouver que les circonstances et les conséquences rentrent dans le champ de la garantie et, le cas échéant, que la ou les conditions de cette garantie sont réunies (2^e Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-19.532; 2^e Civ., 28 mai 2009, pourvoi n° 08-14.198; 2^e Civ., 17 mars 2011, pourvoi n° 10-18.120). Mais c'est à l'assureur qui invoque une exclusion de garantie de démontrer la réunion des conditions de fait de cette exclusion, cause d'exonération de son obligation, comme l'affirme la jurisprudence constante depuis les deux arrêts de principe des 15 et 22 octobre 1980 (1^{re} Civ., 15 octobre 1980, pourvoi n° 79-17.075, *Bull.* 1980, I, n° 258; 1^{re} Civ., 22 octobre 1980, pourvoi n° 79-15.003, *Bull.* 1980, I, n° 266).

Sous-section 2. Conditions de validité des clauses d'exclusion de garantie

Il résulte de l'article L. 113-1 du code des assurances et d'une jurisprudence protectrice de l'assuré que l'assureur ne peut être dispensé de garantir les pertes et dommages causés par le cas fortuit ou par la faute non intentionnelle de l'assuré que si le contrat d'assurance comporte une clause d'exclusion formelle et limitée, c'est-à-dire une clause qui se réfère à des faits, circonstances ou obligations définis avec une précision telle que l'assuré puisse connaître exactement l'étendue de sa garantie. L'exclusion doit être explicite, clairement exprimée (1^{re} Civ., 26 juin 1961, pourvoi n° 59-13.278, *Bull.* 1961, I, n° 335; pourvoi n° 59-12.757, *Bull.* 1961, I, n° 336), et non implicite (1^{re} Civ., 13 novembre 1980, pourvoi n° 79-14.599, *Bull.* 1980, I, n° 291). Elle doit aussi être nettement délimitée ou encore, selon une formule jurisprudentielle plus récente, elle ne saurait vider la garantie de sa substance.

Pour être valable, l'exclusion doit donc être non seulement « formelle » et « limitée », mais encore répondre aux caractéristiques définies par le législateur, c'est-à-dire « être contenue dans la police », aux termes de l'article L. 113-1 du code des assurances, et être *rédigée en caractères « très apparents »*, exigence introduite par la loi n° 81-5 du 7 janvier 1981 en un article L. 112-4, dernier alinéa, du même code. Et privent leurs décisions de base légale au regard de ce texte les juges du fond qui ne recherchent pas, comme les y invitent

les conclusions de l'assuré, si la clause d'exclusion est rédigée en termes très apparents (et pas seulement apparents) de manière à attirer spécialement l'attention de l'assuré (2^e Civ., 8 octobre 2009, pourvoi n° 08-14.482 ; 2^e Civ., 15 avril 2010, pourvoi n° 09-11.667).

En rajoutant les exclusions à la liste des clauses devant figurer dans la police d'assurance en caractères très apparents, le législateur entendait faciliter l'information éclairée de l'assuré. En revanche, cette exigence n'est pas requise pour les clauses de condition de garantie. En cas de qualification erronée dans la police, il appartient aux juges de la rectifier. À titre d'exemple, une mesure de prévention à la charge de l'assuré, inexactement qualifiée de condition de garantie, devra être soumise au régime de l'exclusion si elle relève de cette catégorie. De cette qualification découlent les conditions de validité de l'exclusion de garantie qui ne pèsent pas sur la clause de condition.

A. Exclusion clairement exprimée et délimitée

Avec l'exigence d'une exclusion limitée, le législateur a souhaité que la portée ou l'étendue de l'exclusion soit nette, précise, sans incertitude, pour que l'assuré sache dans quels cas et conditions il n'est pas garanti. En lisant la clause, il doit être en mesure de percevoir que, dans telle situation où il se trouverait placé, une exclusion s'appliquerait.

La jurisprudence prohibe la clause lorsque celle-ci se réfère à des « critères imprécis et à des hypothèses non limitativement énumérées ». Tel est le cas lorsque la clause fait appel à des notions ou à des normes trop vagues, nécessitant une appréciation ou une interprétation que l'assuré est dans l'impossibilité de porter ou de faire. C'est ainsi que la clause aux termes de laquelle l'assuré s'engage à agir en « bon père de famille à la préservation et à la sécurité de l'immeuble » est nulle car elle ne lui permet pas de connaître l'étendue de sa garantie (1^{re} Civ., 12 mai 1993, pourvoi n° 91-17.010). La Cour de cassation a également approuvé l'arrêt qui, ayant relevé que les conditions générales de la police souscrite stipulaient que « le contrat ne garantit pas la conséquence pécuniaire de la responsabilité que vous encourez en raison des dommages causés par votre faute intentionnelle, ou dolosive, ou imputable à l'inobservation volontaire et consciente des règles de l'art ou des consignes de sécurité définies dans les documents techniques édifiés par les organismes compétents à caractère officiel ou les organismes professionnels », en avait déduit justement qu'en raison de l'imprécision concernant ces règles et les organismes compétents pour les édicter, imprécision qui ne permettait pas à l'assuré de connaître l'étendue exacte de sa garantie, la clause litigieuse ne satisfaisait pas aux exigences de l'article L. 113-1 du code des assurances (1^{re} Civ., 20 juillet 1994, pourvois n° 92-16.078, n° 92-18.348, *Bull.* 1994, I, n° 256). De même la clause qui exclut de la garantie les maladies ou accidents occasionnés par l'alcoolisme ou par l'usage de stupéfiants hors toute prescription médicale, sans autre précision, n'est-elle pas limitée (2^e Civ., 18 janvier 2006, pourvoi n° 04-17.872, *Bull.* 2006, II, n° 16).

L'emploi de certaines expressions (« tels que... », « notamment... », « ou autre... »), dans une liste qui devient de ce fait non limitée, est fermement sanctionné par la jurisprudence. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que la clause d'une police d'assurance qui exclut « les invalidités et les incapacités résultant de diverses affections du dos et, plus généralement, d'« autre mal de dos » » n'est pas limitée (2^e Civ., 18 janvier 2006, pourvoi n° 04-17.279, *Bull.* 2006, II, n° 17). En revanche, a été jugée formelle et limitée la clause excluant la

garantie pour l'ensemble des maladies non organiques, celles-ci étant définies comme étant celles qui ne se traduisent pas par des signes objectifs révélés par l'examen clinique ou par des examens complémentaires (2^e Civ., 23 septembre 2004, pourvoi n° 03-15.801). De même, la clause incluse dans un avenant et prévoyant que « les risques résultant de toute atteinte discale et/ou vertébrale et ses conséquences ne sont pas garantis » a été jugée formelle et limitée, n'annulant pas les effets de la garantie accordée par le contrat initialement souscrit (2^e Civ., 13 janvier 2011, pourvoi n° 10-11.806). Dans un arrêt du 8 octobre 2009 (pourvoi n° 08-19.646, *Bull.* 2009, II, n° 237), la deuxième chambre civile a rappelé que n'est pas valide au regard de l'article L. 113-1 du code des assurances la clause d'exclusion de garantie dont une cour d'appel estime l'interprétation nécessaire, ce dont il résulte qu'elle n'est ni formelle ni limitée. Pour la Cour de cassation, certains termes sont en effet sujets à interprétation et ne répondent pas, de ce fait, aux exigences de clarté et de précision requises. Dans le cadre d'une assurance maladie, une clause d'exclusion des « maladies sexuellement transmissibles » n'est ainsi pas formelle et limitée dès lors qu'elle ne se réfère pas à une maladie clairement mentionnée, mais à des maladies non précisées et seulement déterminées par leur mode de contamination (1^{re} Civ., 4 mai 1999, pourvoi n° 97-16.924, *Bull.* 1999, I, n° 140). Plus récemment, s'inscrivant dans la même logique, la deuxième chambre civile a affirmé qu'une clause exclusive de garantie en cas d'incapacité ou d'invalidité résultant de « troubles psychiques », sans autre précision, n'est pas formelle et limitée au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances (2^e Civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 08-12.587, *Bull.* 2009, II, n° 81).

S'il est parfois malaisé de savoir, en raison d'une formule globale retenue par nombre d'arrêts de la Cour, quelle condition a été retenue au regard du caractère formel ou limité pour écarter la clause d'exclusion litigieuse, la jurisprudence a explicité l'exigence découlant du caractère nécessairement limité de l'exclusion : celle-ci ne peut vider la garantie de sa substance par un champ d'application trop large.

B. Exclusion ne vidant pas la garantie de sa substance

La nécessité du caractère limité d'une exclusion a été affirmée par le législateur afin que l'exclusion ne vide pas la garantie de sa substance. C'est dans un premier arrêt du 17 février 1987 que la Cour de cassation a fait appel à cette notion en approuvant l'annulation d'exclusions qui, bien que claires et précises, n'étaient, par leur nombre et leur étendue, ni formelles ni limitées et annulaient pratiquement toutes les garanties prévues pour une catégorie de dommages très étroite. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat d'assurance déclarant garantir de façon générale toutes les formes de responsabilité civile de l'assuré postérieures à la livraison de son produit, mais contenant dans une autre partie des exclusions multiples aboutissant à annuler toute garantie, sauf pour une catégorie très limitée de préjudices et dans la seule hypothèse où il y aurait eu « accident » (1^{re} Civ., 17 février 1987, pourvoi n° 85-15.350, *Bull.* 1987, I, n° 55). Cette exigence a été reprise dans de nombreux arrêts ultérieurs :

– la deuxième chambre a rendu le 13 janvier 2005 deux arrêts (pourvois n° 03-18.645 et n° 03-20.355) selon lesquels a violé les articles L. 113-1 du code des assurances et 1134 du code civil la cour d'appel qui a écarté l'application d'une clause d'exclusion prévue dans un contrat d'assurance responsabilité professionnelle, aux motifs que les dispositions du contrat, peu claires et contradictoires, avaient pour conséquence de priver d'objet le risque garanti, alors que la clause litigieuse, claire et précise, laissait dans le champ de la garantie

les dommages causés aux tiers, et excluait seulement les coûts afférents aux dommages subis par les produits livrés, ne vidant donc pas la garantie de son objet.

– dans un contrat garantissant la responsabilité d'une entreprise chargée de fournir et assembler un groupe électrogène, des clauses excluait « les frais qu'il est nécessaire d'engager pour retirer, réparer, améliorer, remplacer ou refaire les produits, matériels ou travaux réalisés et/ou facturés par l'assuré dans le cadre du même marché concerné par le sinistre » ainsi que le risque d'entreprise, et ne laissaient dans le champ de la garantie que les dommages causés aux tiers du fait de l'activité professionnelle de l'assuré : la deuxième chambre civile a approuvé la cour d'appel qui avait retenu que ces clauses d'exclusion revenaient à vider le contrat de sa substance et n'étaient pas formelles et limitées dans la mesure où elles excluiraient de la garantie, si elles étaient reconnues valides, l'ensemble de l'activité de l'entreprise (2^e Civ., 5 juin 2008, pourvoi n° 07-16.045).

– dans la même logique, la deuxième chambre censure pour défaut de base légale l'arrêt qui fait application d'une exclusion de garantie figurant dans un contrat d'assurance et excluant de la « garantie responsabilité civile après travaux et après livraison » « les frais nécessités par les réparations, la rectification des vices ou erreurs à l'origine de l'événement garanti [...], le coût des fournitures ou produits défectueux », les dommages immatériels n'étant garantis que s'ils sont consécutifs aux dommages matériels garantis, sans rechercher si l'exclusion ainsi prévue dans les conditions générales du contrat d'assurance ne privait pas de tout objet la garantie responsabilité professionnelle souscrite par une société pour son activité de « réparation à domicile ou à l'adresse du risque, dépannage d'engins de chantier et d'engins agricoles » (2^e Civ., 20 mars 2008, pourvoi n° 06-11.763 et 2 octobre 2008, pourvoi n° 06-11.763).

– dans un arrêt du 19 novembre 2009 (2^e Civ., pourvoi n° 08-14.300), s'agissant d'un contrat multirisques des professionnels de l'automobile, la deuxième chambre civile a dit que la clause litigieuse, qui laissait dans le champ de la garantie les dommages corporels et matériels causés aux tiers du fait de la prestation fautive, et excluait seulement les coûts afférents aux dommages subis par les biens, ainsi que les dommages immatériels en découlant, était claire et précise, et qu'en conséquence la cour d'appel avait violé les articles L. 113-1 du code des assurances et 1134 du code civil pour avoir condamné l'assureur à garantir l'assuré en retenant que la clause revenait à priver totalement l'assuré de garantie.

– le 3 mars 2011 (pourvoi n° 10-15.255), la deuxième chambre a encore jugé qu'avait violé les articles L. 113-1 du code des assurances et 1134 du code civil la cour d'appel qui avait prononcé la nullité d'une clause d'exclusion et condamné l'assureur à paiement en retenant que la clause litigieuse n'était pas limitée et vidait pratiquement de son contenu la garantie offerte, alors que, claire et précise, elle laissait dans le champ de la garantie les dommages causés aux tiers du fait de la prestation fautive, excluant seulement les coûts afférents aux dommages subis par les biens.

Sous-section 3. Sanction applicable aux exclusions de garantie illicites

La sanction de la non-conformité de la clause d'exclusion de garantie est, en principe, la nullité de la clause elle-même (3^e Civ., 26 novembre 2003, pourvoi n° 01-16.126, *Bull.* 2003, III, n° 205). Par ailleurs, lorsqu'une exclusion n'est pas claire, elle ne relève plus de l'interprétation par les juges du fond, elle ne peut qu'être déclarée nulle (1^{re} Civ., 20 mars 1989, pourvoi n° 86-15.894, *Bull.* 1989, I, n° 120). Mais la sanction est limitée, au sein de

la clause, aux dispositions illicites : ainsi, si certaines des circonstances prévues par cette clause satisfont au caractère formel et limité exigé par la loi, ces dispositions demeurent valables, et donc opposables à l'assuré, la clause n'étant pas neutralisée dans son ensemble.

La doctrine souligne, certains auteurs pour le regretter, le caractère résolument protecteur pour l'assuré de la jurisprudence en matière de clauses exclusives de garantie. Une telle application vigilante des exigences posées par les textes légaux s'avère toutefois particulièrement justifiée au regard des difficultés de lecture et de compréhension de nombre de contrats d'assurance, difficultés dont témoignent les nombreux litiges sur la question.

Section 4. Le risque partiellement assuré : l'exemple de l'assurance construction

L'assurance est, comme il a été dit plus haut, un des moyens efficaces de répartir autrement la charge du risque. Mais il faut, pour que cette répartition alternative puisse pleinement s'opérer, qu'elle ait été souscrite dans des proportions telles que le risque soit intégralement garanti. La « délimitation de la garantie », pour reprendre l'expression de certains auteurs (J. Bigot, J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux et V. Nicolas, *Traité des assurances*, tome III, *Le Contrat d'assurance*, LGDJ, 2002, n° 1147), dépend donc de celle du risque lui-même, dans la police.

À moins que la loi n'impose – exceptionnellement (même si la liste des assurances obligatoires ne cesse de s'allonger) – l'objet d'une garantie due par l'assureur, cette délimitation est issue de la volonté des parties au contrat d'assurance, en pratique de la déclaration de l'assuré telle qu'acceptée par l'assureur.

Parce que les risques sont nombreux, les biens complexes, les acteurs multiples et les primes onéreuses, les polices relatives aux immeubles se caractérisent plus que d'autres par une délimitation partielle de la garantie. Le caractère partiel d'une garantie vient soit d'exclusions expressément stipulées (voir à cet égard *Traité des assurances*, *op. cit.*, n° 1155), soit de la description positive de l'objet de la garantie de laquelle il se déduit, *a contrario*, que l'assurance ne couvre pas davantage. Opposé au souscripteur lui-même, il n'est pas, du moins dans une logique contractuelle, choquant : il ne tenait en effet qu'à ce dernier de souscrire une garantie à la pleine mesure du risque potentiel. En revanche, il peut paraître excessivement rigoureux lorsqu'il concerne un tiers à la police d'assurance, qui devra souffrir à la place du souscripteur une indemnisation non intégrale de son préjudice.

Deux arrêts récents de la troisième chambre civile – relatifs aux deux facettes de l'assurance des travaux de construction, pour laquelle la pratique parle plus volontiers d'« assurance construction », soit l'assurance de responsabilité et l'assurance de dommages – illustrent les dangers que peuvent receler pour les tiers les assurances à garantie partielle, qui font obstacle au complet transfert des risques à l'assureur.

Sous-section 1. L'assurance de responsabilité

Régie par l'article L. 241-1 du code des assurances, cette assurance est obligatoirement souscrite par toutes les personnes (constructeur, architecte, maître d'œuvre...) dont

la responsabilité décennale peut être engagée. Elle bénéficie *in fine* au maître de l'ouvrage, qui n'est quant à lui pas partie au contrat d'assurance, en cas de sinistre. Mais qu'en est-il lorsqu'un des acteurs du projet de construction, tenu de s'assurer, souscrit une police qui ne couvre qu'une partie de son activité ?

Plusieurs fois posée, la question a récemment été, de nouveau, soumise à la troisième chambre civile de la Cour. Le litige était né d'une action en responsabilité formée par un maître d'ouvrage contre l'architecte et son assureur de responsabilité à raison de multiples désordres affectant un immeuble objet de travaux de rénovation. Par un arrêt du 15 décembre 2010 (pourvoi n° 09-14.411), la troisième chambre a approuvé la cour d'appel d'avoir limité la garantie de l'assureur à hauteur de 26 % constatation faite de ce que l'architecte « n'avait déclaré au titre de son activité professionnelle qu'une partie du marché en cause avant la survenance du sinistre ». Cette décision s'inscrit dans une jurisprudence bien établie, partagée par la première chambre civile, selon laquelle seuls sont garantis par l'assureur les travaux correspondant au *secteur d'activité professionnelle* déclaré par le souscripteur (par exemple : 3^e Civ., 17 décembre 2003, pourvoi n° 01-12.259, *Bull.* 2003, III, n° 235 ; 3^e Civ., 28 septembre 2005, pourvoi n° 04-14.472, *Bull.* 2005, III, n° 174 ; 3^e Civ., 8 novembre 2006, pourvoi n° 04-18.145, *Bull.* 2006, III, n° 218. En doctrine, voir notamment sur cette question H. Groutel, « L'objet de la garantie de l'assurance de responsabilité décennale », *in Resp. Civ. et assur.*, février 1998, chron. n° 4 ; J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet et R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien, 8^e éd., 2008, n° 1458-1).

La déclaration partielle a donc été la cause d'une couverture tout aussi partielle du risque opposable au tiers, fût-il théoriquement en droit de bénéficier d'une assurance couvrant l'entier risque.

Sous-section 2. L'assurance de dommages

Aux termes de l'article L. 242-1 du code des assurances, « toute personne [...] qui, agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage, de vendeur ou de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, fait réaliser des travaux de construction, doit souscrire avant l'ouverture du chantier, pour son compte ou pour celui des propriétaires successifs, une assurance garantissant [...] le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792-1 du code civil, les fabricants [...] ou le contrôleur technique [...] ».

La troisième chambre civile a été récemment saisie d'un litige né de l'action intentée par l'acquéreur d'un ensemble bâti, construit par le précédent propriétaire, contre, notamment, l'assureur dommages-ouvrage à raison de l'effondrement, au cours d'une tempête, de la toiture du parking extérieur couvert. L'assureur lui opposait que les travaux de construction de ce parking n'étaient pas inclus dans ceux déclarés par son prédécesseur lors de la souscription de la police. La Cour a rejeté le pourvoi formé par cet acquéreur dès lors que la police dommages-ouvrage énonçait clairement que la garantie accordée valait « pour les travaux de rénovation des bâtiments d'habitation effectués sur existant entre le 1^{er} mars 1991 et le 1^{er} juillet 1991 », formule qui excluait la couverture de travaux exécutés sur un local à usage de parking (3^e Civ., 2 mars 2011, pourvoi n° 09-72.576, *Bull.* 2011, III, n° 30). Cet arrêt a également confirmé une jurisprudence, remise en cause par l'auteur du pourvoi, selon

laquelle l'assurance de dommages, pour être obligatoire à l'égard de tous les travaux mentionnés à l'article L. 242-1 du code des assurances, n'est pas « un accessoire indispensable de l'immeuble vendu en sorte que son absence ne [constitue] pas un défaut de livraison » (3^e Civ., 13 novembre 2003, pourvoi n° 02-13.974, *Bull.* 2003, III, n° 201).

Cette décision appelle fondamentalement le même constat que la précédente : à assurance partielle, couverture partielle du risque et, conséquemment, absence partielle de transfert de celui-ci à l'assureur. Elles mettent aussi l'une et l'autre en évidence le danger d'une déclaration partielle du risque qui, moins visible qu'une clause d'exclusion de la garantie, oblige le tiers à la police à s'interroger, en creux, sur le champ véritable de celle-ci.

Chapitre 2. Solidarité sous-jacente

Illustrant à l'origine dans le domaine contractuel, avec l'« état de nécessité », l'hypothèse particulière de la violence – vice du consentement – résultant de circonstances extérieures (Req., 27 avr. 1887, D. 88. I. 263, jurisprudence constante en cette matière de l'assistance maritime, jurisprudence par ailleurs inspirée par les lois du 29 avril 1916 sur l'assistance et le sauvetage maritimes puis n° 67-545 du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer), l'assistance maritime (section 1), quoiqu'accompagnée d'une manière d'intéressement, a pour toile de fond la solidarité face au risque de la mer. Avec l'assurance automobile obligatoire (section 2), cette solidarité est en quelque sorte imposée.

Section 1. Assistance maritime

Sous-section 1. Présentation générale des règles applicables à l'assistance maritime

« Il y a assistance en mer chaque fois qu'un secours est porté à un navire en danger de se perdre [...] » (R. Rodière, E. du Pontavice, *Droit maritime*, 12^e éd., Dalloz 1997, n° 459). MM. Pierre Bonassies et Christian Scapel définissent l'assistance maritime comme l'aide apportée par un navire à un autre navire en difficulté, obligation impérieuse en cas de péril pour les personnes, et obligatoire seulement après abordage en cas de péril pour les biens (P. Bonassies, C. Scapel, *Traité de droit maritime*, 2^e éd., LGDJ, 2010, n° 479). Considérée sous l'angle du risque, elle exprime une nouvelle fois la solidarité maritime, sans que soient négligés les intérêts de l'assistant qui porte son secours au navire en difficulté. En effet, elle revêt un caractère fortement incitatif pour celui-ci qui peut obtenir une indemnité destinée à le rétribuer des risques qu'il a lui-même encourus pour prêter son secours.

Reprenant les principes posés par l'article 16 de la loi n° 67-545 du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer, l'article L. 5132-9 du code des transports, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2011-635 du 9 juin 2011 portant diverses dispositions d'adaptation du code des transports au droit de l'Union européenne et aux conventions internationales dans le domaine du transport et de la sécurité maritime, disposait que « pour fixer le montant de la rémunération et la proportion dans laquelle elle est répartie, la juridiction compétente se fonde, selon les circonstances :

1° Sur le succès obtenu, les efforts et le mérite de ceux qui ont prêté secours, le danger couru par le navire assisté, par ses passagers et son équipage, par sa cargaison, par les sauveteurs et par le navire assistant, le temps employé, les frais et dommages subis et les risques de responsabilité et autres encourus par les sauveteurs, la valeur du matériel exposé par eux, en tenant compte, le cas échéant de l'appropriation spéciale du navire assistant ;

2° Sur la valeur des choses sauvées, le fret et le prix du passage.

La juridiction compétente peut réduire ou supprimer la rémunération s'il apparaît que les sauveteurs ont, par leur faute, rendu l'assistance nécessaire ou qu'ils se sont rendus coupables de vols, recels ou autres actes frauduleux. »

Il était admis que l'assistant, en sauvant le navire du péril imminent qui le menaçait, devenait intéressé à l'expédition maritime, et qu'à ce titre il devait obtenir une rémunération sur le navire et sa cargaison. De cette conception découlaient deux conséquences : d'une part, la rémunération d'assistance ne pouvait dépasser la valeur du navire et des autres biens sauvés ; d'autre part, elle devait être assurée par toutes les parties intéressées en proportion de la valeur respective du navire et des autres biens sauvés selon la procédure d'avaries communes.

Toutefois cette indemnité, qui pouvait être considérable, n'était due qu'au cas où les opérations avaient eu un résultat utile.

Enfin, pour éviter tout abus, le tribunal pouvait réduire le montant de la rémunération prévue à la convention d'assistance lorsque les conditions de cette convention lui paraissaient inéquitables, ou si le danger pour lequel l'assistance avait été requise n'était pas proportionné aux moyens mis en œuvre.

Il convient de souligner que l'article L. 5132-4 I du code des transports, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2011-635 du 9 juin 2011, dispose désormais :

« I. – La rémunération est fixée en vue d'encourager les opérations d'assistance et compte tenu des critères suivants, sans tenir compte de l'ordre dans lequel ils sont mentionnés :

- 1° La valeur du navire et des autres biens sauvés ;
- 2° L'habileté et les efforts des assistants pour prévenir ou limiter les dommages à l'environnement ;
- 3° L'étendue du succès obtenu par l'assistant ;
- 4° La nature et l'importance du danger ;
- 5° L'habileté et les efforts des assistants pour sauver le navire, les autres biens et les vies humaines ;
- 6° Le temps passé, les dépenses effectuées et les pertes subies par les assistants ;
- 7° Le risque de responsabilité et les autres risques encourus par les assistants ou leur matériel ;
- 8° La promptitude des services rendus ;
- 9° La disponibilité et l'usage de navires ou d'autres matériels destinés aux opérations d'assistance ;
- 10° L'état de préparation ainsi que l'efficacité et la valeur du matériel de l'assistant.

II. – Le paiement d'une rémunération fixée conformément au I doit être effectué par toutes les parties intéressées en proportion de la valeur respective du navire et des autres biens sauvés.

III. – Les rémunérations, à l'exclusion de tous intérêts et frais juridiques récupérables qui peuvent être dus à cet égard, ne dépassent pas la valeur du navire et des autres biens sauvés. »

Sous-section 2. Assistance maritime et contrat de remorquage

L'assistance maritime prend traditionnellement la forme d'un contrat d'assistance maritime, mais les parties peuvent lui préférer un autre régime, tel un contrat de services, avec lequel la rémunération de l'opérateur dont l'aide est sollicitée par l'armateur sera calculée sur la base d'un coût à la journée. Il est même possible, par la voie d'une « *Scopic clause* », de passer à tout moment des opérations du régime de l'assistance maritime au régime d'un contrat de services. Tant la loi de 1967 précitée, reprise par le code des transports, que l'article 6 de la Convention internationale de 1989 sur l'assistance réservent expressément la liberté contractuelle sur ce point. C'est ainsi que les parties peuvent convenir d'un contrat de remorquage. Et si, au cours de l'exécution de ce contrat, un risque devait survenir pour le navire remorqué, le remorqueur aurait droit à une indemnité pour remorquage exceptionnel (par exemple, le fait de déséchouer un navire dans des conditions difficiles).

L'arrêt « *Vaeanu II* » (Com., 14 décembre 2010, pourvoi n° 09-72.055) donne une illustration de ces règles. Il confirme tout d'abord que l'aide apportée à un navire peut revêtir la forme d'une convention d'assistance maritime mais aussi toute autre forme contractuelle selon la volonté des parties. La règle est d'importance car, en cas d'échec des opérations de sauvetage, la convention d'assistance maritime ne peut pas donner lieu au versement d'une indemnité d'assistance alors qu'un contrat de services, et plus particulièrement de remorquage, permet la rémunération du navire remorqueur. Rejetant le pourvoi, l'arrêt confirme la qualification de convention de location de remorqueur en ces termes : « mais attendu qu'ayant relevé que le contrat litigieux stipule les modalités de la rémunération du Port autonome relative à la location du remorqueur afin de porter assistance au navire “*Vaeanu II*” et les fixe à 1 300 000 FCP les jours de semaine et à 1 950 000 FCP les dimanches et jours fériés et que cette convention a été signée quatre jours après l'échouement à la suite de discussions et de négociations entamées par la société *Ihitai Nui* dès le premier jour avec son assureur et le Port autonome, l'arrêt retient à bon droit qu'il s'agit d'une convention de location de remorqueur prévoyant une rémunération fixée par jour d'utilisation et que, dans ces circonstances, l'armateur peut conclure soit un contrat d'assistance maritime, soit un contrat de droit commun comme une convention de location ; ».

Mais cet arrêt va plus loin en consacrant l'existence d'une assistance maritime au cours de l'exécution du contrat de remorquage : il est possible pour le navire remorqué de bénéficier d'une indemnité d'assistance lorsqu'il a, par son action, porté assistance au remorqueur. En l'espèce, le navire *Vaeanu II* s'était échoué sur le récif de l'île de Rimatara, en Polynésie française, et le remorqueur de haute mer *Aito Nui*, au cours des manœuvres infructueuses de remise à flot, avait bloqué l'une de ses hélices par l'emmêlement d'un câble de remorque. Il avait alors demandé au navire *Vaeanu II* de couper ce câble. L'arrêt de la cour d'appel qui avait accueilli la demande d'indemnité d'assistance du navire *Vaeanu II* est approuvé aux motifs « que, malgré l'aide du moteur tribord, le remorqueur “*Aito Nui*” s'est mis à dériver vers les brisants du récif, poussé par la houle du sud et surtout par le vent du sud-est de force 6-7 beaufort tandis qu'il était relié au navire “*Vaeanu II*”, que le remorqueur

était manifestement en péril, risquant de s'échouer d'un moment à l'autre et qu'il était quasiment impossible pour son équipage de se libérer par ses propres moyens avant échouement et, enfin, que lorsqu'il a été libéré il n'était, selon le rapport de mer de son capitaine, qu'à moins de 80 mètres des brisants, ce qui confirme le danger de perte de ce navire s'il n'avait pas été assisté ». De ces constatations et appréciations, il ressortait bien « un fait d'assistance ayant eu un résultat utile de la part du navire "Vaeanu II" au profit du remorqueur "Aito Nui" alors en danger, peu important que ce dernier ait été en opération de déséchouage du premier ».

Ce caractère incitatif, joint au développement de la navigation, a donné naissance à une véritable activité commerciale de l'assistance en mer. Les entreprises commerciales, et notamment les entreprises de remorquage, se sont multipliées pour offrir aux navires secourus leurs prestations. Il en résulte que le risque de la mer, fondement de la solidarité maritime, se contractualise de plus en plus, et ce peut-être au détriment des solutions juridiques originales issues du droit maritime.

Section 2. Assurance automobile obligatoire

La loi Badinter, au travers notamment de la référence aux véhicules terrestres à moteur, notion empruntée au droit des assurances, fait coïncider le droit à indemnisation des uns avec l'obligation d'assurance des autres. En d'autres termes, c'est parce qu'il y a des débiteurs d'indemnisation assurés qu'il y a un droit à indemnisation pour toute victime sur la base de la seule notion d'implication dans un accident de la circulation. En vertu de cette cohérence, n'a pas à être assuré le véhicule qui ne circule pas dans un lieu ouvert à la circulation publique. On peut donc considérer que le mécanisme mis en place par la loi Badinter est une forme particulière de responsabilité influencée par l'assurance, d'où son inclusion dans les projets de réforme du droit de la responsabilité, qu'il s'agisse du projet Catala ou du projet Terré.

Mais l'assurance en cause est obligatoire et le droit pénal vient parachever le dispositif en érigeant en contraventions le défaut d'assurance et la non-justification de l'assurance du véhicule. Détachée alors de la responsabilité par le droit à indemnisation, en même temps qu'elle était rattachée à une obligation d'assurance, la loi Badinter peut être également considérée au sein de la collectivité des assurés. Elle fonctionne alors comme une assurance sociale. La vocation subsidiaire du fonds de garantie, pour tous ceux qui n'auraient pas pu obtenir une indemnisation par ailleurs (conducteur non assuré), parachève cette caractéristique en rendant l'indemnisation systématique, la solidarité nationale étant sollicitée au besoin.

C'est d'ailleurs un choix politique et non juridique que de faire relever les accidents de la circulation de la responsabilité plutôt que de la solidarité nationale. La loi Badinter est réputée sur ce point, depuis l'origine, « hybride », en raison de la persistance de limitations du droit à indemnisation en fonction de la gravité de la faute, notion étrangère aux assurances sociales qui ne pratiquent pas, en théorie, la « responsabilisation » des assurés.

TITRE 2. RÉPARTITION DE LA CHARGE DU RISQUE PAR MUTUALISATION, DOUBLÉE DE SOLIDARITÉ, ENTRE TOUS LES MEMBRES DE LA COLLECTIVITÉ NATIONALE

L'assurance automobile obligatoire s'étant avérée insuffisante pour que les victimes puissent être en toutes hypothèses indemnisées, le relais est parfois pris par un fonds de garantie automobile, créé en 1951 : le moteur de l'indemnisation n'est alors plus le couple que développent responsabilité et assurance, mais la solidarité nationale, dont le principe sous-tend les divers autres fonds d'indemnisation qui ont vu le jour depuis lors (chapitre 1). Mais c'est avec le « système de sécurité sociale » – la locution s'entendant non seulement des régimes de sécurité sociale *stricto sensu*, mais aussi des dispositifs divers conçus pour les compléter (J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 16^e éd. 2008, n^o 319, p. 247) – que ce principe déploie le plus complètement ses effets (chapitre 2). Dans un cadre certes plus étroit, la solidarité se manifeste également au bénéfice des salariés au cas d'ouverture d'une procédure collective contre leur employeur avec, venue en 1973 compléter le mécanisme des privilèges des actuels articles 2331,4^o et 2375,4^o du code civil, l'intervention de l'AGS, l'objectif étant de les protéger contre les risques d'insolvabilité de l'employeur. L'étude qui y est consacrée (chapitre 3) sera le lieu d'évoquer également les garanties des risques liés au chômage. Enfin, dernière et quant à elle récente illustration, dans l'hypothèse où la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvrent droit depuis la loi du 4 mars 2002 à la réparation des préjudices du patient ou de ses ayants droit en cas de décès, là encore « au titre de la solidarité nationale » (chapitre 4).

Chapitre 1. Fonds d'indemnisation

Section 1. Généralités

En dehors de la création de la sécurité sociale, fondée sur un droit à indemnisation, le droit de la responsabilité civile est resté très longtemps indifférent à la condition de préjudice. Le XX^e siècle notamment a été celui de la législation et de la jurisprudence sur le fait générateur. Ce n'est que très récemment que les limites de la réparation ont conduit à une réflexion sur la condition de préjudice elle-même, son existence et son évaluation, peu à peu affranchie du fait générateur, et donc potentiellement de la responsabilité. Lorsque l'objectivation du régime de responsabilité par la théorie du risque n'a plus suffi à assurer une indemnisation systématique, les fonds d'indemnisation ont permis de parvenir à un meilleur résultat. Mais ces derniers ne sont pas seulement subsidiaires à la responsabilité au sens où ils n'auraient pour vocation que de couvrir un domaine laissé vacant par le droit de la responsabilité, ils sont également reliés au droit de la responsabilité pour permettre à la victime d'obtenir une indemnisation plus rapide et selon une procédure simplifiée.

Ce système de l'avance comptable permet d'appréhender en même temps les deux fondements de ces fonds : l'indemnisation du coup du sort et l'amélioration de la situation

procédurale de la victime. Le fonds qui a indemnisé une victime dispose en effet d'un recours contre le responsable, si celui-ci existe.

Il y a parfois une contrepartie : la victime n'a pas toujours droit à la réparation intégrale du dommage subi lorsqu'elle est indemnisée par la solidarité nationale, le droit à indemnisation étant parfois encadré.

Ces éléments donnent lieu à un contentieux qui a pour objet de fixer, outre les règles d'indemnisation du risque (sous-section 1), celles par lesquelles la victime risque tout de même de ne pas être intégralement indemnisée, ce dans le souci de limiter la charge supportée par la solidarité nationale (sous-section 2).

Sous-section 1. L'indemnisation du risque

A. Le contentieux de la compétence des fonds d'indemnisation

Les divers fonds d'indemnisation dont le contentieux relève en tout ou partie des juridictions judiciaires sont placés sous le signe de l'hétérogénéité, ce qui engendre en premier lieu un contentieux de la compétence.

FGAO et FGTI

Le plus ancien fonds d'indemnisation, le fonds de garantie automobile, créé dès 1951, est devenu le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (le FGAO) dans la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003. Sa compétence avait en effet été étendue, notamment, aux accidents de chasse (loi n° 66-497 du 11 juillet 1966), aux dommages causés par une personne circulant sur le sol ou par un animal, dans un lieu ouvert à la circulation publique.

Les dommages causés par une infraction ont fait l'objet de deux fonds d'indemnisation, le fonds de garantie des actes de terrorisme, créé en 1986, et le fonds de garantie des dommages corporels causés par une infraction, créé en 1977, qui ont ensuite fusionné en 1990 pour devenir le fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et autres infractions (FGTI). Il était expressément prévu, compte tenu de l'existence antérieure d'un fonds de garantie pour les accidents de la circulation, que le FGTI ne concernerait pas les accidents relevant de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, compétence qui a donc été exclue par l'article 706-3 du code de procédure pénale de la compétence de la commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI).

Il était donc possible, après 2003, qu'une personne blessée dans un lieu ouvert à la circulation publique relève à la fois de la compétence du FGAO (absence d'auteur assuré connu) et de celle du FGTI (auteur de l'infraction de blessures involontaires inconnu). La Cour de cassation a tranché ce conflit de compétence par deux décisions : par un arrêt du 8 janvier 2009 (2^e Civ., 8 janvier 2009, pourvoi n° 07-21.828, *Bull.* 2009, II, n° 3), la deuxième chambre civile a estimé que la compétence du FGAO excluait celle de la CIVI; par un arrêt du 3 mars 2011 (2^e Civ., 3 mars 2011, pourvoi n° 09-70.680), il a été précisé que cette exclusion était générale, et qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte de la spécificité du FGAO, qui est le seul fonds d'indemnisation à fonctionner sur le mode de la subsidiarité. Même si la victime peut obtenir une indemnisation de la part de l'assureur d'un responsable

(ce qui n'est pas un préalable devant la CIVI, mais une cause d'exclusion de la compétence du FGAO), elle ne peut revenir devant la CIVI. Elle sera indemnisée soit par le FGAO, soit par l'assureur, mais l'infraction pénale à l'origine du dommage n'est pas prise en compte. Concernant l'intérêt et la portée de cette jurisprudence, on notera que le FGAO et le FGTI, payeur de la CIVI, sont deux personnes morales de droit privé et que la loi a confié la gestion du second au premier, même si les ministères de tutelle sont différents.

Il est en revanche plus intéressant de noter, de manière tout aussi incidente, que, sur le plan procédural, le pourvoi a été jugé recevable alors même que la CIVI, devant laquelle la victime avait porté sa demande, n'avait statué, par décision de son président, que sur la provision et l'expertise. La compétence d'attribution étant en l'occurrence intimement liée au fond du droit, la Cour de cassation considère, en pareil cas, que l'examen du pourvoi suppose tranché préalablement un principal tenant à l'applicabilité même du texte de l'article 706-3 du code de procédure pénale, d'où la victime tient son droit à indemnisation. Le pourvoi doit donc être examiné au fond alors qu'en principe il n'est pas immédiatement recevable contre une décision avant dire droit, selon les termes des articles 606 à 608 du code de procédure civile (2^e Civ., 3 mars 2011, pourvoi n° 09-70.680, réitérant la position adoptée par 2^e Civ., 24 mai 2006, pourvoi n° 04-20.015 ; 2^e Civ., 20 mars 2008, pourvoi n° 07-12.355).

La question de la compétence respective du FGAO (donc de la loi du 5 juillet 1985 précitée) et du FGTI (donc de la CIVI) reçoit une solution particulière en cas d'accident de la circulation survenu à l'étranger impliquant une victime de nationalité française. L'article 706-3 du code de procédure pénale n'impose en effet comme critères que la nationalité française de la victime ou la commission de l'apparence d'infraction en France. Il s'ensuit, par dérogation à la règle de conflit désignant la loi du lieu du délit, que la loi française sur la CIVI institue un droit à réparation du dommage résultant d'une infraction commise à l'étranger (2^e Civ., 3 juin 2004, pourvoi n° 02-12.989, *Bull.* 2004, II, n° 265), sans référence au droit pénal étranger (2^e Civ., 25 janvier 2007, pourvoi n° 06-10.514, *Bull.* 2007, II, n° 18), notamment lorsqu'est en cause un accident de la circulation (2^e Civ., 3 juin 2010, pourvois n° 09-12.340 et n° 09-15.634). À titre d'exemple, un ressortissant marocain ne peut pas demander à la CIVI une indemnisation pour un accident de la circulation survenu à l'étranger avant sa naturalisation, et auquel la loi du 5 juillet 1985 ne s'applique pas (2^e Civ., 12 février 2009, pourvoi n° 08-12.987, *Bull.* 2009, II, n° 40).

La Cour de cassation est allée plus loin dans l'admission de la recevabilité des demandes adressées à la CIVI par des ressortissants étrangers devenus français au jour de la requête ou résidant en situation régulière sur le territoire français. Elle a admis la recevabilité d'une requête d'une victime qui n'était en séjour régulier, ni le jour des faits, ni lors de sa première demande, mais qui l'était à la date de sa seconde requête (2^e Civ., 16 décembre 2010, pourvoi n° 09-16.949, *Bull.* 2010, II, n° 210).

Le transfert, par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004, de la gestion de l'ancien fonds de garantie des transfusés et hémophiles, créé en 1991, à l'office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), n'a pas suscité de contentieux particulier.

FGTI et accidents du travail

Un autre problème de compétence concernant le FGTI s'est posé lorsqu'un salarié est victime d'un accident du travail qui est en même temps une infraction pénale. Dès lors qu'il y a eu accident du travail, le code de la sécurité sociale, qui prévoit une réparation plafonnée, est applicable, mais la qualification d'infraction pénale peut justifier la saisine de la CIVI, laquelle est tenue, au moins en ce qui concerne les dommages corporels, au principe de la réparation intégrale exclu par la législation professionnelle.

La jurisprudence a évolué sur cette question mais elle est aujourd'hui stabilisée autour de solutions qui, à défaut de susciter une adhésion unanime, sont conformes à un agencement cohérent des différentes *leges causae*. Par un arrêt de principe, à ce jour non remis en cause, la Cour de cassation a estimé 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 » (2^e Civ., 7 mai 2003, pourvoi n° 01-00.815, *Bull.* 2003, II, n° 138; 2^e Civ., 30 juin 2005, pourvoi n° 03-19.207, *Bull.* 2005, II, n° 177; 2^e Civ., 23 octobre 2003, pourvoi n° 02-16.580, *Bull.* 2003, II, n° 322, relevant spécialement l'application de l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale). Il s'agit d'une application particulière de l'idée selon laquelle le droit spécial des accidents du travail produit l'effet d'éviction classique du droit commun de l'indemnisation, dont l'action devant une CIVI, qui est dès lors irrecevable. Il est en effet de jurisprudence constante que l'on raisonne relativement à la CIVI comme en droit commun (par exemple 2^e Civ., 14 décembre 2000, pourvoi n° 99-15.067 : « Vu l'article 706-3 du code de procédure pénale; attendu que les ayants droit de la victime directe d'une infraction peuvent obtenir la réparation intégrale de leur préjudice selon les règles du droit commun »).

Cette éviction des règles de la CIVI était critiquée, notamment pour sa généralité. La Cour de cassation avait en effet précisé que la règle précédente s'appliquait « aux victimes d'un accident du travail imputable à l'employeur ou à ses préposés, même en cas de faute intentionnelle de l'employeur ou du préposé » (2^e Civ., 7 février 2008, pourvoi n° 07-10.838, *Bull.* 2008, II, n° 26; 2^e Civ., 15 mai 2008, pourvoi n° 07-13.516). Les revirements de jurisprudence intervenus récemment ne portent cependant que sur les exceptions, sans remettre en cause la solution de principe. C'est en effet lorsque la législation professionnelle elle-même prévoit un retour au droit commun de la réparation intégrale, ce droit commun incluant la CIVI, que l'action devant cette dernière redevient exceptionnellement possible. Il s'agit des hypothèses concernant :

- le fait du tiers, prévu à l'article L. 454-1 du code de la sécurité sociale, qui a fait l'objet d'un arrêt de plénière de chambre du 29 avril 2004 (2^e Civ., 29 avril 2004, pourvoi n° 02-13.050, *Bull.* 2004, II, n° 197 : « Les dispositions propres à l'indemnisation des victimes d'infraction sont applicables, selon l'article L. 454-1 du code de la sécurité sociale, aux victimes d'un accident du travail imputable à une personne autre que l'employeur ou ses préposés », solution reprise par 2^e Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-16.974, *Bull.* 2009, II, n° 25, précité);
- la faute intentionnelle du copréposé, hypothèse classique, prévue à l'article L. 452-5 du code de la sécurité sociale, qui a fait l'objet de deux arrêts du 7 mai 2009 (2^e Civ., 7 mai 2009, pourvoi n° 08-15.739; 2^e Civ., 7 mai 2009, pourvoi n° 08-15.738, *Bull.* 2009, II, n° 116 : « les dispositions propres à l'indemnisation des victimes d'infractions sont applicables aux victimes d'un accident du travail imputable à la faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés »);

– la faute intentionnelle de l'employeur, hypothèse plus rare, prévue au même article L. 452-5 du code de la sécurité sociale, qui a fait l'objet d'un arrêt du 4 février 2010, dans lequel la qualité d'employeur, au sens strict, de la personne morale, était discutable (2^e Civ., 4 février 2010, pourvoi n° 09-13.332, *Bull.* 2010, II, n° 24 : « les dispositions propres à l'indemnisation des victimes d'infractions sont applicables aux victimes d'un accident du travail imputable à la faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés » telle que des violences volontaires commises par le gérant d'une société sur un salarié). Mais la solution a été confirmée dans le cas d'un homicide du salarié par son employeur (2^e Civ., 17 septembre 2009, pourvoi n° 08-14.311). Elle est généralisable à tous les employeurs, peu important qu'il s'agisse d'un accident de service, ne relevant pas à ce titre du contentieux des juridictions judiciaires (2^e Civ., 18 mars 2010, pourvoi n° 09-14.394 ; 2^e Civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-16.288, pour un préposé agent de service communal).

Ce dernier arrêt systématise dans un attendu de droit les deux derniers cas de saisine possible de la CIVI en retenant que « les dispositions propres à l'indemnisation des victimes d'infractions sont applicables à la victime de toute infraction intentionnelle ».

On notera qu'un autre arrêt, rendu également le 7 mai 2009, ne met pas en cause la victime directe mais ses proches. En l'espèce, la victime par ricochet n'avait pas la qualité d'ayant droit au sens de la législation professionnelle de sorte qu'elle ne pouvait se voir indemnisée au titre de l'accident du travail, ce qui est une circonstance suffisante pour lui ouvrir la voie du droit commun de la CIVI, dès lors qu'est en cause une infraction pénale. La solution, retenue dans le cas de faute intentionnelle du salarié (2^e Civ., 7 mai 2009, pourvoi n° 07-19.365, *Bull.* 2009, II, n° 115), n'est pas exempte de critique : dans cette hypothèse où le principe d'exclusion de la CIVI s'applique à la victime directe, la victime par ricochet, qui tient précisément son droit à indemnisation de celui de la victime directe, se retrouve avoir plus de droits que cette dernière. Mais l'on peut soutenir pour justifier la solution que la victime directe est « entrée » dans le droit spécial et en est « ressortie » alors que la victime par ricochet n'a pu y entrer, ce qui justifie la vocation de principe du droit commun à régir toute situation non spécialement appréhendée par le droit spécial.

Sensiblement différente, mais parente des problèmes de conflit de compétence entre deux fonds, est la question de l'articulation entre la compétence d'un fonds et la juridiction de droit commun, selon que le législateur a autorisé le cumul des procédures (cas de la CIVI, commission juridictionnelle indépendante des juridictions civiles et pénales de droit commun) ou imposé à la victime d'opter entre les différentes procédures envisageables (cas du fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) par rapport au tribunal des affaires de sécurité sociale).

B. Le contentieux des rapports entre les fonds d'indemnisation et le juge naturel

FGTI et juridictions de droit commun

Concernant le FGTI, le principe de l'indépendance totale de la procédure d'indemnisation des victimes d'infraction impliquait de régler les difficultés nées de la compatibilité

des décisions de la CIVI avec celles éventuellement rendues par la juridiction civile ou la juridiction pénale ayant statué sur les intérêts civils.

Dans le cas où la juridiction de droit commun a accordé une indemnité supérieure à celle allouée par la CIVI, la Cour de cassation juge, en application de l'article 706-8 du code de procédure pénale qui est relatif à cette hypothèse, que la victime peut demander un complément d'indemnité à la CIVI, qu'il s'agisse des réparations allouées par la juridiction pénale ou une juridiction civile (2^e Civ., 9 décembre 2004, pourvoi n° 03-17.152, *Bull.* 2004, II, n° 519 ; 2^e Civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 10-19.115, *Bull.* 2011, II, n° 109).

Dans le cas où la juridiction de droit commun a accordé une indemnité inférieure à celle allouée ultérieurement par la CIVI, la Cour de cassation a eu à régler des difficultés liées au recours subrogatoire du FGTI, dès lors que la victime se prévaut de la décision de la CIVI à son égard. Elle a d'abord jugé que, de manière générale, lorsque le FGTI a indemnisé la victime en application d'une décision de la CIVI, rendue postérieurement à un jugement pénal allouant également une indemnité, le caractère autonome de la CIVI faisait obstacle à ce que le FGTI exerce son recours subrogatoire sur le fondement du jugement pénal (2^e Civ., 5 février 2004, pourvoi n° 02-14.324, *Bull.* 2004, II, n° 46). Elle a ensuite confirmé cette règle dans l'hypothèse où l'indemnisation par la juridiction pénale était d'un montant inférieur à celle allouée par la CIVI, en raison d'une aggravation ultérieure du préjudice (2^e Civ., 14 juin 2006, pourvoi n° 04-17.751, *Bull.* 2006, II, n° 160). Au vu de cette jurisprudence mettant à leur charge une somme supérieure à celle résultant de leur condamnation au pénal, les condamnés ont soulevé le problème du caractère non contradictoire à leur égard de la procédure suivie devant la CIVI. La Cour de cassation a rejeté cette argumentation en retenant que la contradiction était respectée dans l'instance sur recours subrogatoire, le condamné étant en droit d'opposer au FGTI subrogé les exceptions qu'il aurait été en mesure d'opposer à la victime subrogeante s'il avait dû défendre à son action (2^e Civ., 18 février 2010, pourvoi n° 08-21.077 ; 2^e Civ., 12 mai 2010, pourvoi n° 09-67.167 ; 2^e Civ., 18 février 2010, pourvoi n° 08-19.044). « L'exception » visée doit donc nécessairement s'entendre de la possibilité pour le condamné de discuter également le montant des sommes antérieurement allouées de manière non contradictoire par la CIVI.

La détermination du défendeur au recours subrogatoire du FGTI ayant indemnisé la victime a également suscité un contentieux. L'article 706-11 du code de procédure pénale permet au FGTI de se retourner contre « les personnes responsables du dommage causé par l'infraction » et celles « tenues à un titre quelconque d'en assurer la réparation totale ou partielle ». La Cour de cassation avait jugé que « seule l'infraction ayant ouvert le droit à indemnisation de la victime par la commission d'indemnisation des victimes d'infractions peut fonder le recours subrogatoire du fonds de garantie des victimes d'infractions », ce qui semblait emporter assimilation de la seconde catégorie de défendeurs au recours à celle des civilement responsables (2^e Civ., 5 juillet 2006, pourvoi n° 05-13.606, *Bull.* 2006, II, n° 186 : avait été exclu en l'espèce l'agent judiciaire du Trésor en raison de la faute lourde du service public judiciaire qui n'avait pu empêcher la commission d'un crime). Cette décision a été remise en cause. Après avoir rejeté la demande de renvoi au Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité critiquant la constitutionnalité de l'article 706-11 du code de procédure pénale (2^e Civ., 9 décembre 2010, pourvoi n° 10-17.884), la deuxième

chambre civile a estimé, dans le respect de la lettre du texte, que la seconde catégorie de débiteurs « tenus à un titre quelconque » ne limitait pas la subrogation aux actions fondées sur une responsabilité délictuelle et n'imposait aucun préalable dans le choix des personnes actionnées. Sont donc concernés les débiteurs contractuels d'indemnisation, et notamment la SNCF, débitrice d'une obligation de sécurité de résultat, dès lors que l'agression a eu lieu à bord d'un train (2^e Civ., 7 avril 2011, pourvoi n° 10-17.884, *Bull.* 2011, II, n° 86).

FIVA et juridiction du contentieux général de la sécurité sociale

Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA), créé par l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001, est ici concerné, mais il faut au préalable rappeler que, de manière beaucoup plus générale, la Cour de cassation prohibe en principe ce que la doctrine a pu nommer le « panachage spéculatif », c'est-à-dire le découpage du préjudice corporel en divers postes, pour l'indemnisation desquels la victime saisit concomitamment plusieurs juridictions ou organismes, tenus ou non à la réparation intégrale, en vue d'atteindre, pour chacun des postes, le maximum de l'indemnisation possible. Elle admet en revanche cette pratique, voire l'impose, lorsque la voie choisie en premier n'a pas permis la réparation du préjudice, ce qui ne va pas sans poser quelques difficultés d'interprétation. L'hypothèse concerne la victime d'une maladie professionnelle liée à une exposition à l'amiante.

Prohibition de principe – Par un arrêt du 21 décembre 2006, la deuxième chambre civile a refusé d'autoriser une victime qui avait saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) d'une action en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur et en réparation de son préjudice patrimonial, puis le FIVA d'une demande d'indemnisation de ses préjudices extra-patrimoniaux, victime qui avait manifesté son intention de refuser l'offre du FIVA du chef du préjudice patrimonial, à n'accepter que celle relative aux préjudices extra-patrimoniaux (2^e Civ., 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-21.633 : « le législateur ayant voulu que la victime opte entre l'indemnisation par le [FIVA] ou par le tribunal des affaires de sécurité sociale, celle qui a choisi de saisir le [FIVA] ne peut diviser sa demande qui doit englober l'ensemble des préjudices subis »). Le terme est sans doute impropre, mais il y a là une idée semblable à celle qui inspire la règle *electa una via* (H. Groutel, *in Resp. Civ. et assur.*, mars 2007, étude 4, comm. 90).

D'un avis du 13 novembre 2006 réglant les rapports procéduraux, après indemnisation de la victime par le FIVA, entre le FIVA, la victime et le TASS, il résulte que la victime qui a accepté l'indemnisation du FIVA ne peut plus agir en faute inexcusable contre l'employeur devant le TASS pour obtenir une indemnisation; elle ne peut que se maintenir dans une instance précédemment engagée, intervenir dans une instance engagée par le FIVA au titre du recours subrogatoire ou engager une procédure en cas d'inaction du FIVA, mais « dans le seul but de faire reconnaître l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur » (Avis, 13 novembre 2006, demande n° 06-00.011, *Bull.* 2006, Avis, n° 9).

S'agissant des ayants droit d'une victime décédée, la Cour de cassation a admis une forme de panachage par quatre arrêts du 20 mars 2008 (2^e Civ., 20 mars 2008, pourvoi n° 07-15.807, *Bull.* 2008, II, n° 72; 2^e Civ., 20 mars 2008, pourvoi n° 07-15.808; 2^e Civ., 20 mars 2008, pourvoi n° 07-15.809 et 2^e Civ., 20 mars 2008, pourvoi n° 07-15.871) en retenant que : « les

ayants droit d'une victime décédée des suites d'une maladie causée par l'amiante sont recevables à exercer, outre l'action en réparation du préjudice qu'ils ont subi du fait de ce décès, l'action en réparation du préjudice subi par la victime résultant de sa maladie ». Dans cette affaire, le procès-verbal de conciliation signé par les ayants droit devant la juridiction de sécurité sociale ne concernait que l'action personnelle, de sorte que rien ne s'opposait à ce qu'ils demandent au FIVA de leur faire une offre d'indemnisation au titre de l'action successorale. On peut considérer qu'aucune des deux actions (personnelle et successorale) n'a été divisée de sorte que ces décisions ne contredisent pas la précédente. Les circonstances sont au demeurant différentes : les victimes n'ont pas saisi concurremment le FIVA et le TASS, mais successivement. La solution s'explique aisément : s'il n'est pas admis qu'une victime perçoive un surcroît de dommages-intérêts que ne peut expliquer l'indemnisation, il n'est pas concevable qu'aucune indemnisation ne soit assurée pour des questions d'agencement des différentes procédures alors que pour chacune d'elles la victime a droit à la réparation de son préjudice (voir P. Sargos, « Indemnisation des victimes de l'amiante. Impacts de la réforme du recours des tiers payeurs sur le FIVA et les autres fonds d'indemnisation », in *Semaine sociale Lamy*, 20 avril 2009, p. 7 et suivantes : « [...] le législateur, par l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000, "a entendu garantir aux victimes la réparation de leurs préjudices tout en instituant une procédure d'indemnisation simple et rapide" »).

Assouplissements – Deux autres décisions récentes ayant assoupli les conséquences de l'interdiction du panachage doivent être signalées. Par un arrêt du 18 janvier 2006, la deuxième chambre civile a décidé que la cour d'appel, saisie d'un recours contre une décision du FIVA, et devant laquelle est présentée une demande d'indemnisation complémentaire pour faute inexcusable de l'employeur, toujours en application de la loi ayant institué le FIVA, doit surseoir à statuer sur cette dernière demande, et inviter son auteur ou le FIVA à engager devant le TASS une procédure en déclaration de la faute inexcusable de l'employeur en vue d'obtenir la fixation de la réparation due en application du code de la sécurité sociale (2^e Civ., 18 janvier 2006, pourvoi n° 05-14.202, *Bull.* 2006, II, n° 20).

Le texte qui organise le devoir d'option est ainsi rédigé qu'il n'était guère possible de savoir, lorsque la victime a saisi concurremment le TASS et le FIVA sans pour autant diviser son action, à partir de quand l'une des deux voies procédurales se refermait par une décision d'irrecevabilité, la cour d'appel connaissant aussi bien des appels contre les jugements du TASS que des contestations des offres d'indemnisation du FIVA. La Cour de cassation a décidé de permettre à la victime de maintenir ses deux actions en parallèle jusqu'à ce que l'une d'elles s'achève par une décision juridictionnelle devenue irrévocable, et non seulement par une décision définitive, c'est-à-dire encore susceptible d'un pourvoi en cassation (2^e Civ., 7 mai 2009, pourvoi n° 08-14.782, *Bull.* 2009, II, n° 114).

Par ailleurs, la deuxième chambre civile s'est livrée dans un arrêt du 13 janvier 2011 à une interprétation plus littérale de l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000, permettant à la victime de saisir le FIVA « lorsqu'elle n'a pas reçu la réparation intégrale de ses préjudices ». Prise au pied de la lettre, cette formulation n'interdirait pas le panachage. Par conséquent, et tout en maintenant l'interdiction posée par l'arrêt du 25 octobre 2006 précité, la deuxième chambre a autorisé la victime à saisir le FIVA d'une demande antérieurement présentée à la juridiction de sécurité sociale chaque fois que la décision prise sur

cette demande ne consistait pas dans un rejet au fond, seul apte à rendre irrecevable une seconde demande adressée au FIVA. Dans cette affaire, la victime avait saisi le TASS qui avait déclaré sa demande irrecevable en raison de la forclusion, de surcroît à tort eu égard aux termes de l'article 102 de la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 ayant rouvert les droits prescrits, la victime étant par conséquent encore dans les délais pour agir devant le FIVA. La Cour de cassation a donc estimé que la cour d'appel avait violé l'article 53 de la loi du 23 décembre 2000 en rejetant la demande d'indemnisation au motif que la victime ne pouvait saisir le FIVA de demandes tendant à l'indemnisation de chefs de préjudice qu'elle s'était vu refuser par le TASS, alors que le jugement du TASS n'avait pas statué au fond sur ces demandes (2^e Civ., 13 janvier 2011, pourvoi n° 09-71.560, *Bull.* 2011, II, n° 9).

Sous-section 2. Le risque de ne pas être indemnisé

A. La prescription ou la forclusion des demandes adressées aux fonds d'indemnisation

Les délais pour saisir la CIVI

Les articles 706-5 et 706-15 du code de procédure pénale prévoient que la CIVI doit être saisie, à peine de forclusion, dans un délai de :

- trois ans à compter de l'apparence d'infraction ;
- un an à compter de la décision du juge pénal sur l'action publique ou sur l'action civile ;
- un an à compter de l'avis donné par le juge pénal à la victime de la possibilité de saisir la CIVI lorsqu'il a alloué une indemnité.

Il appartient au FGTI qui prétend opposer la forclusion tirée de l'existence d'une décision du juge pénal statuant sur les intérêts civils de prouver l'existence de cette décision (2^e Civ., 19 octobre 2006, pourvoi n° 05-11.880, *Bull.* 2006, II, n° 279).

La CIVI peut relever la victime de la forclusion. Il est fréquent que la victime ayant demandé devant le juge du fond à bénéficier de cette disposition se voie opposer devant la Cour de cassation l'irrecevabilité d'un moyen selon lequel la forclusion ne serait pas acquise (généralement pour un problème de point de départ) dès lors que ce moyen est contraire à ses écritures antérieures (2^e Civ., 5 juin 2008, pourvoi n° 07-16.254). Demander à être relevé de la forclusion, c'est en effet admettre qu'elle est acquise.

En revanche, le texte prévoyant que l'aggravation du préjudice est une cause de relevé de forclusion, il a été jugé qu'une telle aggravation permet le relevé de forclusion non seulement pour l'aggravation, mais également pour le préjudice initial (2^e Civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-68.578).

On notera incidemment que la Cour de cassation a rappelé récemment que les décisions de la CIVI n'étaient pas de plein droit exécutoires par provision (2^e Civ., 15 février 2007, pourvoi n° 05-22.089, *Bull.* 2007, II, n° 39).

La prescription des demandes adressées au FIVA

La question n'avait pas été envisagée par le législateur en 2000 et ne s'était jamais posée. Il est cependant acquis qu'en matière patrimoniale il n'y a guère d'imprescriptibilité

de droit et il s'agissait donc pour la Cour de cassation de déterminer le régime applicable à la prescription des demandes adressées au FIVA, celui-ci s'étant prévalu de la prescription acquise à l'égard de certaines victimes.

Trois arrêts, publiés au *Rapport annuel* de la Cour de cassation pour l'année 2010, avaient tranché la question à la suite d'un avis de la Cour de cassation du 18 janvier 2010 (demande n° 09-00.004, *Bull.* 2010, Avis, n° 1 ; 2^e Civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-13.372, *Bull.* 2010, II, n° 102 ; 2^e Civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-13.373, *Bull.* 2010, II, n° 103 ; 2^e Civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-14.605, *Bull.* 2010, II, n° 104), confirmés par la suite (2^e Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-15.952 ; 2^e Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-70.493 ; 2^e Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-15.016 et 2^e Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-68.057). Il était ainsi acquis que le FIVA pouvait invoquer la prescription quadriennale des créances de l'État prévue par la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 puisqu'il est un établissement public administratif doté d'un comptable public.

La Cour s'était également prononcée sur les causes d'interruption et de suspension, déniaut cet effet tant à l'engagement d'une action en contestation du refus de la caisse de sécurité sociale de prendre en charge l'affection au titre de la législation professionnelle qu'à celui d'une action en déclaration de la faute inexcusable de l'employeur. La solution était justifiée par l'idée que ces actions n'avaient pas le même objet et n'impliquaient pas les mêmes parties.

Quant au point de départ du délai, la Cour de cassation s'en était tenue à la règle de droit commun de l'article 2226 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, consacrant la consolidation comme point de départ unique du délai de prescription en matière de dommage corporel. Deux raisonnements pouvaient en effet être tenus pour les affections liées à une exposition à l'amiante dès lors que, dans les maladies évolutives, aucune consolidation n'est en général caractérisable au jour de la demande d'indemnisation, à l'exception du décès – forme indiscutable de consolidation –, lorsque ce sont les ayants droit qui intentent l'action successorale. La consolidation est en effet hypothétique mais non inexistante. Il était alors possible, soit de rechercher un point de départ alternatif au jour de la demande, soit de refuser d'effectuer une telle recherche qui aurait compromis les droits ultérieurs de la victime en cas de survenance de la consolidation. Assumant une imprescriptibilité de fait, la Cour de cassation avait maintenu la consolidation comme unique point de départ possible du délai, à la suite d'un fort courant jurisprudentiel.

Ces solutions ont été remises en cause par l'article 92-I de la loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011. Le nouvel article 53 III bis de la loi du 23 décembre 2000 prévoit un délai spécial de prescription de dix ans, courant à compter du premier certificat médical établissant le lien entre la maladie, ou l'aggravation, et l'exposition à l'amiante ou, pour les actions successorales, entre le décès et l'exposition à l'amiante. Le législateur a sans doute souhaité un point de départ objectif et déterminable au moment de la demande, qui préserve mieux la sécurité juridique inhérente à l'institution de la prescription. Il a également rejeté toute distinction entre les maladies et entre les victimes (salariés et victimes environnementales).

L'article 92-II de la loi du 20 décembre 2010 règle les questions de droit transitoire, en reculant notamment le point de départ du délai au 1^{er} janvier 2004 lorsque le certificat médical comportant le diagnostic a été établi avant cette date. Par un arrêt du 16 juin 2011, la deuxième chambre civile a décidé que la loi nouvelle était applicable pour la première fois devant la Cour de cassation, de sorte qu'aucune victime de l'amiante ne sera victime du droit transitoire (2^e Civ., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-17.092, *Bull.* 2011, II, n° 134).

Le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles (FITH), dont la loi fondatrice était également muette sur la question de la prescription, ne devrait normalement pas alimenter un semblable contentieux. Il est sans doute acquis que l'ONIAM, qui en a repris la gestion en 2004, est tenu d'appliquer la prescription quadriennale des créances de l'État résultant de la loi du 31 décembre 1968 précitée eu égard à son statut. De ce fait, il connaît d'ores et déjà les victimes de la contamination par le VIH auxquelles il serait en mesure d'adresser une relance. Le FIVA, par hypothèse, ne connaît pas les victimes de l'amiante qui peuvent le saisir d'une demande.

B. Les conditions du droit à indemnisation

Les modalités de la réparation par un fonds d'indemnisation

« **Poste par poste** » – S'agissant de l'indemnisation du préjudice corporel, l'article 25 de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 imposant en droit commun le recours subrogatoire « poste par poste » est applicable aux fonds d'indemnisation. La règle résulte d'un avis de la Cour de cassation pour le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (Avis de la Cour de cassation, 6 octobre 2008, demande n° 08-00.009, *Bull.* 2008, Avis, n° 7), repris ultérieurement par des arrêts de la deuxième chambre civile (2^e Civ., 17 décembre 2009, pourvoi n° 09-10.644, suivi de nombreux autres arrêts). Pour les autres fonds d'indemnisation, la solution est parfois implicite (pour l'ONIAM : 2^e Civ., 10 juillet 2008, pourvoi n° 07-17.424, *Bull.* 2008, II, n° 186), parfois explicite (pour le FGAO, il n'est pas tenu compte de sa vocation subsidiaire : 2^e Civ., 17 septembre 2009, pourvoi n° 08-16.520; pour le FGTI : 2^e Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-16.974, *Bull.* 2009, II, n° 25).

Nombre de décisions concernant la réforme du droit de l'indemnisation du préjudice corporel sont donc rendues à propos de l'article 706-9 du code de procédure pénale qui prévoit que la CIVI « tient compte », dans la détermination du montant de l'indemnisation, des sommes déjà perçues par la victime d'autres débiteurs d'indemnisation. « Tient compte » doit désormais s'entendre comme « tient compte poste par poste des prestations à caractère indemnitaire conformément à l'article 31 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 » (2^e Civ., 20 octobre 2005, pourvoi n° 04-13.633, *Bull.* 2005, II, n° 263; 2^e Civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-17.912, *Bull.* 2009, II, n° 172). La solution était déjà acquise sous l'empire du droit antérieur, qui imposait de déterminer le préjudice « soumis à recours » pour tenir compte des indemnités déjà versées (2^e Civ., 3 juin 2004, pourvoi n° 03-11.071).

« **Période par période** » – De l'offre d'indemnisation qu'il formule pour indemniser l'incapacité sous la forme d'une rente, le FIVA doit déduire, pour éviter une double indemnisation du même poste de préjudice, le montant de la rente servie par l'organisme social si celle-ci est d'un montant inférieur. Cette imputation obéit à une règle dite « période par période ».

Pour le calcul des sommes dues au titre des préjudices patrimoniaux, le FIVA indiquait naguère qu'il déduisait les prestations et autres indemnités que la victime perçoit des organismes sociaux, quelle que soit la date à laquelle elles avaient été versées, dès lors qu'elles l'avaient été « du chef du même préjudice », sans limiter la déduction à la seule période durant laquelle la sécurité sociale avait effectivement versé une rente. La deuxième chambre civile a condamné ce raisonnement en deux fois. Elle a tout d'abord jugé qu'il y avait lieu de se placer au jour du jugement pour déduire le montant des arrérages échus de la rente à cette date, et le capital représentatif des arrérages à échoir (2^e Civ., 8 mars 2006, pourvoi n° 05-14.844). Elle a ensuite précisément décrit la méthode de calcul qu'il convenait de suivre (2^e Civ., 26 octobre 2006, pourvoi n° 05-20.777, *Bull.* 2006, II, n° 292) : « il appartenait [à la cour d'appel] [...] de comparer les arrérages échus dus par le fonds jusqu'à la date de sa décision et ceux versés par l'organisme de sécurité sociale durant la même période, puis, pour les arrérages à échoir à compter de sa décision, de calculer et comparer le capital représentatif de ceux dus par le fonds et l'organisme social ». Cette solution a été réaffirmée par plusieurs décisions (2^e Civ., 21 décembre 2006, pourvoi n° 06-13.082 ; 2^e Civ., 15 février 2007, pourvoi n° 06-15.050 ; 2^e Civ., 12 juillet 2007, pourvoi n° 06-20.702 ; 2^e Civ., 13 septembre 2007, pourvoi n° 06-20.530, *Bull.* 2007, II, n° 216).

Ces décisions étant antérieures à la jurisprudence sur la réforme du droit du recours des tiers payeurs du 21 décembre 2006 précitée, la question s'est posée de savoir si cette jurisprudence était condamnée par le « poste par poste », seule exigence de la nouvelle loi dès lors que la Cour de cassation ne pouvait ajouter au texte une exigence qu'il ne prévoit pas, ou s'il fallait imposer le cumul du « poste par poste » et du « période par période » dès lors que ce cumul était techniquement possible devant le FIVA et favorable à la victime. C'est cette dernière solution qui a été retenue par la jurisprudence postérieure à la réforme du 21 décembre 2006 (2^e Civ., 18 décembre 2008, pourvoi n° 08-11.525 ; 2^e Civ., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.304 ; 2^e Civ., 10 février 2011, pourvoi n° 10-10.305, *Bull.* 2011, II, n° 40 ; 2^e Civ., 17 mars 2011, pourvoi n° 10-17.497).

La réparation intégrale du préjudice par le fonds d'indemnisation

L'obligation faite au juge d'imputer sur l'indemnisation des préjudices qu'il alloue les prestations indemnitaires versées par un tiers payeur existe même en l'absence de recours subrogatoire de ce dernier.

En droit commun, les solutions sont en principe claires : l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985 précitée contient la liste limitative des personnes admises au rang de tiers payeurs ainsi que celle, quasi limitative, des prestations pouvant faire l'objet du recours. La jurisprudence relative à ce texte ne devrait donc consister que dans la police de son domaine d'application. Il en résulte notamment que sont exclues du recours des tiers payeurs les indemnités de chômage (2^e Civ., 7 avril 2005, pourvoi n° 04-10.563, *Bull.* 2005, II, n° 90, rompant avec 2^e Civ., 23 mai 2002, pourvoi n° 00-19.434, qui avait admis le recours pour l'allocation unique dégressive).

Pour les fonds d'indemnisation en revanche, des textes spéciaux imposent, et ce pour chacun d'entre eux, qu'il soit tenu compte dans la détermination de l'indemnité résiduelle « des indemnités de toute nature reçues par la victime du chef du même préjudice ». Ces

fondements spéciaux (articles 706-9 du code de procédure pénale pour la CIVI, 3122-5 du code de la santé publique pour l'ONIAM, 53 de la loi du 23 décembre 2000 précitée pour le FIVA) excluent qu'il soit fait référence au seul article 29 de la loi de 1985. La Cour de cassation retient donc que les diverses sommes perçues par la victime doivent être déduites de l'offre d'indemnisation dès lors qu'elles sont indemnitaires, même si elles ne sont pas susceptibles de donner lieu à un recours subrogatoire en droit commun, soit en raison de la qualité du créancier, soit en raison du caractère limitatif de la liste des prestations indemnitaires. D'où un contentieux de la qualification entre les prestations d'assistance (pouvant être cumulées avec l'indemnisation) et les prestations indemnitaires (devant être déduites). À ce dernier titre, il a été jugé que l'allocation d'assurance attribuée aux travailleurs involontairement privés d'emploi n'est ni une prestation d'assistance dépourvue de caractère indemnitaire, ni l'une des prestations énumérées à l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985, ce dont il résulte que l'ONIAM doit en tenir compte dans l'évaluation de la perte de gains professionnels (2^e Civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-67.357, *Bull.* 2010, II, n° 105). Par contre, l'arrêt rendu le 1^{er} juin 2011 n'a pas permis de statuer sur les indemnités de chômage dont l'imputation par un fonds d'indemnisation reste incertaine, alors qu'elles ne sont pas imputables en droit commun (2^e Civ., 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 10-11.599).

Les textes conduisent ainsi à une inégalité entre les victimes, qui se retrouve dans la jurisprudence, selon qu'elles relèvent du droit commun ou qu'elles sont éligibles à un fonds d'indemnisation, les plus défavorisées étant paradoxalement celles qui peuvent solliciter un fonds d'indemnisation.

Les limites à la réparation intégrale

L'indemnisation par la CIVI, ici en cause, relève de deux dispositions :

- l'article 706-3 du code de procédure pénale, qui prévoit la réparation intégrale de certains préjudices corporels pour toutes les infractions ; dans ce cas, la faute de la victime limite ou exclut la réparation ;
- l'article 706-14 du code de procédure pénale, qui prévoit une réparation plafonnée des préjudices matériels résultant de certaines infractions contre les biens limitativement énumérées ; dans ce cas d'indemnisation par ailleurs subsidiaire, la victime doit avoir été placée par l'infraction dans une situation « matérielle ou psychologique grave ».

* La combinaison de ces deux textes pose problème dans un cas, celui de la victime de violences sans ITT, ce qui résulte généralement d'une qualification pénale préalable. Tenue par les textes, la Cour de cassation n'a pas pu procéder à une interprétation « constructive » de l'article 706-14, qui exige une ITT « inférieure à un mois » (2^e Civ., 9 décembre 2010, pourvoi n° 09-71.202, *Bull.* 2010, II, n° 203). Cette lacune est d'autant plus dommageable qu'elle concerne en pratique les jeunes enfants victimes de violences, catégorie qui a retenu l'attention de textes internationaux, lesquels, sans être d'effet direct en droit interne, autorisent à penser que le droit français n'est plus conforme au droit supranational (article 19 de la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant ; Convention de Strasbourg du 24 novembre 1983 relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes). Dans l'arrêt du 9 décembre 2010 précité, la Cour de cassation n'a pu examiner l'éventuelle violation des dispositions de la Convention des Nations unies sur les droits de

l'enfant (et aussi de celles de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) car le moyen, non invoqué devant la cour d'appel, était irrecevable.

La jurisprudence n'est pas pour autant fermée. Certaines cours d'appel, dont les solutions ne peuvent être aussi aisément reprises par la Cour de cassation car elles sont motivées directement sur les faits de l'espèce (par exemple CA Colmar, 4 juin 2010, RG n° 08/05370), ont tenté de retenir l'applicabilité de l'article 706-3 en jouant sur l'interprétation du terme « incapacité » : il n'y aurait pas d'incapacité totale de travail au sens de l'article 706-14 du code de procédure pénale, mais une « incapacité » au sens de l'IPP prévue à l'article 706-3 du même code.

* En cas de réparation du préjudice corporel sur le fondement de l'article 706-3 du code de procédure pénale, le dernier alinéa de ce texte prévoit que le droit à indemnisation de la victime peut être limité ou exclu par sa propre faute, laquelle agit donc, en fonction de sa gravité, comme une cause de déchéance. Aussi peut-on ajouter que la faute de la victime doit avoir contribué à causer son préjudice (2^e Civ., 10 juin 2004, pourvoi n° 03-12.133, *Bull.* 2004, II, n° 284). Si ces éléments (qualification de faute, exigence d'un lien de causalité) sont contrôlés par la Cour de cassation, tel n'est pas le cas de l'exclusion du droit à indemnisation ou de la proportion dans laquelle il y a lieu à réduction, qui relèvent du pouvoir souverain des juges du fond.

Parce que chronologie n'est pas nécessairement synonyme de causalité, la Cour de cassation a rappelé que « la faute de la victime susceptible de limiter ou d'exclure le droit à indemnisation qu'elle tient de [l'article 706-3 du code de procédure pénale] n'a pas à être concomitante de la commission de l'infraction dès lors qu'elle a contribué à causer le préjudice » (2^e Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-14.975, *Bull.* 2009, II, n° 147 ; 2^e Civ., 4 décembre 2008, pourvoi n° 08-10.647). Ainsi les repréailles peuvent-elles être mises en relation avec les premières violences auxquelles elles répondent, même si celles-ci sont éloignées dans le temps.

Même si la jurisprudence a pu paraître hésitante, on peut désormais affirmer que la seule participation à un milieu criminel n'est pas en soi une faute au sens de l'article 706-3, dernier alinéa, du code de procédure pénale (2^e Civ., 12 mai 2010, pourvoi n° 09-11.360).

Par ailleurs, les sujétions imposées à la victime, liées à la comparution en justice, n'entrent pas dans le cadre des prévisions de l'article 706-3 du code de procédure pénale. Une victime ne peut donc pas obtenir réparation de son dommage moral lié à une seconde évocation des faits rendue nécessaire par l'exercice du droit d'appel du condamné, ce dommage étant sans lien avec l'infraction (2^e Civ., 21 février 2008, pourvoi n° 06-21.394 ; 2^e Civ., 25 janvier 2007, pourvoi n° 05-19.699 ; 2^e Civ., 8 mars 2006, pourvoi n° 04-18.023, *Bull.* 2006, II, n° 69).

* En cas de réparation du préjudice matériel sur le fondement de l'article 706-14 du code de procédure pénale, la situation « matérielle ou psychologique grave » prévue par le texte ne concerne, par hypothèse, que les personnes physiques (2^e Civ., 30 mai 2007, pourvoi n° 06-13.098, *Bull.* 2007, II, n° 138). Il en résulte que la cour d'appel qui a procédé à l'indemnisation des associés d'une société en nom collectif au motif qu'ils étaient victimes par ricochet, alors que la seule victime directe de l'infraction était une société commerciale, a violé l'article 706-14 du code de procédure pénale (2^e Civ., 7 octobre 2010, pourvoi n° 09-13.659).

Section 2. Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA)

L'article 53 I de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 ayant institué le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) prévoit que peuvent obtenir la réparation intégrale de leurs préjudices les personnes ayant obtenu la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité (article 53 I 1°), les personnes qui ont subi un préjudice résultant directement d'une exposition à l'amiante en France (article 53 I 2°), et les ayants droit des deux catégories précédentes.

L'article 53 III aménage les règles de preuve à rapporter relatives au lien de causalité entre l'affection dont souffre la victime et le lien de causalité entre cette pathologie, ou le décès, et une exposition à l'amiante.

S'agissant de l'action des ayants droit, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que celle-ci, lorsqu'elle porte sur la réparation de leurs préjudices personnels, ne doit pas être confondue avec l'action successorale (2^e Civ., 20 mars 2008, pourvoi n° 07-15.807, *Bull.* 2008, II, n° 72).

La victime dite « environnementale » doit, en principe, rapporter par elle-même la double preuve de la maladie dont elle est atteinte et de son lien de causalité avec une exposition à l'amiante. La commission d'examen des situations d'exposition à l'amiante, instituée au sein du FIVA, peut jouer ici un rôle déterminant, selon la qualité probante des justificatifs produits par la victime à l'appui de sa demande d'indemnisation.

Pour les salariés pris en charge au titre de la législation professionnelle, le texte prévoit que « vaut justification de l'exposition à l'amiante la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité, ainsi que le fait d'être atteint d'une maladie provoquée par l'amiante et figurant sur une liste établie par arrêté des ministres chargés du travail et de la sécurité sociale ».

La Cour de cassation a été confrontée à des difficultés concernant le domaine de cette présomption et sa force.

Il a d'abord été jugé que la présomption d'imputabilité de la maladie professionnelle à une exposition à l'amiante était irréfragable, la commission d'examen des situations d'exposition à l'amiante étant alors sans compétence pour donner l'avis qui est normalement de son office (2^e Civ., 21 décembre 2006, pourvoi n° 06-13.056, *Bull.* 2006, II, n° 367).

Mais, dans deux arrêts postérieurs, la deuxième chambre civile a été conduite à étendre le domaine d'application de la présomption au décès, en retenant que la prise en charge de la maladie au titre de la législation professionnelle faisait présumer le lien de causalité entre l'exposition à l'amiante et « la maladie et le décès » (2^e Civ., 25 octobre 2007, pourvoi n° 06-21.392, *Bull.* 2007, II, n° 242; 2^e Civ., 8 janvier 2009, pourvoi n° 08-12.376, *Bull.* 2009, II, n° 6).

La force de la présomption posait alors problème dans la mesure où, si le lien de causalité entre l'exposition à l'amiante et la maladie pouvait demeurer irréfragable, celui entre la

maladie et le décès ne pouvait être que simplement présumé. La victime atteinte d'une maladie imputable à une exposition à l'amiante pouvant à l'évidence décéder d'une tout autre cause, le FIVA doit alors être recevable à rapporter la preuve d'une telle cause.

Mais la présomption attachée aux effets de la décision de prise en charge au titre de la législation professionnelle ne pouvant être divisée, la deuxième chambre civile a donc infléchi sa jurisprudence en retenant que la présomption établissant le lien de causalité entre l'exposition à l'amiante et « la maladie ou le décès », était une présomption simple, susceptible de preuve contraire (2^e Civ., 7 mai 2009, pourvoi n° 08-13.591, *Bull.* 2009, II, n° 118), notamment par la production de l'avis de la commission d'examen des situations d'exposition à l'amiante.

Chapitre 2. Sécurité sociale

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, l'institution de la sécurité sociale conduit à inscrire la couverture des risques et aléas de l'existence dans une perspective radicalement nouvelle, qui s'écarte de la conception traditionnelle du risque. Elle vient couronner une évolution qui, née de la prise de conscience de l'inadaptation des techniques traditionnelles de couverture des risques (qu'il s'agisse de la solidarité familiale, de la responsabilité civile pour faute, de la solidarité professionnelle et de la mutualité, voire de l'assistance), a donné naissance à un ensemble de mécanismes originaux appliqués initialement aux salariés de l'industrie et du commerce (voire à certains d'entre eux seulement en raison de la modicité de leur rémunération) avant que les pouvoirs publics ne procèdent à leur extension à l'ensemble de la population active, et même à l'ensemble de la population.

Cette évolution s'est faite, dès la fin du XIX^e siècle, dans trois directions :

- adaptation des règles de la *responsabilité civile*, consacrant la théorie du risque : il en va ainsi de la prise en charge des accidents du travail selon les dispositions de la loi du 9 avril 1898, dont les principes subsistent, pour partie, dans la couverture des risques professionnels par la sécurité sociale ;
- création des *assurances sociales* : reprenant les principes de la mutualité, elles en améliorent l'efficacité en rendant obligatoire l'affiliation aux assurances sociales des salariés auxquels elles s'appliquent et en doublant la contribution de ces derniers d'une contribution à la charge de l'employeur, le tout sous la tutelle de la puissance publique. Instituées dans l'Allemagne des années 1880 sous l'égide du chancelier Bismarck, les assurances sociales se développent dans les autres pays européens. La France s'y ralliera, non sans débats et attermoiements, à la fin des années 1920 (lois des 5 avril 1928 et 30 avril 1930) ;
- compensation des *charges familiales* : née de l'engagement de certains employeurs après le premier conflit mondial, elle a été généralisée par les pouvoirs publics à l'ensemble des salariés (loi du 11 mars 1932) avant son extension à l'ensemble de la population active par le code de la famille du 29 juillet 1939, au *sursalaire familial* se substituant alors les *allocations familiales*.

Portée par les réflexions menées pendant la Seconde Guerre mondiale (mention doit être faite du rapport Beveridge et du programme du Conseil national de la Résistance), la sécurité sociale s'inscrit dans une perspective nettement plus ambitieuse et tend, au moins

à terme, à la couverture de l'ensemble de la population contre l'ensemble des risques au moyen d'une organisation unifiée, cet ensemble participant au demeurant, dans l'esprit de réforme qui anime ses fondateurs, des exigences de la démocratie économique et sociale.

De la sécurité sociale, l'on retiendra ainsi qu'elle est à la fois :

- une *technique de couverture des risques*, que caractérise son application, à titre obligatoire, à l'ensemble de la population ;
- une *institution* fondée sur les exigences du principe de la solidarité nationale (article L. 111-1, alinéa 1^{er}, du code de la sécurité sociale) ;
- un *principe politique*, qui range la garantie contre les risques et aléas de l'existence au nombre des libertés et droits fondamentaux (préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alinéa 11) et confère à l'État un rôle majeur dans sa mise en œuvre.

Si les pouvoirs publics ne sont pas parvenus à réaliser dans l'immédiat les objectifs que leur assignaient les dispositions de l'ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale, l'institution de la sécurité sociale a, au fil du temps, étendu ses effets à l'ensemble de la population active, voire à l'ensemble de la population pour certains risques (soins de santé et charges de famille). L'évolution de la sécurité sociale a été également portée par un effort constant d'harmonisation des prestations et d'extension des ressources en dépit de la distinction persistante des régimes propres à chacune des grandes catégories socioprofessionnelles de la société française.

L'on mentionnera enfin l'importance de la sécurité sociale dans les données économiques et sociales de la France. Ses ressources représentent le cinquième environ du produit intérieur brut de la France, finançant pour l'essentiel des dépenses de redistribution entre les ménages⁹⁴. C'est d'ailleurs au Parlement qu'il incombe, depuis 1996, de pourvoir à la détermination des conditions de l'équilibre financier de l'institution par l'examen et le vote des lois de financement de la sécurité sociale.

L'institution de la sécurité sociale conduit ainsi à un *déplacement* du poids des risques et des charges auxquels est exposée la population, chacun étant appelé à contribuer selon ses moyens au financement d'un ensemble de prestations qui couvrent, en partie au moins, les conséquences de leur survenance, leur prise en charge procédant le plus souvent de la seule réunion des conditions objectives fixées par des règles d'ordre public. L'incidence de la théorie du risque, au sens classique du terme, n'est toutefois pas exclue, comme en témoignent d'une certaine manière les dispositions propres à la prise en charge des accidents du travail et des maladies professionnelles.

94. Selon les rectifications opérées en fin d'année par la loi n° 2011-1906 de financement de la sécurité sociale pour 2012 (article 4), les dépenses des régimes obligatoires de base de sécurité sociale au titre de l'année 2011 s'élèvent à 442,2 milliards d'euros (maladie : 181,3 milliards d'euros ; vieillesse : 202,6 milliards d'euros ; famille : 55,5 milliards d'euros ; accidents du travail et maladies professionnelles : 12,9 milliards d'euros).

Section 1. Le risque dans la branche accidents du travail, maladies professionnelles

Dès la fin du XIX^e siècle, la suprématie de la faute comme fondement de la responsabilité civile a été remise en cause, en particulier par Saleilles, qui forge la théorie du risque : « toute activité qui fonctionne pour autrui fonctionne au risque d'autrui et c'est celui qui en a la direction qui doit en payer les risques ». C'est sur ce fondement qu'a été votée la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, laquelle a introduit pour la première fois un régime de responsabilité objective, sans faute.

Il est vrai que la voie avait déjà été tracée en ce sens par le célèbre arrêt Teffaine, rendu le 16 juin 1896 par la Cour de cassation (Civ., 16 juin 1896, *D.P.* 1897, I, 433, note Saleilles, concl. Sarrut ; *S.* 1897, I, 17, note Esmein) : à l'occasion de l'accident mortel dont un marin a été victime à la suite de l'explosion de la chaudière d'un remorqueur, la Cour a retenu la responsabilité de l'employeur, sans qu'il soit nécessaire de démontrer une faute de ce dernier dans l'exploitation de l'embarcation. La haute juridiction a considéré que l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil, qui n'était considéré jusqu'ici que comme une simple annonce des articles 1384, alinéa 4, 1385 et 1386, contient un principe général de responsabilité du fait des choses, distinct de celui de l'article 1382.

Fruit d'un compromis opéré par le législateur entre les intérêts opposés des employeurs et des salariés (voir X. Prétot, « Le risque professionnel et la sécurité sociale » *in L'Esprit de réforme dans la sécurité sociale à travers son histoire* [Actes du colloque du soixantième anniversaire de la sécurité sociale], Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, 2006, p. 71), la loi du 9 avril 1898 accorde une réparation automatique, mais forfaitaire, à la victime d'un accident du travail ou à ses ayants droit, consacrant en quelque sorte un « deal en béton » (J.-J. Dupeyroux, « Un deal en béton ? », *in Dr. soc.* 1998, p. 631). Il s'agit d'une responsabilité spécifique, qui fait obstacle à l'application des règles du droit commun de la responsabilité civile, qu'il s'agisse du fait générateur de la responsabilité ou des modalités d'indemnisation du préjudice. Il s'agit également d'une responsabilité pour risque pesant sur l'employeur, pouvant être mise en œuvre sans qu'il soit nécessaire de démontrer une quelconque faute de ce dernier.

Ultérieurement, la loi du 25 octobre 1919 a étendu ce régime de responsabilité pour risque, nettement distinct des règles de droit commun de la responsabilité civile, aux maladies professionnelles, dont elle crée les deux premiers tableaux.

L'intégration de l'indemnisation des risques professionnels dans la sécurité sociale s'est traduite, dans l'immédiat après-guerre, par l'extension de la couverture des accidents du travail et de la maladie professionnelle aux accidents de trajet, opérée par la loi n° 46-2425 du 30 octobre 1946.

Dès l'avènement de la responsabilité pour risque en droit de la sécurité sociale, se sont dégagées deux conceptions très différentes du risque : le risque résultant de l'autorité de l'employeur, dominant essentiellement la notion d'accident du travail (sous-section 1), et le risque résultant de l'emploi, imprégnant principalement celle de la maladie professionnelle (sous-section 2).

Sous-section 1. Accident du travail : la théorie du risque lié à l'autorité de l'employeur

La jurisprudence a opté, pour caractériser l'accident du travail, en faveur de la théorie du risque lié à l'*autorité de l'employeur* : l'accident ne peut engager la responsabilité de ce dernier que s'il est survenu alors que le salarié se trouvait sous sa surveillance (Ch. réunies, 28 juin 1962, pourvois n° 59-50.495 et n° 59-50.496, *Bull.* 1962, Ch. réunies, n° 6; *JCP* 1962, II, 12822, concl. Lindon : est réputé accident du travail « tout accident survenu à un travailleur alors qu'il est soumis à l'autorité ou à la surveillance de son employeur »).

– La victime doit donc avoir conclu un contrat de travail avec l'employeur⁹⁵. Il peut même s'agir d'un salarié non déclaré, victime du délit de travail dissimulé prévu à l'article L. 8221-1 3° du code du travail.

Il est vrai que, compte tenu de la définition particulièrement extensive de l'accident du travail donnée par l'article L. 411-1 du code du travail, aux termes duquel « est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail », le juge aurait pu retenir une conception plus large encore de l'accident du travail. Mais la position restrictive de la jurisprudence se justifie, dans la mesure où le taux des cotisations de la branche accident du travail varie en fonction de l'importance du risque encouru au sein de chaque entreprise dans laquelle s'exercent les classiques pouvoirs de direction et de contrôle de l'employeur.

– Si pertinent que soit le critère du risque lié à l'autorité de l'employeur, il convient néanmoins de nuancer son application au regard de la présomption simple d'imputabilité de l'accident au travail, posée par l'article L. 411-1 du code du travail. Selon ces dispositions, l'accident dont le salarié est victime est présumé accident du travail, s'il est survenu au *temps* et au *lieu* du travail (J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 16^e éd., 2008, n° 850).

Cette présomption simple peut être renversée, tant par l'employeur que par la caisse, dans deux hypothèses. C'est le cas, en premier lieu, lorsque l'accident a une *origine totalement étrangère* au travail. Toutefois, en pratique, l'établissement de cette cause étrangère constitue une véritable *probatio diabolica* pour l'employeur, le simple doute profitant au salarié victime de l'accident (Soc., 4 mai 1977, pourvoi n° 76-12.039, *Bull.* 1977, V, n° 293). Cela est d'autant plus vrai que la notion d'autorité de l'employeur a été étirée à l'extrême par la jurisprudence : il a en particulier été jugé que le meurtre d'un salarié, même pour des raisons totalement étrangères au travail, demeurerait un accident du travail dans la mesure où cette infraction résultait d'un défaut de contrôle par l'employeur des locaux de l'entreprise (2^e Civ., 25 octobre 2007, pourvoi n° 06-19.860; Soc., 15 juin 1995, pourvoi n° 93-20.688, *Bull.* 1995, V, n° 199; Soc., 10 juin 1987, pourvoi n° 85-16.868, *Bull.* 1987, V, n° 373; Soc., 29 avril 1981, pourvoi n° 80-10.187, *Bull.* 1981, V, n° 364). De même, ne peut être considéré comme s'étant soustrait à l'autorité de son employeur le salarié qui déclenche une rixe au temps et au lieu du travail (2^e Civ., 12 juillet 2007, pourvoi n° 06-17.256; *RJS* 2007,

95. À l'exception des personnes auxquelles les articles L. 412-2 et L. 412-8 du code de la sécurité sociale étendent la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles.

n° 1206). En second lieu, la présomption d'imputabilité peut être écartée lorsque la victime s'est *soustraite délibérément à l'autorité* de l'employeur. Mais, là encore, la preuve sera très difficile à rapporter pour ce dernier, la simple désobéissance du salarié ne suffisant pas à caractériser une telle soustraction (2^e Civ., 12 juillet 2007, pourvoi n° 06-17.256 précité ; Soc., 23 mai 1996, pourvoi n° 94-13.294, *Bull.* 1996, V, n° 206 ; Soc., 20 février 1980, pourvoi n° 79-10.593, *Bull.* 1980, V, n° 163 ; Soc., 21 avril 1977, pourvoi n° 76-12.600, *Bull.* 1977, V, n° 264 ; Soc., 3 juin 1966, pourvoi n° 65-11.487, *Bull.* 1966, V, n° 551). Cette preuve ne pourra être retenue en définitive qu'en cas de désobéissance caractérisée du salarié, telle qu'un abandon de poste par ce dernier (Soc., 4 février 1971, pourvoi n° 70-10.205, *Bull.* 1971, V, n° 91 ; Soc., 16 décembre 1965, pourvoi n° 64-14.274, *Bull.* 1965, IV, n° 942) ou un refus d'exécuter un ordre de l'employeur (CA Pau, 7 mars 1968, *JCP* 1968, éd. G, IV, p. 183).

– Pour que la présomption d'imputabilité au travail puisse jouer, la victime doit, au préalable, établir la réalité de la lésion ainsi que sa survenance au temps et au lieu du travail. Mais cette exigence est plus apparente que réelle, la jurisprudence faisant une application particulièrement extensive de ces deux dernières notions.

L'accident du travail doit tout d'abord survenir au sein de l'entreprise. Celle-ci s'entend, de façon large, de l'ensemble des locaux et dépendances où l'employeur est fondé à exercer son autorité et son contrôle : il peut s'agir indifféremment des postes et lieux de travail, de leurs dépendances, dès lors que les salariés y demeurant se trouvent toujours sous le contrôle et l'autorité de leur employeur. Tel est notamment le cas des vestiaires ou des réfectoires de l'entreprise (Soc., 20 novembre 1980, pourvoi n° 79-12.454, *Bull.* 1980, V, n° 842 ; Soc., 11 juin 1970, pourvoi n° 69-12.567, *Bull.* 1970, V, n° 404 ; *JCP* 1971, CI, II, 10007, note J. Juttard) ou encore des cours et des parkings (Ass. plén., 3 juillet 1987, pourvois n° 86-14.914 et n° 86-14.917 (deux arrêts), *Bull.* 1987, Ass. plén., n° 3 ; *D.* 1987, p. 573, note J. Cabannes).

Par exception, « un accident qui se produit à un moment où le salarié ne se trouve plus sous la subordination de l'employeur constitue un accident du travail, dès lors que le salarié établit qu'il est survenu par le fait du travail » (2^e Civ., 22 février 2007, pourvoi n° 05-13.771, *Bull.* 2007, II, n° 54 ; *D.* 2007, p. 791 ; *JCP* 2007, éd. S, 1429, note D. Asquinazi-Bailleux ; *JCP* 2007, éd. E, 1431 ; *in Dr. soc.* 2007, p. 836, note L. Milet). Le cas typique est celui du salarié en congé maladie qui commet une tentative de suicide à son domicile, en raison d'un syndrome dépressif lié à une dégradation des relations de travail. Comme le souligne un auteur, « le lien d'autorité, loin de s'évanouir, accable le travailleur jusque dans sa sphère privée » (P. Morvan, *Droit de la protection sociale*, Litec, 4^e éd., 2009, n° 107).

L'accident du travail doit ensuite survenir pendant le temps du travail, c'est-à-dire celui au cours duquel le salarié se trouve, là encore, soumis au contrôle et à l'autorité du chef d'entreprise. Ce temps du travail, qui est entendu largement en jurisprudence, englobe non seulement l'horaire de travail proprement dit, mais aussi le temps passé par les salariés avant le travail dès lors que leur présence est connue de l'employeur et en rapport avec leur activité professionnelle (Civ., 18 avril 1923, *in Gaz. Pal.* 1923, 2, 32), ainsi que celui passé par ces mêmes salariés après le travail, en particulier lors du rangement du matériel (Soc., 4 mai 1962, pourvoi n° 61-10.793, *Bull.* 1962, IV, n° 406). Le temps de travail inclut par ailleurs les temps de pause, de repas, d'astreinte, et s'étend à l'exercice des fonctions syndicales du

salarié (Soc., 25 janvier 1989, pourvoi n° 87-10.165, *Bull.* 1989, V, n° 68 ; *RJS* mars 1989, n° 274), à condition toutefois que le temps consacré à ces dernières n'excède pas le cadre normal du mandat syndical (Soc., 28 avril 1986, pourvoi n° 84-12.232, *Bull.* 1986, V, n° 188).

Les accidents s'inscrivant lors d'une mission confiée au salarié par l'employeur sont désormais couverts par la présomption d'imputabilité puisque subsiste, là encore, l'autorité de l'employeur pendant la mission. Par deux arrêts du 19 juillet 2001, la Cour de cassation affirme que l'accident survenu en mission est présumé imputable à l'accomplissement de celle-ci, sauf la possibilité pour l'employeur ou la caisse de rapporter la preuve que le salarié avait interrompu sa mission pour un motif personnel (Soc., 19 juillet 2001, pourvoi n° 99-21.536, *Bull.* 2001, V, n° 285). Cette analyse est partagée par le Conseil d'État, lequel a transposé cette formule à la définition de l'« accident de service » dont est victime un agent public et qui, selon le statut de la fonction publique, lui ouvre droit au maintien intégral de son traitement (CE, 3 décembre 2004, n° 260786, publié au *Recueil Lebon* ; J. Davia, « L'extension de la notion d'accident de service pour les agents publics en mission », *in D.* 2005, p. 941).

– Si l'accident est survenu en dehors du lieu ou en dehors du temps de travail, la victime doit démontrer non seulement sa matérialité ainsi que l'existence de la lésion, mais encore son imputabilité au travail. Le critère de l'autorité de l'employeur la contraint à établir qu'elle s'en tenait, lors de la survenance de l'accident, à l'exécution des tâches que son employeur lui avait confiées.

– L'article L. 411-2 du code de la sécurité sociale assimile pour partie à l'accident de travail l'accident de trajet. La jurisprudence en a précisé les contours : « constitue un accident de trajet tout accident dont est victime le travailleur à l'aller ou au retour entre le lieu où s'accomplit le travail et sa résidence dans des conditions où il n'est pas encore, ou n'est plus soumis aux instructions de l'employeur » (Ass. plén., 5 novembre 1992, pourvoi n° 89-17.472, *Bull.* 1992, Ass. plén., n° 11 ; *Dr. soc.* 1992, p. 1019, concl. Kessous ; *JCP* 1993, éd. G, II, 21980). Si cet accident survient alors que le salarié ne se trouvait plus placé sous l'autorité et la dépendance de l'employeur, il conserve cependant un lien avec l'exécution du contrat de travail, *ratione loci* et *ratione temporis* : le trajet suivi par le salarié doit, en premier lieu, correspondre au parcours normal qui mène du domicile au lieu de travail et doit, en second lieu, correspondre au temps normal, compte tenu de l'horaire de travail et de la durée du parcours. Mais on glisse alors progressivement du risque lié à l'autorité au risque lié à l'emploi. Le coût des accidents de trajet n'est d'ailleurs pas imputé à l'employeur (voir *infra*, livre 3, titre 1, chapitre 1, section 3, sous-section 1).

Sous-section 2. Maladie professionnelle : la théorie du risque lié à l'emploi

Le droit de la sécurité sociale a opté, pour caractériser la maladie professionnelle, en faveur de la théorie du risque lié à l'emploi

A. Risque-emploi et reconnaissance de la maladie professionnelle dans le cadre de tableaux

Longtemps, la prise en charge des maladies professionnelles est demeurée exclusivement subordonnée à l'inscription de l'affection du salarié au nombre des maladies professionnelles

reconnues et classées par tableaux (numérotés de 1 à 98) et à la réunion de conditions d'exposition au risque et d'activité requises (X. Prétot, *Les Grands Arrêts du droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 2^e éd., 1998, p. 92). Ces tableaux sont édictés et complétés par décret simple sur avis du Conseil supérieur de la prévention des risques professionnels. Leurs modifications suivent l'évolution du risque-emploi, déterminé à partir de statistiques et d'études épidémiologiques.

L'article L. 461-1 du code de la sécurité sociale pose une présomption d'origine professionnelle au bénéfice de toute maladie désignée dans un tableau de maladies professionnelles et contractée dans les conditions mentionnées à ce dernier. Chaque tableau précise la nature des travaux susceptibles de provoquer la maladie et énumère les affections provoquées ainsi que le délai dans lequel la maladie doit être constatée après la cessation de l'exposition du salarié au risque identifié pour être prise en charge.

Pour être prise en charge au titre de la législation professionnelle, la victime doit établir qu'elle est atteinte d'une des maladies faisant l'objet de l'un des tableaux⁹⁶, qu'elle a exercé l'une des activités susceptibles, selon les tableaux, de provoquer la maladie, enfin, que le délai d'incubation prescrit par le tableau a été respecté.

Dès que l'ensemble de ces conditions est réuni, la maladie dont souffre le salarié est présumée d'origine professionnelle (article L. 461-1 du code de la sécurité sociale). Mais la force de cette présomption n'est que simple et l'employeur comme la caisse peuvent, du moins en théorie, la renverser en établissant que le travail était totalement étranger à la survenance de la maladie.

B. Risque-emploi et reconnaissance individuelle de la maladie professionnelle

Depuis la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993, une maladie professionnelle qui ne figure sur aucun tableau peut néanmoins être qualifiée de professionnelle, au terme d'une reconnaissance par le comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles (CRMPP) saisi par la caisse (2^e Civ., 5 avril 2007, *JCP* 2007, éd. S, 1771 et *JCP* 2007, éd. E, 2450, commentaire T. Tauran) ou par l'assuré (Soc., 5 mars 1998, pourvoi n° 96-15.326, *Bull.* 1988, V, n° 121). Le risque lié à l'emploi est toujours très présent dans la mesure où l'expertise technique doit établir que la maladie a été « essentiellement et directement causée par le travail habituel de la victime » et a entraîné le décès ou une incapacité permanente partielle d'un taux minimal de 25 %.

Par ailleurs, si fait défaut une des conditions d'un tableau de maladie professionnelle, tenant au délai de prise en charge, à la durée d'exposition au risque ou à la liste limitative des travaux, la maladie peut également être qualifiée de professionnelle, selon la même procédure.

96. La jurisprudence fait une application littérale de ces tableaux : Soc., 1^{er} avril 1987, *D.* 1988, somm. 28, obs. X. Prétot ; Soc., 29 mai 1997, *RJS* août-septembre 1997, n° 1029 ; Soc., 9 décembre 1999, pourvoi n° 97-21.527, *Bull.* 1999, V, n° 480 ; 2^e Civ., 4 novembre 2003, pourvois n° 02-30.086 et n° 02-30.065 ; 2^e Civ., 17 mai 2004, pourvoi n° 03-11.968 ; 2^e Civ., 18 janvier 2005, pourvoi n° 03-30.323.

Dans les deux cas, si l'avis motivé du CRMPP s'impose à la caisse, la victime comme l'employeur peuvent le contester devant le tribunal des affaires de sécurité sociale, lequel doit alors solliciter un nouvel avis auprès d'un autre comité (article R. 142-24-2 du code de la sécurité sociale).

Section 2. Le risque dans les dispositifs spécifiques de l'amiante

L'importance du nombre des personnes atteintes d'une affection liée à l'exposition à l'amiante et à ses dérivés ainsi que la gravité de l'état de nombre d'entre elles ont amené les pouvoirs publics à adopter des mesures de réparation spécifiques. Certaines d'entre elles ne sont pas étrangères à la théorie du risque.

En premier lieu, la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, modifiée par ailleurs sur certains points depuis lors, a créé une allocation de cessation anticipée servie aux salariés et anciens salariés des établissements de fabrication de matériaux contenant de l'amiante. Le financement est assuré, à travers le fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, principalement par une contribution de la branche accidents du travail et maladies professionnelles.

Ouverte aux salariés et anciens salariés des établissements de fabrication de matériaux contenant de l'amiante, des établissements de flochage et de calorifugeage à l'amiante et de construction et de réparation navales, l'allocation est subordonnée à deux conditions essentielles tenant, l'une, à l'exercice par le salarié de l'un des métiers énumérés par un arrêté interministériel, l'autre, à l'exercice de son activité au sein d'un établissement figurant sur une liste établie par un arrêté interministériel⁹⁷. Le salarié doit être enfin âgé de cinquante ans au moins et de soixante ans au plus, l'âge minimal d'ouverture du droit étant déterminé en fonction, d'une part, de la durée du travail effectué dans un ou plusieurs des établissements figurant sur la liste, d'autre part, de la durée d'exercice de l'un des métiers susmentionnés au sein de tels établissements.

L'application de ces dispositions a conduit ainsi la Cour de cassation à s'assurer, notamment, de la réunion des conditions d'*exposition au risque*, qui déterminent, en particulier, le bénéfice de l'allocation de cessation anticipée d'activité : le droit à l'allocation ne saurait être ouvert lorsque celui qui en fait la demande n'a pas exercé son activité dans un établissement inscrit sur la liste fixée par arrêté ou bien l'a exercée au cours d'une période non retenue par celui-ci (2^e Civ., 12 juin 2007, pourvoi n° 06-15.051 ; 2^e Civ., 4 juillet 2007, pourvoi n° 06-21.701 ; 2^e Civ., 8 octobre 2009, pourvoi n° 08-20.599, 2^e Civ., 18 février 2010, pourvoi n° 09-65.944, *Bull.* 2010, II, n° 39). Il n'y a toutefois pas lieu de déduire, pour l'appréciation de la durée de l'activité exercée par l'intéressé, les périodes indemnisées au titre de l'assurance maladie ou des accidents du travail et maladies professionnelles (2^e Civ.,

97. Nombre d'arrêtés sont intervenus successivement à cet effet, la question donnant lieu d'ailleurs à un abondant contentieux devant les juridictions de l'ordre administratif (voir CE, 6 novembre 2000, Société anonyme SMSL Briens Lamoureux, n° 209283 et n° 212777, *Recueil Lebon*, tables, p. 1204, CE, 4 décembre 2002, SARL CRM, n° 234335, *Recueil Lebon*, tables, p. 930).

17 mars 2011, pourvoi n° 10-17.214, *Bull.* 2011, II, n° 73 ; *JCP* 2011, éd. S, 1404, note T. Tauran ; *RJS* juin 2011, n° 545).

En second lieu, un fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante a été créé par la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000. Nous nous permettons de renvoyer sur ce point au chapitre 1, section 2 ci-dessus.

Chapitre 3. Protection des salariés contre les risques d'insolvabilité de l'employeur et de chômage

Section 1. Risques affectant l'entreprise : garantie des créances salariales

S'il ne peut être assimilé au régime des assurances sociales, beaucoup plus ancien, le dispositif de garantie de paiement des créances salariales en cas de défaillance de l'employeur liée à un état d'insolvabilité présente toutefois certaines similitudes, en ce qu'il repose sur un mécanisme de garantie collective, même s'il est plus proche de l'assurance. Financé par une cotisation patronale pesant sur tous les employeurs et dont l'assiette est la même que celle de l'assurance chômage (*infra*), ce système de garantie est géré par une association (AGS : association pour la gestion de l'assurance des créances de salaires), par l'intermédiaire de centres de gestion et d'étude AGS (CGEA), implantés localement, le recouvrement des cotisations étant toutefois assuré par les URSSAF.

Cette garantie, organisée par les articles L. 3253-6 à L. 3253-21 du code du travail, n'est applicable que lorsque l'employeur fait l'objet d'une procédure collective. Les créances résultant du contrat de travail antérieures au jugement d'ouverture, y compris celles qui résultent de sa rupture, en bénéficient (article L. 3253-8 1° du code du travail). Celles qui résultent de la rupture du contrat de travail dans le cadre des procédures de sauvegarde, de redressement ou de la liquidation judiciaire sont également couvertes, mais à la condition que le licenciement s'opère aux conditions et dans les délais que déterminent les dispositions de l'article L. 3253-8, 2° à 4°, du code du travail, et dans la limite du plafond prévu par les articles L. 3253-17 et R. 3253-5 du même code.

La garantie est mise en œuvre dans le cadre de la procédure de vérification du passif salarial et ne se traduit pas par un paiement direct de l'AGS au salarié. L'AGS n'avance les sommes nécessaires au paiement du passif salarial qu'à la demande et entre les mains du mandataire de justice, en jouissant alors d'une subrogation partielle dans les droits du salarié bénéficiant de la garantie (article L. 3253-16 du code du travail). Pour les créances qui préexistent à l'ouverture de la procédure collective, le champ d'application de la garantie est appréhendé de manière très large : les créances relevant de la garantie de l'AGS sont celles qui se rapportent à l'exécution ou à la rupture du contrat de travail. Cette garantie couvre ainsi, par exemple, des créances indemnitaires dues au salarié en raison d'un prêt illicite de main-d'œuvre (Soc., 9 novembre 2004, pourvoi n° 02-45.048, *Bull.* 2004, V, n° 280) ou du non-paiement de cotisations sociales (Soc., 24 octobre 2006, pourvoi n° 04-46.622, *Bull.* 2006, V, n° 317), ou encore des créances reconnues dans une transaction conclue à l'occasion d'une médiation consécutive à la rupture du contrat (Soc., 25 janvier 2006, pourvoi n° 03-45.444, *Bull.* 2006, V, n° 22). Quant au champ géographique de la garantie, la

chambre sociale a été amenée à se prononcer sur la situation des salariés dont l'employeur fait l'objet d'une procédure collective ouverte en Polynésie française, où il n'existe pas de dispositif de garantie des créances salariales. Elle a retenu que la garantie de l'AGS devait s'appliquer dès lors que le salarié avait accompli son travail en métropole (Soc., 5 janvier 2011, pourvoi n° 09-69.035, *Bull.* 2011, V, n° 2).

Pour le reste, s'agissant d'un dispositif d'assurance, la garantie ne joue que lorsque les conditions posées par le code du travail sont remplies. Ainsi, lorsqu'une procédure de sauvegarde est ouverte, l'AGS ne garantit pas les créances nées avant l'ouverture parce que tel est le choix du législateur, qui n'a pas voulu qu'une entreprise qui n'est pas en état de cessation des paiements trouve dans cette procédure le moyen de se dispenser du paiement des salaires (Soc., 10 mars 2009, pourvoi n° 07-45.326, *Bull.* 2009, V, n° 65). De même, les créances qui résultent d'une rupture du contrat de travail postérieure à l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ne sont couvertes qu'à la condition que cette rupture procède d'une initiative du mandataire judiciaire habilité à licencier, de sorte que la garantie est exclue en cas de résiliation judiciaire ou de prise d'acte postérieure au jugement d'ouverture (Soc., 14 octobre 2009, pourvoi n° 07-45.257, *Bull.* 2009, V, n° 222; Soc., 3 avril 2002, pourvoi n° 99-43.492, *Bull.* 2002, V, n° 116). C'est en effet l'initiative prise par l'administrateur ou le liquidateur judiciaire qui constitue le fait générateur de la garantie due à ce titre.

Section 2. Risques affectant l'emploi : garanties liées au chômage

Sous-section 1. Présentation

S'il est nécessaire de protéger le salarié contre un risque d'insolvabilité de l'employeur qui le priverait du bénéfice de créances salariales ou indemnitaires, cette protection étant d'ailleurs prévue par la Directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, celui-ci est encore menacé, après la perte de son emploi, par un état de chômage le privant de ressources. Ce risque, plus que jamais d'actualité, est pris en charge par l'assurance chômage et, lorsque celle-ci ne peut être mise en œuvre, par un régime « de solidarité » financé par un fonds alimenté par les contributions à la charge des fonctionnaires et, si nécessaire, par des crédits publics.

Bénéficiant à tous les salariés du secteur privé, l'assurance chômage est alimentée par des cotisations qui pèsent à la fois sur les employeurs et sur leur personnel, avec la même assiette que celle des cotisations de sécurité sociale. Elle donne lieu à la conclusion, par les partenaires sociaux, de conventions définissant les conditions de garantie. La gestion du régime est assurée de manière paritaire à travers l'UNEDIC au niveau national et le pôle emploi localement. Sa mise en œuvre suppose l'existence d'une période d'affiliation minimale pour le salarié au chômage et l'assurance ne s'applique qu'à la condition que la perte d'emploi soit involontaire, ce qui est le cas lorsqu'elle résulte d'un licenciement. L'évolution contemporaine du dispositif se caractérise par un renforcement de l'aide à la recherche d'emploi (définition d'un « projet personnalisé d'accès à l'emploi » avec le pôle emploi et des éléments constitutifs d'une « offre raisonnable d'emploi »), avec pour corollaire un renforcement des obligations de recherche d'emploi mises à la charge de l'allocataire et des sanctions encourues.

L'obligation d'assurance qui pèse sur chaque employeur pour garantir une protection contre le chômage comporte une dérogation pour les employeurs relevant du secteur public, définie à l'article L. 5424-1 du code du travail : ceux-ci assurent eux-mêmes la charge et la gestion de l'allocation d'assurance, sauf la faculté qui leur est accordée de confier cette gestion à un organisme gestionnaire de l'assurance chômage ou, pour certains d'entre eux, d'adhérer volontairement ou d'opter définitivement pour le régime général de l'assurance chômage (article L. 5424-2 du code du travail). Cette situation particulière faite aux employeurs publics a soulevé une difficulté de détermination de l'ordre de juridiction compétent pour connaître du contentieux relatif à la garantie due par la personne publique lorsque le salarié a occupé un emploi que la loi qualifie de contrat de droit privé. Le tribunal des conflits a été conduit à juger que le litige opposant une commune à un agent employé en vertu d'un contrat emploi-solidarité, par suite du refus de cet employeur public de prendre en charge l'indemnisation du chômage consécutif à la perte de l'emploi, relevait des juridictions de l'ordre judiciaire (Tribunal des conflits, 30 juin 2008, pourvoi n° 08-03.641, *Bull.* 2008, T. conflits, n° 19; Tribunal des conflits, 15 décembre 2008, pourvoi n° 08-03.685, *Bull.* 2008, T. conflits, n° 36).

Enfin, la dernière convention d'assurance chômage, conclue le 6 mai 2011, sans modifier l'architecture d'ensemble du dispositif conventionnel, a notamment aligné la durée d'indemnisation sur la durée de travail antérieurement accompli, avec un avantage accordé aux chômeurs de plus de cinquante ans compte tenu de leur difficulté à retrouver un emploi (période de référence et d'indemnisation plus longues), et cherché à favoriser davantage un retour à l'emploi (projet personnalisé d'accès à l'emploi, cumul avec la rémunération en cas de reprise d'une activité réduite, aide différentielle au reclassement, aide à la création d'entreprise, etc.). Et lorsque ce régime d'assurance contre le chômage ne peut s'appliquer, c'est le régime dit « de solidarité » qui garantira une indemnisation, sous la forme du versement d'une allocation de solidarité spécifique, soumise à des conditions de durée d'activité et de ressources (allocation de solidarité spécifique, RSA, allocation temporaire d'attente).

On voit donc que ces deux dispositifs ont pour objet d'assurer la protection des salariés contre les risques d'insolvabilité de l'employeur ou de perte d'emploi, qui constituent les principales menaces pesant sur les travailleurs, et qu'ils font intervenir pour une large part un système d'assurance, complété par un concours de la solidarité nationale.

Sous-section 2. Garanties

A. Chômage partiel

L'on peut aussi évoquer le régime du chômage partiel car il a pour objectif de permettre à l'entreprise de s'adapter à des difficultés conjoncturelles tout en protégeant le personnel contre un risque de diminution ou de perte de rémunération. La conjugaison d'une allocation spécifique prise en charge par la collectivité publique et d'allocations complémentaires a pour finalité d'éviter des licenciements et de garantir ainsi les travailleurs contre un risque touchant leur emploi et lié aux aléas économiques qui affectent l'activité de l'employeur. Mais la chambre sociale a été conduite à dire que ce régime ne prenait pas en charge le paiement des heures supplémentaires, sauf convention plus favorable (Soc., 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-40.865, *Bull.* 2008, V, n° 202).

B. Contrats de travail aidés

Un moyen de protection contre le risque de chômage qui menace les travailleurs, spécialement lorsque leur âge, leur niveau de formation, voire leur lieu de résidence les placent dans une position défavorable sur le marché du travail, est constitué par le recours aux contrats « aidés », que le législateur contemporain a favorisés, et qui permettent à l'employeur de bénéficier, dans le cadre d'une convention le liant à l'État, de mesures d'aide financière ou d'exonérations de charges. Ils visent ainsi à encourager l'embauche par l'attribution d'avantages financiers.

Si l'efficacité de ces mesures dans la lutte contre l'emploi précaire a été contestée, elles n'ont pas pour autant été abandonnées et reviennent dans l'actualité, sous diverses dénominations, chaque fois que la situation économique, et par là même celle du marché du travail, sont mauvaises. Ainsi, en 2005, il existait des contrats d'accès à l'emploi, des contrats d'adaptation, des contrats d'avenir, des contrats emploi-solidarité, des contrats initiative-emploi, des contrats d'insertion dans la vie sociale, des contrats de professionnalisation, s'adressant à des catégories différentes de salariés en situation précaire et obéissant à des régimes distincts.

Certains de ces contrats étant réservés ou ouverts à des personnes publiques gérant un service public à caractère administratif (contrat emploi-solidarité, contrat d'avenir, etc.), le législateur leur a attribué la nature de contrats de droit privé pour éviter toute difficulté en matière de compétence juridictionnelle dans la mesure où le rattachement à un service public administratif devait normalement entraîner la compétence du juge administratif. Mais cette volonté de simplification n'a pas réglé toutes les difficultés tenant à l'existence des deux ordres de juridiction. Ainsi, si le contentieux relatif à l'exécution ou à la rupture de ces contrats relevait en principe du juge judiciaire par la volonté du législateur, y compris pour une demande de requalification, la compétence du juge prud'homal ne s'étendait pas à la contestation de la légalité de la convention liant l'employeur et l'État, et aux conséquences d'une requalification, si celle-ci tenait au fait que les conditions requises pour la conclusion de ce type de contrat n'étaient pas remplies ou si elle avait pour conséquence une poursuite de la relation contractuelle dans le cadre d'un service public administratif, au-delà du terme du contrat (Tribunal des conflits, 4 juillet 2011, pourvoi n° 11.03.772, en cours de publication; Tribunal des conflits, 22 novembre 2010, pourvoi n° 10-03.746, *Bull.* 2010, T. conflits, n° 27).

Ces contrats sont aujourd'hui regroupés dans un chapitre du code du travail intitulé « Contrats de travail aidés » et les lois n° 2008-1249 du 1^{er} décembre 2008 et n° 2010-853 du 23 juillet 2010 se sont efforcées d'unifier leur régime, sans pour autant que soient supprimées les distinctions entre contrats d'accompagnement dans l'emploi, pour le secteur non marchand, et contrats initiative-emploi, pour le secteur marchand, coexistant avec les emplois jeunes, les contrats jeune en entreprise et les contrats relatifs aux activités d'adultes relais.

Chapitre 4. Protection des personnes en matière de santé : la réparation des conséquences de la réalisation des risques sanitaires

Bien que le législateur ait englobé, dans un chapitre du code de la santé publique intitulé « Risques sanitaires résultant du fonctionnement du système de santé », à la fois les conséquences préjudiciables des fautes médicales, relevant de la responsabilité (article L. 1142-1 I), et celles des accidents non fautifs, relevant, sous certaines conditions, de la solidarité, on adoptera ici une acception plus restrictive du risque inhérent à l'activité de santé, en tant que dommage causé en dehors de toute faute imputable à un professionnel de santé. Il apparaît en effet que, quels que soient les progrès réalisés et les efforts déployés par l'ensemble des acteurs, la médecine, qui repose sur la délicate appréciation de la balance bénéfiques/risques, est génératrice d'un certain nombre de dommages, dont certains sont difficilement évitables ou maîtrisables.

La jurisprudence antérieure à la loi du 4 mars 2002, fondée sur la responsabilité contractuelle, en avait exclu ce qui relevait de ce que l'on avait appelé « l'aléa thérapeutique », le médecin n'étant tenu que d'une obligation de moyens. En revanche, et selon des modalités qui avaient évolué dans le temps, la Cour de cassation avait institué une responsabilité de plein droit à l'égard des médecins et des établissements de santé pour ce qui est des infections nosocomiales, devenues depuis quelques années le principal risque lié aux hospitalisations et interventions (1^{re} Civ., 29 juin 1999, trois arrêts, pourvoi n° 97-14.254, *Bull.* 1999, I, n° 220 ; pourvoi n° 97-15.818, *Bull.* 1999, I, n° 222 et pourvoi n° 97-21.903, *Bull.* 1999, I, n° 222, *JCP* 1999, éd. G, II, 10138, rapport P. Sargos ; sur l'ensemble de l'évolution, M. Bacache, *J.-Cl. Droit médical et hospitalier*, Fasc. n° 19-2, 2011, n° 4 et suivants).

La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, complétée par la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 et par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, a mis en place un dispositif qui d'une part consacre partiellement la jurisprudence relative aux infections nosocomiales, d'autre part met certains des dommages relevant du « risque médical » (accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales) à la charge de la solidarité nationale par l'intermédiaire de l'office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), établissement public à caractère administratif de l'État, placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé (article L. 1142-22 du code de la santé publique).

La jurisprudence récente de la Cour de cassation a eu à préciser l'étendue de ce qui relève de la solidarité nationale, en précisant d'une part le domaine de l'accident médical, d'autre part le régime de l'indemnisation pour les infections nosocomiales.

Section 1. L'indemnisation des accidents médicaux

Il résulte de l'article L. 1142-1 II du code de la santé publique que la responsabilité prime en principe la solidarité puisque l'intervention de l'ONIAM n'est que subsidiaire, « lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée ». Cependant, un arrêt du 11 mars 2010

(1^{re} Civ., 11 mars 2010, pourvoi n° 09-11.270, *Bull.* 2010, I, n° 63) a atténué cette subsidiarité dans l'hypothèse où les juges du fond avaient estimé que le manquement du médecin à son devoir d'information était à l'origine d'une perte de chance, évaluée à 80 %, d'éviter le dommage. La première chambre civile a considéré que cette circonstance ne faisait pas obstacle à ce que les 20 % restants soient pris en charge par l'ONIAM, au motif que l'indemnité allouée à la victime « avait pour objet de réparer le préjudice né d'une perte de chance d'éviter l'accident médical litigieux, accident dont la survenance n'était pas imputable à une faute de M. X... [le médecin] à l'encontre duquel avait été exclusivement retenu un manquement à son devoir d'information ».

Le Conseil d'État s'est, quant à lui, prononcé de façon encore plus explicite en faveur du cumul entre la responsabilité partielle pour perte de chance et l'indemnisation par l'ONIAM pour le surplus (Conseil d'État, section du contentieux, 5^e et 4^e sous-sections réunies, 30 mars 2011, n° 327669, publié au *Recueil Lebon*), dans l'hypothèse où une faute commise par un professionnel de santé a fait perdre à la victime une chance d'échapper à l'accident ou de se soustraire à ses conséquences, et à la condition que l'ensemble des conséquences dommageables présente le caractère de gravité requis, au motif que « le préjudice en lien direct avec cette faute est la perte de chance d'éviter le dommage corporel advenu et non le dommage corporel lui-même, lequel demeure tout entier en lien direct avec l'accident non fautif ».

Toutefois, et contrairement à ce qu'aurait pu laisser croire une lecture exagérément optimiste pour les victimes des travaux préparatoires, la loi du 4 mars 2002 laisse sans réparation un certain nombre d'accidents médicaux. Tout d'abord, ne sont pris en charge que les préjudices d'une certaine gravité. Actuellement, seules sont indemnisées les atteintes permanentes à l'intégrité physique supérieures à 24 % ou la durée d'incapacité temporaire totale au moins égale à six mois et, exceptionnellement, l'incapacité professionnelle définitive ou les troubles particulièrement graves dans les conditions d'existence. Mais, en outre, l'article L. 1142-1 II ne concerne que les préjudices « directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins » lorsqu'« ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci ». La volonté du législateur était en effet de s'inspirer de la jurisprudence administrative résultant de l'arrêt « Bianchi » du Conseil d'État (CE, 9 avril 1993, n° 69336, *Recueil Lebon*, p. 127), laquelle avait accepté d'indemniser certains dommages provenant d'un aléa thérapeutique à des conditions extrêmement restrictives, l'une d'entre elles étant qu'ils soient sans rapport avec l'état initial du patient ou son évolution prévisible.

C'est là l'interprétation qu'a consacrée la Cour de cassation dans un arrêt du 31 mars 2011 (pourvoi n° 09-17.135, *Bull.* 2011, I, n° 69) : dès lors qu'une cour d'appel avait constaté que le patient, compte tenu de ses antécédents vasculaires, était particulièrement exposé à la complication hémorragique survenue, dont les conséquences, si préjudiciables fussent-elles, n'étaient pas anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci, elle en a exactement déduit que l'indemnisation du dommage ne relevait pas de la solidarité nationale. Ainsi, entre les dommages couverts par la responsabilité et ceux couverts par la solidarité, il existe une « zone grise » dans laquelle les préjudices liés à l'activité médicale demeurent sans indemnisation.

Section 2. L'indemnisation du risque nosocomial

Le dispositif relatif aux infections nosocomiales résultant des deux lois de 2002 précitées est plus ambigu que celui des accidents médicaux. En effet, l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique, issu de la seconde de ces lois, qui met à la charge de la solidarité nationale les dommages les plus graves dus à ces infections n'a pas abrogé l'article L. 1142-1 I, dont le second alinéa dispose : « Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ». Ainsi, la question peut se poser du caractère cumulatif ou non des deux modes d'indemnisation.

Ce qui est clair en revanche, c'est que la jurisprudence antérieure, instaurant une responsabilité de plein droit, n'a été consacrée par le législateur que s'agissant des établissements de santé, tandis que les médecins, quant à eux, ne sont désormais tenus que pour faute prouvée. Appliquant ce nouveau système, la première chambre civile (1^{re} Civ., 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-20.571) a cassé un arrêt qui avait condamné *in solidum* la clinique et le chirurgien ayant opéré la victime, en l'absence de cause étrangère, alors qu'aucune faute n'était établie à l'encontre du praticien. En revanche, elle a approuvé une cour d'appel d'avoir condamné le chirurgien à garantir la clinique lorsque, de ses constatations, résultait la preuve de ce que l'infection provenait des seules conditions dans lesquelles il avait pratiqué l'intervention (1^{re} Civ., 7 juillet 2011, pourvoi n° 10-19.137).

Depuis une jurisprudence de la Cour de cassation du 27 mars 2001 (1^{re} Civ., pourvoi n° 99-17.672, *Bull.* 2001, I, n° 87), confirmée le 1^{er} mars 2005 (pourvoi n° 03-16.789, *Bull.* 2005, I, n° 111) puis le 26 mai 2011 (pourvoi n° 10-17.446), la charge de la preuve du caractère nosocomial incombe à la victime. La principale difficulté vient de ce que le législateur n'a pas donné de définition de l'infection nosocomiale. Une circulaire DGS/DHOS/E2/2000/645 du 29 décembre 2000 la définit par rapport au lieu dans lequel elle est contractée, à savoir un établissement de santé. La circulaire se démarque ainsi de la jurisprudence antérieure, laquelle avait considéré comme nosocomiale toute infection contractée à l'occasion d'une intervention, fût-elle pratiquée dans un cabinet médical (1^{re} Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 07-14.932, *Bull.* 2009, I, n° 124). Dans l'état actuel du droit, critiqué par ceux qui prônent de substituer à la notion d'infection nosocomiale celle d'infection associée aux soins, il suffit en principe à la victime de démontrer que l'infection a été contractée lors de son séjour dans l'établissement de santé, ce qui peut être source de difficultés lorsqu'elle a été hébergée successivement dans plusieurs de ces établissements. Un arrêt de la première chambre civile du 17 juin 2010 (pourvoi n° 09-67.011, *Bull.* 2010, I, n° 137) étend à cette circonstance la jurisprudence « Distillène », produit distribué par plusieurs laboratoires, en décidant qu'il appartient alors à chacun de ceux dont la responsabilité est recherchée d'établir qu'il n'est pas à l'origine de l'infection.

Lorsque l'infection a été contractée dans la clinique où a été pratiquée l'intervention chirurgicale, la Cour de cassation admet qu'elle revêt un caractère nosocomial, quand bien même le germe qui en est à l'origine était déjà dans l'organisme du patient (infection endogène) mais que l'intervention a rendu possible sa migration dans le site opératoire (1^{re} Civ., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-17.491, *Bull.* 2006, I, n° 191). De même, dans une espèce où des nouveau-nés jumeaux avaient contracté à la maternité une méningite néonatale, qui avait

entraîné le décès de l'un d'entre eux, et où la clinique soutenait que le germe avait pu être transmis par son entourage familial, la cour d'appel, en l'absence d'enquête épidémiologique de la part de l'établissement, a souverainement estimé que les demandeurs avaient fait la preuve, par des présomptions graves, précises et concordantes, que l'infection avait non seulement été contractée lors de l'hospitalisation, mais à l'occasion des soins prodigués, ce qui était en l'espèce contesté (1^{re} Civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-67.465). Seule en effet la cause étrangère serait de nature à exonérer l'établissement. Une faute médicale antérieure, ayant rendu nécessaire l'intervention au cours de laquelle a été contractée l'infection, ne présente pas ce caractère (1^{re} Civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-69.151, *Bull.* 2010, I, n° 155).

LIVRE 3. Le risque prévenu

Cette approche du risque est, notamment avec son second volet, au cœur du conflit entre progrès et risque dans une société dont le mode de développement est en grande partie assis sur l'innovation technologique. La santé et l'environnement constituent le terrain privilégié de ces tensions, sur lequel ont éclos, à l'instigation des pouvoirs publics tentant d'assurer une gestion rationnelle des risques, de nombreux organismes de veille et de contrôle. Il importe aujourd'hui de parer à la survenance des risques avérés (titre 1) et, défi nouveau, d'anticiper les risques suspectés (titre 2).

TITRE 1. LA PRÉVENTION DU RISQUE AVÉRÉ

C'est ici le domaine, couvrant de très nombreuses branches du droit, de la prévention, dont la finalité est de tenir en échec la réalisation du dommage dans la mesure où l'événement dans lequel consiste le risque est identifié et connu tant quant à son processus de survenance que dans ses effets. À la panoplie des mesures directement préventives (chapitre 1), souvent renforcées par un dispositif répressif, édictées par le législateur, la jurisprudence vient ajouter la réparation à finalité préventive (chapitre 2), pouvant intervenir avant l'éventuelle réalisation de l'événement appréhendé.

Chapitre 1. Mesures directement préventives

La santé de l'homme constitue le domaine d'élection de la prévention, que ce soit par le truchement du droit pénal incriminant un certain nombre de conduites à risques (section 1), dans le cadre des relations de travail (section 3) ou en matière de santé publique (section 2). Mais celle des entreprises est loin d'en être absente : le nouveau droit des procédures collectives issu de la réforme opérée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 dite « de sauvegarde des entreprises » (section 4) est, plus encore que le droit antérieur, orienté vers l'anticipation des difficultés, la règle de droit s'efforçant de prévenir celles-ci toujours plus en amont de la cessation des paiements, objectif dont l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 renforce encore les moyens.

Section 1. La prévention des conduites à risques par le droit pénal

Innovation majeure du code pénal entré en vigueur en 1994, la responsabilité des personnes morales est venue, ne serait-ce que par la charge dissuasive que porte en elle-même toute incrimination, contribuer à la prévention du risque (sous-section 1). Par ailleurs, le droit pénal ne comptait jusqu'alors que des dispositions particulières de prudence et de sécurité, la prise de risque au mépris de la sécurité d'autrui n'appelant aucune sanction : celle-ci n'intervenait qu'avec la survenance de l'événement constitutif du risque. Or le risque

lui-même est devenu source d'infraction avec la mise en danger d'autrui (sous-section 2); une illustration particulière s'en présente avec la destruction ou la dégradation par l'effet d'un incendie ou d'une explosion (sous-section 3), étant toutefois observé que l'infraction vise ici non point une destruction potentielle, mais un événement d'ores et déjà réalisé. La prohibition de ces conduites à risque invite au demeurant à s'interroger sur les cas de qualifications pénales sanctionnant la prise d'un risque en la personne même de son auteur (sous-section 4). Enfin, la lutte contre le risque environnemental, préoccupation omniprésente dans la société techno-scientifique, ne pouvait guère ne pas être abordée dans le cadre de cette étude : le régime pénal des installations classées constitue une arme de première importance dans ce combat (sous-section 5).

Sous-section 1. La responsabilité pénale des personnes morales

Innovation essentielle du code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, la responsabilité pénale des personnes morales, pour les « infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants », résulte de l'article 121-2 de ce code.

Dans sa rédaction initiale, cette responsabilité était limitée aux « cas prévus par la loi ou le règlement » : pour être engagée, la responsabilité pénale de la personne morale devait avoir été spécialement prévue par un texte. Les infractions en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs résultant de l'article L. 263-2, alors en vigueur, du code du travail, ne figuraient pas au nombre des infractions pouvant engager la responsabilité pénale des personnes morales. Il arrivait cependant que le juge du fond prononçât des condamnations de ce chef ou du chef d'autres infractions non expressément visées par une loi ou un règlement : la chambre criminelle a censuré, au besoin sur un moyen relevé d'office, de telles décisions, la cassation étant prononcée par voie de retranchement lorsque la responsabilité pénale de la personne morale avait été à bon droit retenue pour d'autres infractions entrant dans le champ de l'article 121-2 du code pénal. Ces cassations ont été prononcées soit au visa de l'article 121-2 du code pénal, aux termes duquel les personnes morales ne sont responsables pénalement que dans les cas prévus par la loi ou le règlement (Crim., 13 septembre 2005, pourvoi n° 04-87.653), soit, après l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-204 supprimant à compter du 31 décembre 2005 le principe de spécialité, au visa de l'article 112-1 du code pénal, en vertu duquel une loi pénale étendant une incrimination à une nouvelle catégorie de prévenus ne peut s'appliquer à des faits commis antérieurement à son entrée en vigueur (Crim., 19 juin 2007, pourvoi n° 06-85.490, *Bull. crim.* 2007, n° 169; Crim., 20 octobre 2009, pourvoi n° 09-81.721, *Bull. crim.* 2009, n° 172; Crim., 28 septembre 2010, pourvoi n° 10-81.033).

Il convient de rappeler que les dispositions de l'article 121-2 du code pénal ne sont pas applicables aux délits de presse et assimilés (articles 43-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et 93-4 de la loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle).

Pour rendre plus strictes les conditions dans lesquelles la responsabilité pénale des personnes physiques peut être engagée en matière de délits non intentionnels, la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 a modifié l'article 121-3 du code pénal. Le quatrième alinéa de ce texte exige désormais, dans le cas où la personne physique n'a pas causé directement le

dommage tout en créant ou contribuant à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage, ou n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter, que soit constituée une faute qualifiée pouvant prendre deux formes :

- soit celle d'une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ;
- soit celle d'une faute caractérisée ayant exposé autrui à un risque d'une particulière gravité que le prévenu ne pouvait ignorer, le risque d'une particulière gravité devenant ainsi un des éléments constituant cette faute.

S'agissant de la faute caractérisée et du risque, la chambre criminelle a cassé un arrêt d'une cour d'appel qui ne pouvait, « sans se contredire, constater que le prévenu avait commis une faute caractérisée et exposant autrui à un risque d'une particulière gravité en ne veillant pas personnellement au respect de la réglementation relative à la sécurité des machines dangereuses, et relaxer celui-ci, au motif qu'il pouvait ignorer le risque découlant de ce manquement » (Crim., 11 février 2003, pourvoi n° 02-85.810, *Bull. crim.* 2003, n° 28).

Par ailleurs, la loi du 10 juillet 2000 précitée a complété le troisième alinéa de l'article 121-2 du code pénal, aux termes duquel « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits », par la précision suivante très significative : « sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 ».

Ainsi, la modification résultant de la loi du 10 juillet 2000 n'a eu aucune conséquence en ce qui concerne l'étendue de la responsabilité pénale des personnes morales et la chambre criminelle a très rapidement jugé (Crim., 24 octobre 2000, pourvoi n° 00-80.378, *Bull. crim.* 2000, n° 308) que « les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants ayant entraîné une atteinte à l'intégrité physique constitutive du délit de blessures involontaires, alors même qu'en l'absence de faute délibérée ou caractérisée au sens de l'article 121-3, alinéa 4, nouveau, la responsabilité pénale des personnes physiques, ne pourrait être recherchée » (dans le même sens : Crim., 4 décembre 2007, pourvoi n° 07-81.072). De la sorte, même en cas de causalité indirecte, la faute simple commise par l'organe ou le représentant entraîne la responsabilité pénale de la personne morale. Cette jurisprudence a été réaffirmée récemment (Crim., 28 avril 2009, pourvoi n° 08-83.843, *Bull. crim.* 2009, n° 80), les personnes morales étant « responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants ayant entraîné une atteinte à l'intégrité physique, même en l'absence de faute délibérée ou caractérisée de la personne physique ».

L'article 121-2 précise par ailleurs que les infractions doivent avoir été commises, pour le compte des personnes morales, par leurs organes ou représentants. La chambre criminelle a jugé, le 26 juin 2001 (pourvoi n° 00-83.466, *Bull. crim.* 2001, n° 161), à propos d'une affaire de vente au déballage sans autorisation, que « la faute pénale de l'organe ou du représentant suffit, lorsqu'elle est commise pour le compte de la personne morale, à engager la responsabilité pénale de celle-ci, sans que doive être établie une faute distincte à la charge de la personne morale ». À vrai dire, on perçoit mal comment une personne morale pourrait commettre une faute distincte de celle de ses organes ou représentants.

Par le même arrêt, la chambre criminelle a précisé que le directeur salarié du magasin, titulaire d'une délégation de pouvoirs consentie par le directeur régional, lui-même délégataire d'un directeur général de la société, engageait la responsabilité pénale de la personne morale. Cette dernière précision ne constituait qu'un rappel, la chambre criminelle ayant déjà jugé l'année précédente (Crim., 30 mai 2000, pourvoi n° 99-84.212, *Bull. crim.* 2000, n° 206) que « le salarié d'une société, titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité, est un représentant de la personne morale au sens de l'article 121-2 du code pénal ; qu'il engage donc la responsabilité pénale de celle-ci en cas d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité physique trouvant sa cause dans un manquement aux règles qu'il était tenu de faire respecter en vertu de sa délégation ».

La chambre criminelle n'est pas exigeante en matière d'identification de l'organe ou du représentant puisque, le 20 juin 2006 (pourvoi n° 05-85.255, *Bull. crim.* 2006, n° 188), elle a rejeté le pourvoi d'une société condamnée pour homicide involontaire en retenant que « la demanderesse ne saurait se faire un grief de ce que les juges du fond l'aient déclarée coupable du délit d'homicide involontaire sans préciser l'identité de l'auteur des manquements constitutifs du délit, dès lors que cette infraction n'a pu être commise, pour le compte de la société, que par ses organes ou représentants ». Cette position a été confirmée le 25 juin 2008 (pourvoi n° 07-80.261, *Bull. crim.* 2008, n° 167), la chambre ayant jugé que les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables dès lors que les infractions s'inscrivent dans le cadre de la politique commerciale des sociétés et ne peuvent avoir été commises pour le compte de celles-ci que par leurs organes ou représentants. Elle a encore été très récemment affirmée (Crim., 15 février 2011, pourvoi n° 10-85.324) avec le rejet du pourvoi d'une société condamnée pour blessures involontaires au motif que « les insuffisances du plan de prévention des risques étaient nécessairement imputables aux organes représentants de la personne morale en cause ».

Un gérant de fait peut engager la responsabilité pénale d'une personne morale, ainsi que cela résulte d'un arrêt rendu par la chambre criminelle le 13 avril 2010 (pourvoi n° 09-86.429) : une cour d'appel est approuvée qui, pour déclarer une société responsable pénalement des délits de blessures involontaires et d'infraction à la réglementation sur la sécurité des travailleurs, a retenu que ses deux représentants, en leur qualité de gérant de droit pour le premier et de gérant de fait pour le second, avaient, en violation des dispositions réglementaires, laissé travailler un salarié à une distance de moins de trois mètres d'une ligne électrique à haute tension.

Il arrive, notamment en matière de travaux publics, que les dirigeants de plusieurs personnes morales attributaires d'un marché constituent un groupement d'entreprises et délèguent leurs pouvoirs en matière de sécurité au salarié de l'une d'entre elles. La chambre criminelle a jugé le 13 octobre 2009 (pourvoi n° 09-80.857, *Bull. crim.* 2009, n° 169), que, en cas d'accident du travail, « les infractions en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs commises par le délégataire de pouvoirs désigné par chacune des sociétés constituant un groupement d'entreprises à l'occasion de l'attribution d'un marché engagent la responsabilité pénale de la seule personne morale, membre du groupement, qui est l'employeur de la victime ». Dégagée le 14 décembre 1999 (pourvoi n° 99-80.104, *Bull. crim.* 1999, n° 306), cette solution a encore été rappelée le 23 novembre 2010 (pourvoi n° 09-85.115, *Bull. crim.*

2010, n° 186), avec cette précision que, lorsque la victime est un salarié intérimaire, c'est la société utilisatrice au sens des articles L. 124-4 et suivants du code du travail, devenus articles L. 1251-16 et suivants du même code, qui a la qualité de pénalement responsable.

L'absorption faisant perdre son existence juridique à la société absorbée, celle-ci ne peut plus faire l'objet d'une condamnation pénale. Par ailleurs, nul n'étant pénalement responsable que de son propre fait, la société absorbante ne peut être déclarée responsable pénalement des infractions commises pour le compte de la société absorbée (Crim., 20 juin 2000, pourvoi n° 99-86.742, *Bull. crim.* 2000, n° 237 ; Crim., 14 octobre 2003, pourvoi n° 02-86.376, *Bull. crim.* 2003, n° 189 ; Crim., 29 septembre 2009, pourvoi n° 08-88.527).

Aux termes de l'article 121-2, alinéa 2, du code pénal, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. Si l'activité au cours de laquelle s'est produit l'accident était susceptible d'une telle convention, la collectivité territoriale peut faire l'objet de poursuites pénales du chef d'homicide ou de blessures involontaires. Dans le cas contraire, les poursuites pénales sont vouées à l'échec.

Dans un arrêt déjà ancien (Crim., 12 décembre 2000, pourvoi n° 98-83.969, *Bull. crim.* 2000, n° 371), la chambre criminelle a jugé que l'exécution même du service public communal d'animation des classes de découverte suivies par les enfants des écoles publiques et privées pendant le temps scolaire, qui participe du service de l'enseignement public, n'est, par nature, pas susceptible de faire l'objet de conventions de délégation de service public. Cette solution a été une nouvelle fois affirmée le 11 décembre 2001 (pourvoi n° 00-87.705, *Bull. crim.* 2001, n° 265), la chambre criminelle ayant estimé que « l'obligation incombant à la région de mettre les machines affectées à l'enseignement en conformité avec les prescriptions légales et réglementaires relatives à la sécurité des équipements de travail, participe du service de l'enseignement public, et n'est pas, dès lors, en raison de sa nature même, susceptible de faire l'objet de conventions de délégation de service public ».

Par deux arrêts, du 3 avril 2002 (pourvoi n° 01-83.160, *Bull. crim.* 2002, n° 77) et du 6 avril 2004 (pourvoi n° 03-82.394, *Bull. crim.* 2004, n° 89), elle a jugé qu'est en revanche susceptible de faire l'objet d'une telle convention toute activité ayant pour objet la gestion d'un tel service lorsque, au regard de la nature de celui-ci et en l'absence de dispositions légales ou réglementaires contraires, elle peut être confiée par la collectivité territoriale à un délégataire public ou privé, rémunéré, pour une part substantielle, en fonction des résultats de l'exploitation. Appliquant ce principe, elle a ainsi jugé avec le premier de ces arrêts que tel était le cas de l'activité ayant pour objet l'exploitation d'un théâtre. Elle a considéré avec le second que l'exploitation du service des transports scolaires était susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public, mais qu'il n'en allait pas de même de son organisation, confiée au département en application de l'article 29 de la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983, devenu l'article L. 213-11 du code de l'éducation, et qui comprend notamment la détermination des itinéraires à suivre et des points d'arrêt à desservir.

Sous-section 2. L'infraction de mise en danger d'autrui

L'infraction de mise en danger d'autrui, qui réprime l'exposition d'autrui à un risque d'une particulière gravité, de mort, de mutilation ou d'infirmité permanente, a été introduite dans le droit positif français par la loi n° 92-684 du 22 juillet 1992, ayant instauré l'actuel code pénal. Jusque-là, notre droit contenait uniquement des dispositions particulières de prudence ou de sécurité, dont la violation était pénalement sanctionnée, le plus souvent par une peine contraventionnelle, notamment en matière de circulation routière, de droit du travail, des transports, de l'environnement, de la consommation, de la santé publique, sans que la prise de risque faisant fi de la sécurité des tiers fût en elle-même punissable. Elle ne l'était que lorsque le risque s'était réalisé, en fonction de la gravité de son résultat : homicide et blessures involontaires délictuelles ou contraventionnelles.

Dans sa rédaction actuelle, l'article 223-1 du code pénal punit d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende « le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement ». Le texte d'origine a été légèrement modifié par l'article 185 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, qui a inversé les termes de « sécurité ou de prudence ».

Lorsque le législateur a décidé d'incriminer les comportements délibérés exposant autrui à un risque de mort ou d'atteinte grave à l'intégrité personnelle, il a cherché à définir strictement les éléments constitutifs de cette infraction afin qu'elle ne trouve pas à s'appliquer à chaque faute d'imprudence et ne devienne pas un instrument systématique de correctionnalisation des contraventions : la détermination du risque punissable fera l'objet de la première partie de ces développements (A). Si, lors du vote du texte, le législateur a essentiellement pensé aux risques d'accidents de la circulation et du travail, il n'a, pour autant, apporté aucune limite à son champ d'application : la seconde partie sera consacrée aux principaux domaines d'application de la mise en danger d'autrui (B).

A. Le risque punissable

Violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement

Seul le risque causé par la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement est pénalement punissable. Pour entrer en voie de condamnation du chef de mise en danger d'autrui, les juges du fond sont donc tenus de rechercher quelle règle de sécurité imposée par la loi ou le règlement a été méconnue : leur décision encourt la censure lorsqu'ils ne précisent ni la source ni la nature de l'obligation de prudence ou de sécurité méconnue (voir notamment, Crim., 13 novembre 2007, pourvoi n° 06-89.455 et 3 mai 2011, pourvoi n° 10-85.074). Il n'est en revanche pas nécessaire que la règle de prudence ou de sécurité dont la violation est reprochée soit visée à la prévention (Crim., 5 juin 2007, pourvoi n° 06-89.129).

Selon la chambre criminelle, le règlement au sens de l'article 223-1 du code pénal s'entend des actes des autorités administratives à caractère général et impersonnel. Tel n'est pas

le cas d'un arrêté préfectoral déclarant un immeuble insalubre et imposant au propriétaire des travaux de mise en conformité (Crim., 10 mai 2000, pourvoi n° 99-80.784, *Bull. crim.* 2000, n° 183). Si un arrêté préfectoral autorisant une installation classée et imposant à son exploitant des conditions de fonctionnement n'est pas davantage un acte à caractère général et impersonnel, il appartient cependant au juge du fond, saisi de poursuites du chef de mise en danger d'autrui par la violation manifestement délibérée des prescriptions d'un acte individuel, de rechercher si le préfet ne s'est pas borné à faire application de normes fixées par des arrêtés ministériels à caractère réglementaire (Crim., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-89.365, *Bull. crim.* 2007, n° 261). Récemment, la chambre criminelle a approuvé une cour d'appel ayant considéré qu'un arrêté, qui portait autorisation d'exploitation d'un établissement classé et contenait des règles particulières spécifiques s'ajoutant à la réglementation en vigueur, constituait un règlement à caractère général et impersonnel au sens de l'article 223-1 du code pénal (Crim., 5 avril 2011, pourvoi n° 09-83.277).

Le règlement doit édicter une obligation particulière de prudence ou de sécurité, à savoir une règle objective et précise, clairement applicable, et non pas des règles générales de conduite, telles des obligations de nature déontologique, laissant une grande latitude d'appréciation individuelle (Crim., 18 mars 2008, pourvoi n° 07-83.067, *Bull. crim.* 2008, n° 67).

Exposition d'autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures

La violation de la règle de prudence ou de sécurité est, à elle seule, insuffisante pour caractériser le délit de mise en danger d'autrui. Il est nécessaire qu'elle expose autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente. Ainsi la chambre criminelle rappelle-t-elle que le délit n'est constitué que si le manquement défini par l'article 223-1 du code pénal a été la cause directe et immédiate d'un tel risque (Crim., 16 février 1999, pourvoi n° 97-86.290, *Bull. crim.* 1999, n° 24). Il résulte d'un arrêt du 4 octobre 2005 que c'est à l'accusation d'établir la réalité du risque (Crim., 4 octobre 2005, pourvoi n° 04-87.654, *Bull. crim.* 2005, n° 250).

Les juges du fond doivent caractériser le lien direct et immédiat entre la violation de l'obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par le règlement et le risque de mort ou d'infirmité permanente exposant autrui (Crim., 6 octobre 2009, pourvoi n° 09-81.037), ce dont il se déduit que le danger doit être certain. Et ils sont tenus de préciser les circonstances de fait caractérisant le risque immédiat auquel le prévenu a exposé autrui (Crim., 19 avril 2000, pourvoi n° 99-87.234, *Bull. crim.* 2000, n° 161 ; Crim., 3 avril 2001, pourvoi n° 00-85.546, *Bull. crim.* 2001, n° 90).

En revanche, la chambre criminelle n'exige pas que la faute reprochée soit la cause exclusive du danger. Il suffit qu'autrui ait été exposé directement à un risque immédiat de mort (Crim., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-89.365, *Bull. crim.* 2007, n° 261).

Violation délibérée

La violation de la règle de prudence ou de sécurité doit être délibérée : les termes mêmes de l'article 121-3 du code pénal excluent le caractère non intentionnel de l'infraction de mise en danger d'autrui. La faute de mise en danger délibérée de la personne d'autrui caractérise l'élément moral du délit.

Il n'est pas nécessaire d'établir la conscience du risque par le prévenu. Selon la formulation de la Cour, il suffit que les juges du fond relèvent le caractère manifestement délibéré de la violation, dans des circonstances de nature à causer un risque immédiat de mort ou de blessures graves à autrui (Crim., 9 mars 1999, pourvoi n° 98-82.269, *Bull. crim.* 1999, n° 34).

Si le caractère délibéré de la violation n'est pas avéré, le délit n'est pas caractérisé. La violation d'une règle de prudence ou de sécurité par simple négligence, serait-elle à l'origine directe d'un risque avéré de mort ou d'infirmité permanente, n'est pas punissable. La chambre criminelle a ainsi censuré un arrêt ayant déclaré coupable de mise en danger délibérée d'autrui un chasseur qui avait tiré sur un chevreuil et atteint un véhicule garé à côté d'une maison, alors qu'un arrêté préfectoral interdisait les tirs à moins de 150 m des habitations, et que le chasseur était posté à 143 m de celles-ci (Crim., 16 octobre 2007, pourvoi n° 07-81.855, *Bull. crim.* 2007, n° 246).

Conflit de qualifications

Un conflit de qualifications se présente lorsque la faute délibérée qui a exposé une personne à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente lui a occasionné de simples blessures.

Lorsque les blessures sont de nature correctionnelle, le délit de mise en danger délibérée d'autrui ne peut se cumuler avec le délit de blessures involontaires aggravées commis à l'égard des mêmes personnes (Crim., 11 septembre 2001, pourvoi n° 00-85.473, *Bull. crim.* 2001, n° 176). La chambre criminelle ne fait qu'appliquer ici le principe *non bis in idem* et retient la qualification la plus sévèrement sanctionnée. Les blessures involontaires dues à une violation manifestement délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité sont en effet punies par l'article 222-19 du code pénal d'une peine de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 45 000 euros.

En cas de blessures légères n'ayant occasionné aucune incapacité de travail, la Cour de cassation a validé les poursuites pour mise en danger d'autrui, considérant que la survenance effective d'un accident de la circulation sans gravité, non nécessaire à la caractérisation d'un tel délit, permettait de faciliter la preuve du risque immédiat de mort ou de blessures graves ainsi engendré (Crim., 6 juin 2000, pourvoi n° 99-85.937, *Bull. crim.* 2000, n° 213). Dans cette espèce, les tiers avaient subi uniquement des chocs émotionnels.

Il convient de rappeler que l'article R. 625-3 du code pénal punit de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe le fait de porter, par violation manifeste d'une obligation de prudence et de sécurité, atteinte à l'intégrité physique d'autrui sans qu'il en résulte d'incapacité totale de travail. Aussi, lorsque cette violation a également pour effet d'exposer autrui au risque prévu par l'article 223-1 du code pénal, seule cette dernière infraction, plus sévèrement punie, rend compte de la totalité du comportement délictueux.

B. Les principaux domaines d'application de l'infraction de mise en danger d'autrui

Circulation routière

C'est en matière de circulation routière que les décisions sont les plus nombreuses.

À titre d'exemple, la chambre criminelle a approuvé la déclaration de culpabilité d'un conducteur qui, après avoir refusé d'obtempérer, avait commis un refus de priorité, évité de peu une collision, roulé au milieu de la chaussée, franchi des feux de signalisation fixes à une grande vitesse, contraignant les autres usagers à s'écarter (Crim., 7 juin 2006, pourvoi n° 05-85.754), d'un autre conducteur qui avait traversé à une vitesse évaluée entre 80 et 100 km/h une agglomération où elle était limitée à 30 km/h au moment où les élèves sortaient du collège (Crim., 18 septembre 2007, pourvoi n° 06-89.496, *Bull. crim.* 2007, n° 210), d'un autre qui circulait à 244 km/h sur une autoroute ne comprenant que deux voies de circulation alors que la densité du trafic le mettait dans l'impossibilité de réagir à un obstacle (Crim., 14 mai 2008, pourvoi n° 07-88.013, *Bull. crim.* 2008, n° 113), ou encore celle d'un passager qui, conducteur de fait, avait tiré soudainement le frein à main du véhicule lors du dépassement d'un camion et provoqué une collision (Crim., 22 juin 2005, pourvoi n° 04-85.340, *Bull. crim.* 2005, n° 192).

En revanche, elle a cassé un arrêt ayant déclaré le prévenu coupable de mise en danger d'autrui au seul motif qu'il roulait à une vitesse de 200 km/h (Crim., 19 avril 2000, pourvoi n° 99-87.234, *Bull. crim.* 2000, n° 161).

Droit du travail

Les poursuites sont relativement rares en cas de violation des règles de sécurité prévues par le droit du travail.

La chambre criminelle a considéré qu'un défaut d'inspection des lieux et d'élaboration consécutive d'un plan de prévention n'était pas la cause directe et immédiate du risque auquel avaient été exposés les salariés à la suite de l'écoulement brusque d'eau brûlante en provenance d'une canalisation défectueuse (Crim., 16 février 1999, pourvoi n° 97-86.290, *Bull. crim.* 1999, n° 24). Mais elle a par ailleurs cassé un arrêt ayant relaxé le responsable d'un chantier de travaux publics poursuivi du chef de mise en danger d'autrui pour avoir fait travailler des salariés sans que la stabilité des installations soit assurée de manière efficace, en violation de l'article 2 du décret du 8 janvier 1965, texte dont la cour d'appel avait retenu, à tort, qu'il n'était pas applicable (Crim., 8 octobre 2002, pourvoi n° 01-85.550, *Bull. crim.* 2002, n° 181).

Installations classées

La chambre criminelle a approuvé une cour d'appel qui, en l'absence d'impact mesurable de l'incident sur la population, avait relaxé le directeur et deux responsables d'une raffinerie ayant émis, lors d'un accident isolé, un taux de dioxyde de soufre supérieur au seuil d'alerte (Crim., 4 octobre 2005, pourvoi n° 04-87.654, *Bull. crim.* 2005, n° 205). Elle a, au contraire, cassé un arrêt ayant relaxé une société qui exploitait une usine de recyclage de batteries automobiles installée à 500 m d'un village sans respecter les valeurs limites applicables aux effluents liquides, alors que de fortes concentrations de plomb et de cadmium avaient été retrouvées dans les eaux pluviales issues de cet établissement ainsi que dans son environnement, et que plusieurs habitants, en particulier des enfants, présentaient un taux de plomb dans le sang important (Crim., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-89.365, *Bull. crim.*

2007, n° 261). Le pourvoi contre l'arrêt de renvoi entré en voie de condamnation a été rejeté (Crim., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09.86.258).

Ces deux décisions sont intéressantes en ce que la chambre criminelle situe le lien d'imédiateté entre le manquement aux obligations et le risque causé, et non entre le risque et la mort ou l'infirmité permanente. L'infraction est donc constituée dès lors que le risque de mort ou d'infirmité permanente résulte directement de la violation constatée. En conséquence, il semble indifférent que le risque soit susceptible de se réaliser ultérieurement.

En matière médicale

Le risque causé à autrui, en matière médicale, appelle également quelques observations. La Cour de cassation a considéré que les obligations déontologiques prévues aux articles R. 4127-32 et R. 4127-33 du code de la santé publique, selon lesquelles le médecin doit, d'une part, assurer des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, d'autre part, élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, édictent des règles générales de conduite et non des obligations particulières de prudence ou de sécurité (Crim., 18 mars 2008, pourvoi n° 07-83.067, *Bull. crim.* 2008, n° 67).

À l'inverse, ont été considérées comme de telles obligations les recommandations de bonnes pratiques édictées par arrêté en matière de stimulation ovarienne (Crim., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-81.661, *Bull. crim.* 2010, n° 120), ou encore les règles prévues par l'article 12 du décret n° 2002-194 du 11 février 2002, qui impose au chirurgien l'assistance d'infirmiers titulaires d'un diplôme d'État ou en cours de formation (Crim., 18 mai 2010, pourvoi n° 09-83.032).

Lorsque la violation délibérée de l'obligation de prudence ou de sécurité expose le patient à un risque de complications réversibles, et non à un risque de mort ou d'infirmité permanente, le délit de mise en danger d'autrui n'est pas caractérisé (Crim., 6 octobre 2009, pourvoi n° 09-81.037).

Autres

En matière de sport, des skieurs qui, en dépit d'une mise en garde du conducteur du télésiège, avaient évolué sur une piste interdite par un arrêté municipal et entraîné une coulée de neige à proximité d'un groupe de pisteurs ont été déclarés coupables de mise en danger d'autrui (Crim., 9 mars 1999, pourvoi n° 98-82.269, *Bull. crim.* 1999, n° 34).

Il existe également des décisions de la chambre criminelle en matière de transport (navire dont la capacité était limitée à six cents passagers transportant cent douze personnes en surnombre sans matériel de sauvetage suffisant : Crim., 11 février 1998, pourvoi n° 96-84.929, *Bull. crim.* 1998, n° 57), d'établissements recevant du public (poursuite de manière manifestement délibérée de l'exploitation d'un grand magasin en violation de la réglementation destinée à prévenir les risques d'incendie : Crim., 9 décembre 2008, pourvoi n° 08-80.788), de règles d'hygiène concernant les denrées animales (mise en vente de viandes ayant fait l'objet d'opérations de congélation et décongélation en violation des dispositions de l'arrêt du 26 juin 1974 concernant les conditions hygiéniques de congélation, de conservation et de décongélation des denrées animales : Crim., 15 avril 2008, pourvoi n° 07-84.187).

Sous-section 3. Une illustration du risque causé à autrui : la destruction ou la dégradation par l'effet d'un incendie ou d'une explosion

Un incendie est un phénomène difficilement maîtrisable, à l'évolution imprévisible, qui déchaîne une telle puissance destructrice qu'il est autant redouté par les hommes de ce siècle qu'il l'était par leurs pères. Aussi l'utilisation volontaire de ce fléau par une personne pour atteindre l'intégrité physique ou le patrimoine de son semblable a-t-elle toujours été considérée comme l'une des infractions les plus graves. L'Ancien droit, suivi en cela par les codes successifs à partir de 1791, réprimait ces actes par les sanctions les plus lourdes. En parallèle, les destructions ou détériorations commises par l'effet d'explosifs sont entrées plus tardivement dans l'histoire humaine et donc dans le droit. En France, c'est le code pénal de 1791 qui a introduit la répression des destructions par mines. L'appellation courante de « machines infernales » attribuée à ces dispositifs dit assez l'effroi qu'ils suscitaient.

Notre système juridique a cependant distingué très tôt l'acte volontaire de destruction par incendie ou explosif et la survenance de cet événement à la suite d'une imprudence ou d'une négligence. Le code pénal de 1810 a ainsi prévu à son article 458 (puis 483) une amende contraventionnelle sanctionnant la destruction par incendie des propriétés mobilières ou immobilières d'autrui, dans les cas où elle résultait de la vétusté ou du défaut d'entretien d'éléments limitativement énumérés, ou d'allumage de feux dans les champs à moins de cent mètres de maisons, édifices, vergers, tas de grain, pailles et autres meules de foin ou dépôt de matières combustibles, ou encore de feux portés ou laissés sans précaution suffisante ou enfin de pièces d'artifices allumées ou tirées par négligence ou imprudence. Par ailleurs, plusieurs dispositions légales ou réglementaires prescrivaient diverses obligations et modes d'entretien des bois et forêts, des espaces ruraux et urbains.

Le risque relatif au simple comportement dangereux visé était lui-même sanctionné par l'article 471 du même code, qui prévoyait des peines de simple police pour les comportements édictés au texte précédemment visé dont il n'était cependant pas résulté d'incendie.

Dans la dernière rédaction du code pénal de 1810 avant son abrogation en 1994, ces dispositions, reprises quasiment à l'identique, constituaient l'article R. 38 4^e. Les pénalités en étaient alourdies en ce sens que les comportements visés pouvaient être sanctionnés des peines prévues pour la quatrième classe, soit l'amende, mais également l'emprisonnement pour une durée maximale de huit jours. Toutefois, cette codification faisait disparaître l'incendie involontaire du rang des délits contre les biens.

À la faveur de l'instauration d'un nouveau code pénal par quatre lois n^{os} 92-683, 92-684, 92-685 et 92-686 du 22 juillet 1992, entrées en vigueur le 1^{er} mars 1994, a été créée l'infraction de dégradation ou destruction involontaire du bien d'autrui par l'effet d'un incendie ou d'une explosion. Le professeur André Vitu (« Destruction, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes », in *J.-Cl. Pénal code*, articles 322-5 à 322-11, 2002) s'est plu à souligner que l'instauration de l'incendie involontaire pris dans une acception générale constitue une innovation majeure du nouveau code pénal. De fait, l'article 322-5 ne limite plus comme autrefois la répression des comportements fautifs à l'incendie de meubles ou d'immeubles limitativement énumérés, mais établit une règle générale qui s'apparente aux infractions involontaires créées par le nouveau code pénal.

Il a connu depuis son entrée en vigueur, parallèlement aux articles 121-3 et 223-1, une évolution tendant à en préciser l'élément légal. Il a ensuite intégré des modifications tendant à une meilleure prise en compte des risques humains et de ceux liés à l'environnement, ainsi qu'à une répression accrue de certains comportements déviants.

A. Éléments constitutifs du fait punissable

Prévoyant une incrimination générale, l'article 322-5 du nouveau code pénal disposait à l'origine : « La destruction, la dégradation ou la détérioration involontaire d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'une explosion ou d'un incendie provoqués par manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements est punie d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende. En cas de manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, les peines encourues sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 200 000 F d'amende. » Cette formulation constitue aujourd'hui les deux premiers alinéas de l'article 322-5 qui en compte désormais six. Elle a été légèrement modifiée par rapport au texte d'origine en ce sens que, dans le premier alinéa, l'on parle désormais de « prudence ou de sécurité » et non de « sécurité ou de prudence » et que, dans le second, le manquement poursuivi doit être *manifestement* délibéré et concerne une obligation *particulière*.

Comme toute infraction, l'incendie involontaire doit comporter un élément matériel, un élément moral et un élément légal.

Il résulte de la rédaction du texte qu'il ne réprime pas une destruction ou une détérioration potentielle mais bien un événement qui s'est réalisé. De même, comme par le passé, il n'est question de sanctionner que le dommage causé à autrui et non pas la destruction par l'auteur de ses propres biens. L'élément matériel de l'infraction n'appelle pas de développement complémentaire.

En revanche, en ce qui concerne l'élément légal, comme pour l'application des articles 121-3 et 223-1 du code pénal, l'infraction n'existe que si une obligation de prudence imposée par la loi ou les règlements a été violée. Il ne peut donc être question de sanctionner l'inobservation d'une règle morale, d'une règle de prudence, d'une règle de bienséance, voire même de bon sens, si celle-ci n'est pas prévue par la loi ou les règlements (administratifs). Ainsi, par un arrêt du 12 janvier 2010 (Crim., 12 janvier 2010, pourvoi n° 09-81.936, *Bull. crim.* 2010, n° 3), la chambre criminelle a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour retenir dans les liens de la prévention de dégradation involontaire par explosion ou incendie un fumeur qui, assurant dans une entreprise l'entretien du chauffage et de la climatisation, avait laissé en ce lieu une cigarette mal éteinte qui avait provoqué un incendie, [avait] retenu que le mis en cause « [avait] eu conscience d'avoir commis un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement, en fumant dans le local où il travaillait et en abandonnant sur un parquet en bois et à proximité d'un amoncellement de cartons, un mégot de cigarette sans l'éteindre ». La chambre criminelle a jugé « qu'en relevant à la charge [du prévenu] un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement, sans préciser la source et la nature de cette obligation, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ».

Cet arrêt se situe en droite ligne d'une décision du 4 septembre 2007 (Crim., 4 septembre 2007, pourvoi n° 06-83.383, *Bull. crim.* 2007, n° 192), par laquelle la chambre criminelle avait approuvé une cour d'appel d'avoir déclaré coupable d'incendie involontaire la propriétaire d'une maison, située dans un périmètre soumis au régime forestier, qui était équipée d'un groupe électrogène à l'origine d'un incendie ayant détruit 250 ha de forêts et de maquis, pour avoir omis de procéder au débroussaillage des abords de sa maison jusqu'à une distance de 50 m, y compris les fonds voisins non bâtis. La Cour de cassation avait fait sien ce raisonnement et jugé que le débroussaillage, le cas échéant sur l'héritage d'autrui, était une obligation de résultat mise à la charge du propriétaire et de ses ayants droit, dans les cas prévus par l'article L. 322-3 du code forestier, et par divers textes réglementaires dont un arrêté préfectoral portant règlement permanent en vue de prévenir les incendies de forêt, et que le moyen selon lequel le groupe électrogène en cause avait été normalement entretenu était inopérant.

Le professeur Michel Véron⁹⁸, commentant l'arrêt de 2010, observe que, comme pour les préventions issues de l'article 223-1 du code pénal, le principe de légalité impose que soit visé le texte qui sert de support à l'infraction poursuivie. C'est dire que, outre l'article 322-5 du code pénal, la prévention doit viser la loi ou le règlement qui prescrit l'obligation de sécurité ou de prudence. Cela pourra être, comme par le passé, l'obligation pour les propriétaires de forêts de procéder aux travaux de débroussaillage ou de maintien en état de débroussaillé prévus à l'article R. 322-5 du code forestier, l'obligation pour les usagers de respecter les interdictions de fumer édictées par arrêté préfectoral sur les terrains visés à l'article L. 322-1 du même code, ou encore celle pour ses administrés de respecter l'arrêt d'un maire prohibant la vente et l'utilisation de pièces d'artifice à certaines périodes de l'année pour éviter la survenance d'un incendie.

S'agissant de l'élément moral, nous noterons tout d'abord que, bien que l'article 322-5 du code pénal ne le prévoie pas expressément, un récent arrêt de la chambre criminelle a appliqué l'incrimination d'incendie involontaire à une personne morale (Crim., 22 février 2011, pourvoi n° 10-87.676, *Bull. crim.* 2011, n° 33).

Il résulte des deux premiers alinéas de l'article 322-5 du code pénal que l'élément moral peut être de deux types qui présentent entre eux une différence de degré, voire par certains aspects une différence de nature. L'un parle en effet de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité, l'autre de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité. Mais cela résulte de ce que ce texte, comme tous ceux qui sanctionnent des atteintes involontaires aux personnes ou aux biens, a été fortement influencé par l'article 121-3 du code pénal et par la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, qui a introduit l'aggravation de la sanction en cas de violation délibérée de la loi et des règlements.

Il est entendu que l'incendie involontaire n'implique pas l'existence d'une faute. Dès lors, il n'exige pas la démonstration que le prévenu ait eu conscience du risque qu'il faisait courir à autrui. Pour ce qui concerne l'élément moral de l'infraction que nous qualifierons

98. « L'incontournable désignation du texte fixant l'obligation de sécurité violée », in *Dr. pénal* 2010, comm. 44.

de générique, la meilleure définition est peut-être celle qu'en donnaient Adolphe Chauveau et Hélie Faustin⁹⁹ : « la loi ne demande point une intention de nuire ; elle n'exige même pas la seule volonté d'incendie ; elle suppose que l'incendie est purement involontaire ; mais elle punit l'imprudence ou la négligence qui l'a occasionné : c'est cette faute qui constitue la moralité du délit ». L'infraction est donc constituée dès lors qu'il est démontré que la personne poursuivie a omis de respecter une obligation précise à laquelle elle était tenue.

La nature de la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité semble quant à elle davantage s'apparenter à une manière de faute. Le professeur Michèle-Laure Rassat¹⁰⁰ observe, sans dissimuler un certain agacement, que cette formulation est difficile à interpréter, absurde et impraticable, au fond comme dans la forme : absurde, parce qu'elle suppose qu'une obligation légale peut être violée de manière incidente ou délibérée, alors qu'il convient de la respecter ; impraticable, parce qu'il sera malaisé de démontrer, à moins d'aveux fort improbables, que la violation a été délibérée. Aussi propose-t-elle que la distinction se fasse de façon plus logique en distinguant entre les imprudences banales et les imprudences d'une particulière gravité, et en confiant au juge, sous le contrôle de la Cour de cassation, le soin d'opérer cette distinction selon l'espèce. Le professeur André Vitu (*op. cit.*) définit quant à lui ce manquement délibéré comme l'attitude de celui qui, sachant les dangers que comporte l'omission des précautions qui s'imposent et alors même que celles-ci lui auraient été rappelées spécialement, choisit de ne pas les respecter, et prend ainsi volontairement le risque de reproduire le dommage qu'il devrait éviter. D'autres membres éminents de la doctrine, tels Jean Pradel et Michel Danti-Juan¹⁰¹, ou encore Dominique Viriot-Barrial¹⁰², expriment également cette difficulté de définition : les premiers pensent que cette incrimination s'applique bien au-delà d'une simple faute, par exemple de défaut d'entretien, la seconde qu'elle constitue une faute caractérisée qui expose autrui à un risque dont l'auteur ne peut ignorer l'existence. Le texte n'ayant pas donné, pour l'instant, lieu à une jurisprudence importante, la Cour de cassation n'a pas eu à trancher ce débat.

Enfin, l'arrêt précité du 22 février 2011 de la chambre criminelle a apporté, outre l'incrimination des personnes morales, une seconde innovation. La Cour de cassation a en effet appliqué l'article 322-5 du code pénal non pas à la provocation de l'incendie qui n'était pas démontrée, mais à la propagation du sinistre par suite de manquements à une obligation qui avaient pu contribuer aux destructions. Elle a ainsi cassé l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui avait annulé la mise en examen d'une personne morale du chef de destruction volontaire par incendie au motif qu'il ne résultait pas de la procédure qu'un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence était à l'origine de l'incendie, « alors qu'elle avait relevé que des manquements à des obligations réglementaires de sécurité et de prudence pouvaient avoir effectivement contribué aux destructions résultant de la propagation

99. *Théorie du code pénal*, tome III, 1^{re} partie, Société typographique belge, Bruxelles, 1840, p. 257.

100. *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^e éd., 2006.

101. *Droit pénal spécial*, Cujas, 3^e éd., 2004.

102. D. Viriot-Barrial « Destructions-Dégradations-Détériorations », in *Rép. pén. et proc. pén.*, Dalloz, juin 2010.

de l'incendie [...]». Cette position a été saluée par le professeur Saint-Pau¹⁰³ notamment, comme conforme à l'esprit du texte et en harmonie avec la jurisprudence relative à l'article 1384, alinéa 2, du code civil.

L'évolution récente de l'infraction d'incendie involontaire traduit le désir de l'État de tenir compte du risque constitué par des manquements à des obligations particulières de sécurité et de prudence. Elle traduit peut-être une certaine confusion entre acte volontaire et simple méconnaissance d'une obligation.

B. Évolution de la rédaction de l'article 322-5 du code pénal

Les lois n° 2004-204 du 9 mars 2004, n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 et n° 2011-525 du 17 mai 2011 ont notablement transformé l'article 322-5 du code pénal en lui ajoutant quatre alinéas prévoyant des peines progressivement plus lourdes dans les cas où l'incendie a détruit des bois, forêts, landes, maquis, plantations ou reboisements d'autrui si cet incendie est intervenu dans des conditions de nature à exposer les personnes à un dommage corporel ou à créer un dommage irréversible à l'environnement, s'il a provoqué pour autrui une incapacité totale de travail pendant au moins huit jours, ou encore s'il a provoqué la mort d'une ou plusieurs personnes.

Le texte est désormais ainsi rédigé, dans ses alinéas 3, 4, 5 et 6 :

« Lorsqu'il s'agit de l'incendie de bois, forêts, landes, maquis, plantations ou reboisements d'autrui, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 30 000 euros d'amende dans le cas prévu par le premier alinéa, et à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende dans le cas prévu par le deuxième alinéa.

Si cet incendie est intervenu dans des conditions de nature à exposer les personnes à un dommage corporel ou à créer un dommage irréversible à l'environnement, les peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende dans le cas prévu par le premier alinéa, et à cinq ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende dans le cas prévu par le deuxième alinéa.

Si l'incendie a provoqué pour autrui une incapacité totale de travail pendant au moins huit jours, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende dans le cas prévu par le premier alinéa, et à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende dans le cas prévu par le deuxième alinéa.

S'il a provoqué la mort d'une ou plusieurs personnes, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende dans le cas prévu par le premier alinéa, et à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 euros d'amende dans le cas prévu par le deuxième alinéa. »

Il faut dès l'abord relever que l'alinéa 4 érige en infraction le simple risque que fait encourir l'incendie involontaire à une personne ou à l'environnement. Ce texte sanctionne, sans

103. « La responsabilité pénale des personnes morales sans représentation », *in Gaz. Pal.*, 31 mars 2011, n° 90, p. 8.

qu'elle se soit réalisée, l'éventualité que le sinistre déclenché eût pu entraîner des conséquences graves pour les personnes ou pour les éléments naturels. Il traduit, tout à la fois, la préoccupation actuelle de prévention de tout risque identifié et la place accordée désormais aux possibles conséquences sur l'environnement des comportements humains. C'est là une évolution majeure à propos de laquelle la chambre criminelle n'a pas eu encore à se prononcer.

L'on ne peut s'empêcher de remarquer, toutefois, que les conditions d'aggravation de la sanction posées par l'alinéa 3 tendent à opérer, par la distinction qu'il instaure entre le régime général et l'énumération des meubles ou immeubles qui font l'objet de la destruction ou de la dégradation, un retour vers la formulation du texte tel qu'il existait avant le nouveau code pénal.

Prévoyant une augmentation notable du *quantum* des peines dans les cas où l'incendie involontaire occasionne des blessures entraînant une incapacité de travail supérieure à huit jours ou la mort d'une ou de plusieurs personnes, les alinéas 5 et 6 rapprochent quant à eux cette infraction de celle d'incendie volontaire prévue et punie par l'article 322-6 en son premier alinéa. Ainsi le *quantum* des peines édictées pour sanctionner la mort d'une ou plusieurs personnes par suite d'une destruction involontaire par l'effet d'un incendie ou d'une explosion consécutive à une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement est identique à celui qui est prévu par l'article 322-6, alinéa 1, du code pénal pour la destruction ou la dégradation volontaire de nature à créer un danger pour les personnes, soit dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende.

Cette comparaison s'arrête cependant au seuil des différentes circonstances aggravantes prévues pour réprimer la destruction volontaire par un moyen dangereux. Le législateur n'a sans doute pas voulu, par une sévérité accrue, en venir à réprimer les conséquences de l'imprudence comme celles de la volonté délictuelle, mais rappeler combien la frontière est étroite entre le risque pris, de propos délibéré, de violer la réglementation et l'acte volontaire.

Sous-section 4. La répression du risque créé pour soi-même

S'exposer, par l'effet de sa volonté ou par négligence, à un risque de dommage pour sa propre personne ou pour ses propres biens, n'est pas, en principe, constitutif d'une infraction autonome. La doctrine (voir notamment X. Pin, *Le Consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, § 239 et 242) en donne deux explications : l'une tiendrait à un mécanisme de confusion, inspiré du droit civil, entre les qualités d'auteur et de victime, pendant que l'autre découlerait d'un fait justificatif coutumier et distinct de ceux que la loi prévoit expressément.

Ce principe, et ses éventuelles exceptions, ne peuvent être examinés que dans une situation précise : celle dans laquelle le législateur a voulu que soit punie la prise pure et simple d'un risque. Cette situation ne doit pas se confondre avec celles dans lesquelles une victime potentielle s'expose aux fautes d'autrui, ou dans lesquelles elle entraîne, délibérément ou par imprudence ou négligence, d'autres dommages concrets que les siens propres.

* Dès lors, il faut éliminer du propos le risque de sanction pénale que fait courir à lui-même tout auteur d'un crime ou d'un délit : ce risque est trop général pour apporter des enseignements sur la doctrine de la chambre criminelle.

Cette étude n'est pas davantage le lieu de développer, au-delà d'une simple mention, les hypothèses assez nombreuses dans lesquelles une personne s'expose à devenir la victime d'une infraction commise principalement par autrui. Sont ainsi visés la prise de risque lorsqu'elle pousse un tiers à commettre une infraction d'abstention, ainsi que le consentement exprès d'une personne à la commission d'une infraction contre elle ou ses biens. Ces situations peuvent anéantir ou au moins atténuer la responsabilité pénale d'un auteur principal mais ne donnent pas lieu, sauf exceptions, à une poursuite de la victime comme coauteur ni même comme complice.

Dans le cadre de la première hypothèse, celle de la prise de risque par une victime potentielle, il faudrait notamment évoquer l'omission de porter secours (article 223-6 du code pénal), laquelle n'est généralement pas excusée par la volonté de la personne de porter atteinte à son intégrité ou à ses biens (à propos de la fourniture de renseignements permettant à une personne de mettre à exécution son projet de suicide : *Crim.*, 26 avril 1988, pourvoi n° 87-82.011, *Bull. crim.* 1988, n° 178, *in Gaz. Pal.*, 10 déc. 1988, note J.-P. Doucet, *D.* 1990, p. 479, note H. Fénaux ; à propos d'une partie de roulette russe : *Crim.*, 16 septembre 1992, pourvoi n° 92-83.082, *Dr. pénal* 1993, n° 78 ; à propos de l'ouverture d'une barrière laissant le passage à un automobiliste en état d'ivresse : *Crim.*, 5 juin 2007, pourvoi n° 06-86.228). Devant le danger physique, chacun doit être assisté, même si la possibilité de poursuivre ensuite la victime secourue pour mise en danger d'autrui, en l'occurrence les sauveteurs, a pu être envisagée. Il n'est d'exception, donc d'exonération de l'auteur de l'omission de porter secours, que dans des cas marginaux (au profit d'un marin breveté de secourisme mais confronté à la noyade d'un équipier par mer et vent forts : *Crim.*, 9 octobre 2001, pourvoi n° 01-82.430).

De la seconde hypothèse, celle du consentement de la victime, relève une abondante jurisprudence proprement pénale qui, non sans nuances, veut ne pas établir un fait justificatif que la loi n'établit point. Si la Cour de cassation a pu autrefois dépénaliser la pratique des duels, sa chambre criminelle n'admet pas facilement aujourd'hui le caractère exonératoire de l'exposition volontaire de la victime au risque d'atteintes à son intégrité, qu'il s'agisse de la pratique des sports dangereux (*Crim.*, 8 juin 1994, pourvoi n° 93-83.379 ; *Dr. pénal* 1994, comm. 230 par M. Véron, qui exclut la qualification de violences volontaires – mais *Crim.*, 16 octobre 1984, pourvoi n° 83-94.343, *Bull. crim.* 1984, n° 303, *Rev. sc. crim.* 1985, p. 811, note G. Levasseur, qui admet une poursuite pour violences involontaires), d'actes médicaux dénués de finalité thérapeutique ou réparatrice (à propos de la castration d'un transsexuel : *Crim.*, 30 mai 1991, pourvoi n° 90-84.420, *Bull. crim.* 1991, n° 232 ; *Rev. sc. crim.* 1992, p. 74, note G. Levasseur ; *Dr. pénal* 1992, comm. 255 par M. Véron : le chirurgien poursuivi invoquait sa curiosité scientifique plutôt que le consentement, au demeurant acquis, de la victime), de tortures sexuelles consenties (*Crim.*, 21 mars 2000, pourvoi n° 00-80.106 ; *Crim.*, 2 décembre 2009, pourvoi n° 09-82.447, rejetant un pourvoi mais sur deux moyens de procédure ; voir aussi J.-P. Marguenaud et J. Mouly, « La vie privée du salarié sadomasochiste », *in D.* 2009, p. 1861), de violations des consignes de sécurité sur les lieux du travail (rapelant le principe selon lequel la faute du salarié n'est pas exonératoire pour l'employeur si elle n'est cause exclusive du dommage : *Crim.*, 20 juillet 2011, pourvoi n° 10-86.705).

Relève de même de l'hypothèse du consentement de la victime la jurisprudence civile non moins fournie qui consacre, comme pour contrebalancer la rigueur gardée sur l'action

publique, la réduction de l'indemnisation des victimes qui ont commis une faute en lien avec leur préjudice.

Quant aux exceptions à l'impunité de la victime, autrement dit aux cas où la jurisprudence a consacré la possibilité d'une poursuite au titre de la coaction ou de la complicité, elles sont rares et reposent en général sur le concept d'indisponibilité du corps humain. Les actes chirurgicaux prohibés en ont donné une illustration classique dans l'affaire des stérilisés de Bordeaux (Crim., 1^{er} juillet 1937, *Bull. crim.* 1937, n° 139, D.H. 1937, 537 ; l'arrêt se fonde expressément sur le caractère limitatif des faits justificatifs légaux). L'interruption illégale de grossesse (article L. 2222-2 du code de la santé publique, qui n'exclut pas la poursuite contre la mère comme complice) pourrait, selon certains auteurs, y faire songer, bien que la chambre criminelle n'ait jamais eu à prendre position sur ce point.

En revanche, le législateur a pris position contre de telles poursuites en matière d'expérimentation biomédicale sans autorisation administrative (article 1126-5 du code de la santé publique, qui ne sanctionne que celui qui « pratique ou fait pratiquer »), d'emploi illicite (article L. 8221-5 du code du travail, qui ne vise que l'employeur et non la personne embauchée, les textes de répression étant les articles L. 8221-1 et L. 8224-1), ou encore de proxénétisme (articles 225-5 et 225-6 du code pénal ; Crim., 7 novembre 1973, pourvoi n° 72-93.394, *Bull. crim.* 1973, n° 408 D. 1974, 156, note E. Robert : la prostituée n'est pas poursuivie pour complicité, d'autant que pourrait prospérer une qualification autonome de racolage, prévue et réprimée par l'article 225-10-1 du code pénal).

Enfin, n'entre pas non plus dans le cadre strict d'une répréhensible prise de risque pour soi-même le manquement qui crée un risque pour d'autres personnes éventuellement identifiables. C'est alors ce risque pour autrui qui fonde la répression. On en trouve une illustration dans le domaine sanitaire : en refusant de pratiquer sur elle-même certains actes médicaux, en l'occurrence les vaccinations contre les maladies transmissibles (articles L. 3116-3-1 et L. 3116-4 du code de la santé publique), la personne se met certes en danger, mais elle porte également atteinte aux intérêts d'autrui. Le droit pénal du commerce offre également un exemple devenu classique en doctrine, celui de la vente à la boule de neige (article L. 122-6 du code de la consommation), dans laquelle un avantage commercial est conditionné par le placement de produits auprès de tiers ou par des recrutements ou adhésions en chaîne : l'achat est un risque pour la personne qui y procède, mais celle-ci envisage d'emblée de faire courir le même risque aux victimes qu'elle espère trouver à son tour. Quant aux « escroqueries à l'assurance », qui conduisent un assuré à se mutiler ou à porter atteinte à un de ses biens, elles sont considérées avant tout comme portant préjudice à la compagnie d'assurance.

* Sont en somme exceptionnels les cas de qualifications pénales qui sanctionnent la prise d'un risque pour la personne même de son auteur ou pour ses biens et qui par ailleurs sont à la fois indépendantes de la poursuite contre un tiers et indifférentes au préjudice causé à un tiers. Ils n'en présentent pas moins un intérêt théorique car ils mettent parfaitement en exergue la protection de valeurs supérieures à la volonté humaine par le droit pénal : le bon état moral et sanitaire de la population en général, une haute image de l'homme, sont ici concernés. Ils présentent en outre un intérêt juridique, suscitant de la part des auteurs-victimes des moyens de défense parfois originaux.

Des illustrations du propos seront naturellement trouvées dans les règles qui encadrent des activités irréductiblement dangereuses :

- Le travail industriel, notamment en ce que le salarié y est contraint de contribuer à sa santé et à sa sécurité personnelle (article L. 4122-1 du code du travail, qui n'est pas assorti de sanction pénale; article L. 4741-1, qui édicte de telles sanctions contre l'employeur ou le « préposé », sans exclure que ce dernier soit le travailleur exposé au risque concret). À propos de ces dispositions pénales, il faut signaler tout d'abord que la chambre criminelle n'a pas transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire qui lui était soumise, motif pris notamment de ce que l'élément matériel de l'infraction aurait été trop large et aurait laissé au juge une marge d'appréciation empiétant sur le domaine de la loi (Crim., 15 mars 2011, pourvoi n° 10-90.131). Il importe de relever ensuite que la même infraction ne peut être retenue à la fois contre l'employeur et contre son délégataire (voir livre 1, titre 1, chapitre 2, section 5.), en sorte que les poursuites contre un préposé, délégataire ou non de pouvoirs du chef de l'entreprise, qui se serait exposé lui-même au risque sont sans doute très rares et n'ont pas donné lieu à des développements jurisprudentiels perceptibles (voir D. Corrigan-Carsin, « L'obligation de sécurité du salarié », in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 233, notamment § 6);

- La consommation de substances nuisibles (article L. 3351-2 du code de la santé publique pour la détention de boissons interdites, article L. 3421-1 pour l'usage illicite de substances ou plantes classées comme stupéfiants), qui est interdite pour des raisons de protection sanitaire de l'usager autant, ou davantage, que pour des objectifs de police;

- Le sport de haut niveau, où des perspectives somme toute comparables se retrouvent (article L. 232-26 du code du sport, réprimant la détention de produits dopants : pour une application récente, Crim., 15 juin 2011, pourvoi n° 10-83.491);

- L'exposition volontaire à certains risques naturels prévisibles, au sujet de laquelle le code de l'environnement (article L. 562-5 II) coordonne, et ce faisant facilite, la constatation et la poursuite des infractions urbanistiques (articles L. 160-1, L. 480-4 et L. 480-14 du code de l'urbanisme), à défaut de prévoir une incrimination ou des peines spécifiques;

- La circulation routière, pour laquelle l'utilisation d'équipements de sécurité (ceinture, casque) sans intérêt concret pour les tiers est obligatoire (articles R. 412-1 et R. 431-1 du code de la route; on observera qu'en matière de sport le défaut de port des équipements de protection individuelle, prévus par les articles R. 322-27 à R. 322-38 du code du sport, n'est pas sanctionné pénalement). La chambre criminelle a pu énoncer que « l'obligation du port de la ceinture de sécurité pour les conducteurs et passagers des véhicules automobiles [...] n'est pas incompatible avec la Convention européenne des droits de l'homme dont l'article 9 et l'article 2 du Protocole additionnel n° 4 disposent que la liberté de conviction et celle de circuler librement sur le territoire d'un État peuvent faire l'objet de restrictions nécessaires notamment à la sécurité publique » (Crim., 4 février 1998, pourvoi n° 97-83.521. La Cour européenne des droits de l'homme a ultérieurement adopté un point de vue identique : CEDH, 14 décembre 1999, *Viel c. France*, requête n° 41781/98);

Cet ultime exemple montre que, comme la doctrine classique, des plaideurs s'interrogent sur les raisons qu'aurait le législateur pénal de porter atteinte à la liberté individuelle en contraignant les citoyens à se protéger, alors qu'aucun tiers, aucun bien, n'est par ailleurs

susceptible d'être atteint. La réponse de la chambre criminelle pose clairement le principe, fondamentalement humaniste, qui conduit la loi et les juges à protéger l'individu contre lui-même dans maintes circonstances objectivement périlleuses, quand bien même aucun autre intérêt concret ne serait concerné.

Sous-section 5. Le risque environnemental en droit pénal

A. Le régime pénal des installations classées

Lointaine héritière d'une loi du 19 décembre 1917 relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes, c'est une loi n° 76-663 du 19 juillet 1976, aujourd'hui codifiée dans le code de l'environnement, qui institue une surveillance administrative renforcée de certaines installations industrielles ou agricoles génératrices de risques pour l'environnement au titre des « installations classées pour la protection de l'environnement » (ICPE).

Quelques jours avant l'adoption définitive de cette loi, la catastrophe provoquée par un rejet de dioxine survenu en Lombardie, à Seveso, précipite une prise de conscience des autorités politiques communautaires, qui décident de se doter d'une politique commune de prévention des risques industriels majeurs. Cette réflexion débouche en 1982 sur la Directive 82/501/CEE du Conseil, du 24 juin 1982, dite « Seveso I », remplacée en 1996 par la Directive 96/80/CE, du Conseil, du 9 décembre 1996, dite « Seveso II ». Cette politique s'inscrit désormais dans une stratégie internationale pour la prévention des catastrophes menée au sein de l'Organisation des Nations unies par un représentant spécial du secrétaire général.

Il existe ainsi en France une politique publique visant, d'une part, à prévenir la survenance des risques majeurs¹⁰⁴, d'autre part, à y diminuer la vulnérabilité de notre organisation sociale, en améliorant sa résilience, c'est-à-dire notre capacité collective à y réagir efficacement. Cette politique se rend aujourd'hui visible par un effort d'information et de sensibilisation du public¹⁰⁵.

Suivant le degré de risque qu'elles présentent, certaines installations classées sont soumises à déclaration ou enregistrement, d'autres à autorisation préfectorale. Parmi ces dernières, les plus dangereuses, communément appelées par raccourci de langage « sites Seveso », voient leur autorisation d'exploiter assortie d'une servitude d'utilité publique. 670 sites français sont classés, suivant la terminologie de la directive, « Seveso seuil haut », 543 « Seveso seuil bas », et quelque 45 000 autres soumis à enregistrement ou autorisation.

Ces installations sont soumises à une réglementation visant à la prévention des risques. L'exploitant qui y manque s'expose à des sanctions administratives pouvant aller jusqu'à la fermeture de l'établissement.

104. Le risque majeur a été défini par le vulcanologue Haroun Tazieff, alors chargé de fonctions ministérielles, comme « la menace sur l'homme et son environnement direct, sur ses installations, dont la gravité est telle que la société se trouve absolument dépassée par l'immensité du désastre ».

105. Dans la lignée du rapport du groupe de travail dirigé par le préfet Mingasson qui, en 1989, avait déterminé que l'information des populations était une condition de la prévention et de la gestion de ces risques, et du « Grenelle environnement » initié en 2007, il a été lancé en 2010 un portail internet, <http://www.prim.net/>, qui agglomère notamment une chaîne de télévision, un site sur la réglementation communautaire et interne, une cartographie des sites classés, des ressources à destination des élus, etc.

Cette réglementation comporte également un volet pénal.

Les infractions prévues au code de l'environnement sont d'abord celles qui sanctionnent un risque réalisé : le rejet aquatique polluant (article L. 216-6 du code de l'environnement), ou encore l'épandage d'effluents agricoles en dehors des zones cultivées (article R. 216-8 du code de l'environnement).

Mais elles sanctionnent aussi le fait de ne pas se soumettre au contrôle administratif ou la violation des décisions des autorités publiques administratives, ou judiciaires. Constituent ainsi des délits punis de peines d'emprisonnement et d'amende le fait d'exploiter une installation sans l'autorisation ou l'enregistrement requis¹⁰⁶, ainsi que l'obstruction aux fonctions des personnes chargées de l'inspection ou de l'expertise des installations classées¹⁰⁷.

Dans la mesure où la réglementation et les contrôles administratifs en question ont précisément pour objet social la prévention des risques écologiques, et où le comportement incriminé n'a pas encore nécessairement produit de résultat affectant l'environnement, il s'agit donc d'infractions-obstacles¹⁰⁸.

L'absence alléguée de toxicité ou de dangerosité de l'installation est indifférente à la constitution de ces infractions : il suffit qu'elle soit assujettie à la police des installations classées par la nomenclature dressée par l'autorité réglementaire (Crim., 14 mai 1991, pourvoi n° 90-84.684, *Bull. crim.* 1991, n° 205), que le juge pénal a naturellement le pouvoir d'interpréter et d'appliquer (Crim., 11 octobre 1995, pourvoi n° 94-85.061). La norme pénale vise en effet ici à éviter un danger qui n'est que potentiel en incriminant le « risque du risque »¹⁰⁹, ce qui procède du postulat pragmatique que celui qui cherche à soustraire son activité aux contrôles de l'administration est sans doute enclin à une fraude aussi lucrative que dangereuse pour la nature et l'homme. Mais sont aussi incriminés le fait de ne pas se conformer à une décision administrative ou judiciaire de suspension, de fermeture ou d'interdiction, ou à un arrêté de mise en demeure, le fait de continuer à exploiter une installation sans se conformer aux prescriptions de l'administration, ou, lorsque l'activité a cessé, sans remettre convenablement le site en état malgré injonction¹¹⁰.

Dans ces hypothèses, qui présupposent une analyse technique préalable de l'installation par les experts de l'administration, on a franchi un degré dans l'appréciation de la probabilité d'un sinistre : si l'on admet que la réglementation et l'action de l'administration préviennent des dangers bien réels, le risque a alors revêtu une potentialité qui s'est notablement éloignée du virtuel. La jurisprudence de la chambre criminelle est alors plus rigoureuse. Elle a considéré :

106. Environ 115 condamnations ont été prononcées de ce chef chaque année entre 2005 et 2008.

107. Les condamnations infligées aux personnes physiques de ce chef par les juridictions françaises sont remarquablement peu nombreuses : entre 2005 et 2009, 1 à 5 par an.

108. Les infractions-obstacles sont définies par F. Desportes et F. Le Gunehec comme sanctionnant « un comportement dangereux susceptible de produire un résultat dommageable ou d'être suivi d'autres comportements pouvant produire un tel résultat et incriminé à titre principal, indépendamment de la réalisation de ce résultat », in *Droit pénal général*, Economica, septembre 2009, § 461, p. 420.

109. D. Roets, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », in *Rev. sc. crim.* 2007, p. 251.

110. Environ 50 condamnations sont prononcées chaque année de ces chefs par les juridictions françaises.

- que, lorsqu'un délai était fixé pour la mise en conformité, le moyen tiré de l'absence d'indication de ce délai dans la mise en demeure constituait une exception d'illégalité, ce qui a pour conséquence procédurale qu'il doit être soulevé avant tout moyen au fond (Crim., 17 février 1993, pourvoi n° 91-85.212, *Bull. crim.* 1993, n° 79);
- qu'une prorogation du délai initialement octroyé, si elle intervient postérieurement à son expiration, ne fait pas disparaître l'infraction qui s'est constituée dans l'intervalle (Crim., 13 février 1991, pourvoi n° 89-85.643);
- que les moyens tirés d'une absence de procédure contradictoire ou d'une insuffisance de motivation de l'arrêté préfectoral de mise en demeure sont inopérants dès lors que le préfet a compétence liée pour délivrer une telle mise en demeure (Crim., 21 février 2006, pourvoi n° 05-82.232, *Bull. crim.* 2006, n° 50);
- que celui qui a acquis les lieux en connaissance de leur passif environnemental, en s'engageant par contrat à se conformer aux arrêtés préfectoraux prescrivant leur remise en état, est pénalement responsable comme l'exploitant (Crim., 1^{er} avril 2008, pourvoi n° 07-86.096).

En 2010, l'inspection des installations classées, émanation du ministère chargé de l'environnement, a transmis aux parquets 1 250 procès-verbaux constatant une infraction pénale¹¹¹. En aval, le nombre significatif des pourvois traités par la chambre criminelle contre des décisions de condamnation à raison de telles infractions n'est pas lié à la sévérité des juges du fond : les peines prononcées consistent généralement en une amende de montant modeste, ce qui est à mettre en relation avec la perception que les infractions poursuivies ont un caractère formel. Il s'agit sans doute plutôt de différer, à défaut d'éviter, les mesures de remise en état qui, ensuite d'une condamnation, peuvent être ordonnées par l'administration ou les juridictions de jugement.

S'agissant de l'élément moral de ces infractions, dont les personnes morales peuvent être déclarées responsables¹¹², la chambre criminelle juge, par exemple en matière d'urbanisme, que la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1^{er}, du code pénal (Crim., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-87.911; Crim., 30 octobre 2007, pourvoi n° 07-81.505).

B. Les caractères de l'action civile en matière environnementale

L'action civile en matière de droit pénal de l'environnement présente une importante particularité, tenant aux personnes pouvant l'exercer.

Indépendamment des personnes ayant subi un préjudice direct et des associations de défense des animaux, dans les cas prévus à l'article 2-13 du code de procédure pénale, les associations de défense de l'environnement peuvent, en vertu de l'article L. 142-2 du code de l'environnement, réclamer des dommages-intérêts devant les juridictions pénales. Leur action est admise même en l'absence de dommage réalisé à l'environnement (Crim.,

111. http://installationsclassees.ecologie.gouv.fr/IMG/pdf/20110823_brochure_stats_2010.pdf.

112. Elles restent relativement peu poursuivies : entre 2004 et 2008, une personne morale a été condamnée pour dix personnes physiques.

5 octobre 2010, pourvoi n° 09-88.748). Dans un arrêt récent (Crim., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-87.679), la chambre criminelle a énoncé de manière nette que pouvait constituer un préjudice indemnisable, pour une association, le risque qu'avait pu faire courir à l'environnement la non-conformité fautive d'installations classées.

Les personnes morales de droit public peuvent elles aussi réclamer la réparation de certains de leurs préjudices : d'une part, les frais de lutte contre un incendie volontaire, en vertu de l'article 2-7 du code de procédure pénale ; d'autre part, tous les frais engagés pour atténuer les dommages résultant d'un incident ou d'un accident, ou pour éviter l'aggravation de ces dommages, en vertu de l'article L. 514-16 du code de l'environnement. Les collectivités publiques ou leurs groupements disposent également, en vertu de l'article L. 142-4 de ce code, de la faculté d'exercer les droits reconnus à la partie civile lorsque les faits portent un préjudice direct ou indirect au territoire sur lequel elles exercent leurs compétences. Encore faut-il pour être indemnisées qu'elles prouvent, comme tout plaideur, la réalité de leur préjudice et de son lien de causalité avec l'infraction reprochée au prévenu (Crim., 22 février 2011, pourvoi n° 10-81.015).

Il est à noter que depuis la loi n° 95-101 du 2 février 1995 dite « Barnier », aujourd'hui codifiée à l'article L. 142-3 du code de l'environnement, à condition d'être plusieurs, les personnes physiques ayant subi un dommage peuvent se constituer parties civiles par l'organe d'une association à qui elles donnent mandat. Ce mécanisme peu usité préfigure peut-être une forme d'action de groupe.

Quoiqu'on puisse considérer comme insuffisamment dissuasives les peines d'amende jusqu'ici prononcées pour réprimer des atteintes à l'environnement, la Cour de cassation ne s'est, jusqu'à présent, pas aventurée sur le terrain de la reconnaissance de l'existence d'un préjudice écologique (Crim., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-87.581), défini comme une altération de l'environnement qui ne se confondrait ni avec un dommage moral ni avec un dommage matériel. Le droit pénal de l'environnement ne présente au reste pas de particularisme en ce qui concerne la fixation des dommages-intérêts : la réparation allouée ne doit engendrer pour la victime ni perte ni profit. Le principe dit de réparation intégrale demeure cardinal : ce qui est à indemniser, c'est tout le préjudice, mais rien que le préjudice, et l'appréciation des juges du fond quant à sa réalité et à sa consistance demeure, très classiquement, souveraine (Crim., 25 octobre 1995, pourvoi n° 94-82.459, *Bull. crim.* 1995, n° 322).

La réflexion doctrinale française sur l'instauration possible de dommages-intérêts punitifs a été menée particulièrement loin, en 2005, par le groupe de travail présidé par le professeur Catala¹¹³. Au Parlement, l'idée a été explorée de manière approfondie par un groupe de

113. En 2005, ce groupe de travail a remis au garde des sceaux un avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, qui propose que soient ainsi rédigés l'article 1343 du code civil : « Est réparable tout préjudice certain consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif » ; l'article 1371 : « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public » ; et l'article 1362 : « [...] l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse, même licite, est tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité. Est réputée anormalement dangereuse l'activité qui crée un risque de dommages graves pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément ».

travail conduit par les sénateurs Anziani et Béteille, dont le rapport d'information a été déposé le 15 juillet 2009. Il recommande que soit écartée l'introduction dans le code civil de la notion de préjudice collectif, mais suggère d'envisager des dommages-intérêts punitifs plafonnés par la loi dans certains domaines particuliers, dont celui des atteintes à l'environnement¹¹⁴. Quant aux juges du fond, ils n'ont, pour l'heure, guère admis expressément la possibilité de telles sanctions civiles, de sorte que la chambre criminelle n'a pas eu à examiner cette question¹¹⁵. Il est à noter que, appelée à statuer sur l'*exequatur* d'un jugement américain comportant une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, la première chambre civile a récemment (1^{re} Civ., 1^{er} décembre 2010, pourvoi n° 09-13.303, *Bull.* 2010, I, n° 248) admis la conformité à l'ordre public international d'une telle mesure, dans son principe, tout en octroyant aux juges une certaine latitude pour apprécier sa proportionnalité avec le préjudice réel¹¹⁶. Sans doute le prisme de l'ordre public international français est-il trop étroit pour que l'on puisse aujourd'hui extrapoler à partir de cette solution se référant à l'exemple américain¹¹⁷.

Section 2. La prévention du risque dans le domaine de la santé publique

Sous-section 1. Réglementation du médicament

L'article L. 4211-1 du code de la santé publique dispose : « Sont réservées aux pharmaciens, sauf les dérogations prévues aux articles du présent code : 1° La préparation des

114. <http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-55825.html>.

115. Crim., 30 juin 2009, pourvoi n° 08-85.222, *Bull. crim.* 2009, n° 137 : en matière d'atteinte à des droits de propriété intellectuelle, la chambre criminelle a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt ayant fixé le montant de dommages-intérêts en prenant en considération le montant des amendes et le coût des mesures pénales, retenant que la cour d'appel n'avait fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation du préjudice. Ce mode de raisonnement fait penser – c'est en tout cas ce qu'a soutenu le demandeur au pourvoi – à la méthode employée par les juridictions américaines en matière de dommages-intérêts punitifs (voir note *infra*). Pour autant, il serait bien hasardeux de tenir la solution pour audacieuse dans la mesure où elle paraît conforme à l'esprit de l'article 13 de la Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, qui fait obligation aux autorités judiciaires des États membres, lorsqu'ils fixent des dommages-intérêts dans cette matière, de tenir compte de « tous les aspects appropriés, tels que le manque à gagner [...], les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant [...], les redevances ou les droits qui auraient été dus ». Ces termes ont été repris à l'article L. 331-1-3 du code de la propriété intellectuelle, créé par la loi de transposition n° 2007-1544 du 29 octobre 2007.

116. S'agit-il de l'amorce d'un contrôle, par la Cour de cassation, du montant des indemnités, qu'en matière de dommages-intérêts punitifs les auteurs du rapport d'information du Sénat précité appelaient de leurs vœux ? Une telle analyse mériterait confirmation.

117. Les droits de l'environnement et de la santé ainsi que les pratiques commerciales à l'égard des consommateurs sont les domaines de prédilection des *punitive damages*, aussi appelés *exemplary damages*, ou dommages-intérêts punitifs, auxquels les juges de certains États fédérés américains ont parfois recours lorsqu'il ne s'agit pas seulement de réparer le préjudice subi par la victime, mais d'adresser un message dissuasif à l'auteur et à tous ceux qui pourraient être tentés de le suivre. Dans un arrêt du 20 mai 1996, *BMW of North America, Inc. v. Gore*, la Cour suprême des États-Unis a fait le point sur les objectifs (réprimer un comportement illégal, dissuader pour l'avenir) et les critères de décision en matière de dommages-intérêts punitifs (spécialement : le degré de la faute, la proportionnalité des sommes allouées au préjudice effectivement subi, la prise en considération des sanctions civiles ou pénales pouvant être infligées par ailleurs).

médicaments destinés à l'usage de la médecine humaine; 4° La vente en gros, la vente au détail et toute dispensation au public des médicaments, produits et objets mentionnés au 1°, 2° et 3°; 5° La vente des plantes médicinales inscrites à la pharmacopée sous réserve des dérogations établies par décret [...].» Ces dispositions ont été considérées comme compatibles avec le droit communautaire, la chambre criminelle rappelant que « la réglementation instituant un monopole de la pharmacie, qui s'applique indistinctement aux produits importés des États membres de la Communauté européenne comme aux produits nationaux, est justifiée, au regard des articles 30 et 36 devenus 28 et 30 du Traité, par la protection de la santé publique » (Crim., 5 septembre 2000, pourvoi n° 99-85.437, *Bull. crim.* 2000, n° 261; Crim., 9 septembre 2008, pourvoi n° 07-87.588). Il convient de rappeler sur ce point que, par un important arrêt du 19 mai 2009, la Cour de justice des Communautés européennes a relevé que « les libertés d'établissement et de circulation des capitaux ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui empêche des personnes n'ayant pas la qualité de pharmaciens de détenir et d'exploiter des pharmacies », car, « lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à l'importance de risques pour la santé des personnes, il importe que l'État membre puisse prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité de ces risques soit pleinement démontrée. En outre, l'État membre peut prendre les mesures qui réduisent, autant que possible, un risque pour la santé publique, y compris, plus précisément, un risque pour l'approvisionnement en médicaments de la population sûr et de qualité » (CJCE, 19 mai 2009, Commission des Communautés européennes c. République italienne, affaire n° C-531/06 et affaires jointes Apothekerkammer des Saarlandes et autres (C-171/07) et Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) c. Saarland et Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales).

A. Le monopole de la préparation et de la vente des médicaments

Si quelques textes de droit pharmaceutique ont tenté de donner une définition du médicament (telle l'ordonnance royale du 20 septembre 1820), ce n'est qu'au vu d'une seule construction jurisprudentielle que ce concept a été défini pour la première fois avec la loi du 11 septembre 1941, dont l'article 1^{er} disposait : « on entend par médicament toute substance, drogue, ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines et conditionnées en vue de la vente au poids médicinal [...] ».

Aujourd'hui, aux termes de l'article 1^{er}, § 2, alinéa 1, de la Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (qui a abrogé la Directive 65/65/CEE du Conseil, du 26 janvier 1965), est un médicament « toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines », de même que, selon le § 2, second alinéa, « toute substance ou composition pouvant être administrée à l'homme en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier des fonctions physiologiques chez l'homme ».

Cette directive a été modifiée par la Directive 2004/27/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, dont l'un des objectifs a été de clarifier les définitions de manière à assurer un niveau élevé d'exigences de qualité, de sécurité et d'efficacité des médicaments à usage humain. C'est ainsi qu'afin de prendre en compte, d'une part, l'émergence de nouvelles

thérapies, d'autre part, le nombre croissant de produits dits « frontière » entre le secteur des médicaments et les autres secteurs, la définition du médicament a été modifiée pour éviter que, lorsqu'un produit répond pleinement à la définition du médicament mais pourrait aussi répondre à la définition d'autres produits réglementés, il y ait un doute sur la législation applicable. En ce sens, la directive spécifie le type d'action que peut exercer le médicament sur les fonctions physiologiques, cette énumération d'actions permettant en outre d'inclure des médicaments tels que les thérapies géniques, les produits radiopharmaceutiques ainsi que certains médicaments à usage local. Il résulte de ce nouveau texte qu'est considérée comme un médicament « a) toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou b) toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou pouvant lui être administrée en vue soit de restaurer, de corriger ou de modifier des fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique, soit d'établir un diagnostic médical ».

En droit interne, le médicament est défini par l'article L. 5111-1 du code de la santé publique, tel que modifié par la loi n° 2007-248 du 26 février 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament. Aux termes de ce texte, « on entend par médicament toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou chez l'animal ou pouvant leur être administrée, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique. Sont notamment considérés comme des médicaments les produits diététiques qui renferment dans leur composition des substances chimiques ou biologiques ne constituant pas elles-mêmes des aliments, mais dont la présence confère à ces produits, soit des propriétés spéciales recherchées en thérapeutique diététique, soit des propriétés de repas d'épreuve [...]. Lorsque, eu égard à l'ensemble de ses caractéristiques, un produit est susceptible de répondre à la fois à la définition du médicament prévue au premier alinéa et à celle d'autres catégories de produits régies par le droit communautaire ou national, il est, en cas de doute, considéré comme un médicament ».

La définition du médicament par présentation

La notion de médicament par présentation découle à la fois des dispositions de l'article L. 5111-1 du code de la santé publique telles qu'elles résultent des directives communautaires et de la jurisprudence particulièrement extensive de la Cour de justice des Communautés européennes. Elle recouvre aujourd'hui :

- les produits décrits ou recommandés comme possédant des propriétés curatives ou préventives (éventuellement au moyen d'étiquettes, de notices ou d'une présentation orale) ;
- les produits apparaissant, même implicitement, aux yeux d'un consommateur moyennement averti, eu égard à leur présentation et notamment leur conditionnement, comme ayant lesdites propriétés.

S'agissant de ce second cas de figure, la CJCE a précisé qu'il fallait tenir compte de l'attitude du consommateur moyennement avisé auquel la forme donnée à un produit pourrait inspirer une confiance particulière, du type de celle qu'inspirent normalement les médicaments compte tenu des garanties qui entourent leur fabrication comme leur commercialisation

(CJCE, 15 novembre 2007, Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne, affaire n° C-319/05, Recueil de jurisprudence 2007, p. I-9811, § 47).

Elle a par ailleurs rappelé dans le même arrêt (p. I-9811, § 52) que, selon une jurisprudence constante, la forme extérieure donnée à un produit ne saurait, bien qu'elle constitue un indice sérieux de l'intention du vendeur ou du fabricant de le commercialiser en tant que médicament, constituer un indice exclusif et déterminant sous peine d'englober certains produits d'alimentation traditionnellement présentés sous des formes analogues à celles des médicaments (par exemple, la présentation sous forme de gélules ne se suffit pas à elle seule).

Faisant application de ces règles, la chambre criminelle a rendu de nombreuses décisions sur cette notion, et notamment plusieurs décisions récentes aux termes desquelles il appartient au juge de rechercher si les produits sont présentés comme possédant des propriétés curatives et préventives à l'égard des maladies humaines (Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 07-87.519; Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-84.480; Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-84.480; Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 07-88.598; Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 07-88.599, *Bull. crim.* 2009, n° 84 et Crim., 19 mai 2009, pourvoi n° 08-83.747, *Bull. crim.* 2009, n° 99).

La définition du médicament par fonction

Selon l'article 1 § 2 de la Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instaurant un code communautaire relatif aux médicaments, telle que modifiée par la Directive 2004/27/CE du 31 mars 2004 précitée, est un médicament par fonction « toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou pouvant lui être administrée en vue soit de restaurer, de corriger ou de modifier des fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique, soit d'établir un diagnostic médical ».

En droit français, la loi n° 2007-248 du 26 février 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament a complété la définition du médicament par fonction, conformément à ce texte, en prévoyant dans l'article L. 5111-1 du code de la santé publique que la substance ou le produit en cause exerce « une action pharmacologique, immunologique ou métabolique ».

En ce qui concerne la jurisprudence, il convient de remarquer que, à la différence de la notion de médicament par présentation qui a donné lieu à une interprétation extensive de la part de la CJCE ayant pour objectif de préserver les consommateurs des produits qui n'auraient pas l'efficacité qu'ils seraient en droit d'attendre, la notion de médicament par fonction est interprétée de façon restrictive, afin de concilier l'objectif de protection de la santé publique avec le principe de libre circulation des marchandises.

C'est ainsi que la CJCE rappelle avec constance que, pour décider si un produit relève de la définition du médicament par fonction, les autorités nationales, agissant sous le contrôle du juge, doivent se prononcer au cas par cas, en tenant compte de l'ensemble des caractéristiques du produit, dont notamment sa composition, ses propriétés pharmacologiques, immunologiques ou métaboliques telles qu'elles peuvent être établies en l'état actuel de la connaissance scientifique, ses modalités d'emploi, l'ampleur de sa diffusion, la connaissance qu'en ont les consommateurs et les risques que peut entraîner son utilisation (CJCE,

15 janvier 2009, Hecht-Pharma GmbH c. Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Lüneburg, affaire n° C-140/07, *Recueil de jurisprudence* 2009, p. I-00041, § 39).

La Cour est d'ailleurs allée au-delà de cette définition pour en préciser la portée sur plusieurs points. Elle a ainsi indiqué « qu'un produit ne peut pas être considéré comme un médicament par fonction lorsque, compte tenu de sa composition, y compris son dosage en substances actives et dans des conditions normales d'emploi, il n'est pas capable de restaurer, de corriger ou de modifier des fonctions physiologiques de manière significative en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique » (CJCE, 15 janvier 2009, Hecht-Pharma GmbH c. Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Lüneburg, précité, § 42). En effet, l'effet physiologique n'est pas spécifique aux médicaments : il constitue un critère utilisé également pour la définition du complément alimentaire. Aussi, afin de préserver l'effet utile de ce critère, le fait qu'un produit ait des propriétés bénéfiques pour la santé en général n'est pas suffisant pour le qualifier de médicament et il doit avoir à proprement parler la fonction de prévenir ou de guérir. Elle a ainsi considéré qu'une préparation d'ail sous forme de gélules, dont l'incidence sur les fonctions physiologiques ne dépasse pas les effets que peut avoir une denrée alimentaire consommée en quantité raisonnable, n'a pas d'effet sur le métabolisme et ne saurait dès lors être qualifiée de produit capable de restaurer, corriger ou modifier des fonctions physiologiques au sens de l'article 1 § 2 de la Directive 2001/83 (CJCE, 15 novembre 2007, Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne, affaire n° C-319/05, *Recueil de jurisprudence* 2007, p. I-09811).

Le risque qu'un produit présenterait pour la santé n'est pas un élément qui permet d'indiquer qu'il possède une efficacité pharmacologique et, s'il doit être pris en compte dans le cadre de la qualification du produit comme médicament par fonction, il n'en est pas moins un critère autonome. C'est ce que la CJCE vient de rappeler à propos de la mise sur le marché allemand de comprimés d'encens indien : « L'article 1^{er}, point 2, de la Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, telle que modifiée par la Directive 2004/27/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, doit être interprété en ce sens qu'un produit dans la composition duquel entre une substance ayant un effet physiologique lorsqu'elle est utilisée à une certaine dose n'est pas un médicament par fonction lorsque, compte tenu de son dosage en substances actives et dans des conditions normales d'emploi, il constitue un risque pour la santé, sans toutefois être capable de restaurer, de corriger ou de modifier des fonctions physiologiques chez l'homme » (CJCE, 30 avril 2009, Bios Naturprodukte GmbH c. Saarland, affaire n° C-27/08).

La Cour de cassation a repris ces principes. C'est ainsi que la chambre commerciale a fait application de ces mêmes critères et censuré un arrêt de cour d'appel qui, se fondant sur les seules propriétés pharmacologiques du produit en cause, sans tenir compte de ses autres caractéristiques, avait dit que la vitamine C constitue un médicament par fonction (Com., 27 janvier 2009, pourvois n^{os} 08-10.892, 08-10.432, 08-10.976 et 08-11.068, *Bull.* 2009, IV, n° 10).

Au cours des dernières années, la chambre criminelle n'a cessé quant à elle de préciser sa jurisprudence pour rendre en 2009 plusieurs décisions dont il résulte qu'il appartient au juge de « procéder au cas par cas, en tenant compte de l'ensemble des caractéristiques de

chaque produit, dont notamment sa composition, ses propriétés pharmacologiques, immunologiques ou métaboliques, établies en l'état actuel de la connaissance scientifique, ses modalités d'emploi, l'ampleur de sa diffusion, la connaissance qu'en ont les consommateurs et les risques que peut entraîner son utilisation pour la santé [...]» (Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 07-88.599, *Bull. crim.* 2009, n° 84; voir aussi Crim., 19 mai 2009, pourvoi n° 08-83.747, *Bull. crim.* 2009, n° 99; Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-84.480; Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 07-88.598). Il en découle que plusieurs aspects du produit doivent donner lieu à un examen individualisé par le juge :

- sa composition;
- ses propriétés pharmacologiques, immunologiques ou métaboliques;
- ses modalités d'emploi;
- l'ampleur de sa diffusion;
- la connaissance qu'en ont les consommateurs;
- les risques que peut entraîner son utilisation pour la santé.

Chacun de ces éléments contribue à la définition du médicament par fonction, le plus important demeurant que le produit soit capable de restaurer, de corriger ou de modifier des fonctions physiologiques de manière significative.

Les derniers éléments de définition donnés par la jurisprudence

Depuis les arrêts des 5 et 19 mai 2009 précités, la chambre criminelle a rendu plusieurs décisions relatives à la définition des médicaments, à l'occasion desquelles elle a prononcé plusieurs cassations (Crim., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-86.608; Crim., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-83.727; Crim., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-82.844; Crim., 11 janvier 2011, pourvoi n° 10-81.100). Elle a eu notamment à connaître de pourvois contre des décisions des cours d'appel de renvoi désignées après cassation dans certains des arrêts des 5 et 19 mai 2009, rappelant à cette occasion que la qualification de médicament par fonction s'apprécie, au cas par cas, au regard de la situation de chaque produit, en tenant compte de l'ensemble de ses caractéristiques, notamment en examinant sa composition, ses modalités d'emploi, ses propriétés pharmacologiques, immunologiques ou métaboliques dont il se déduit qu'il est capable de restaurer, corriger ou modifier les fonctions physiologiques de manière significative et qu'il ne s'agit pas d'un complément alimentaire, ainsi que les risques liés à son utilisation. Constitue un médicament par présentation le produit qui est présenté comme possédant des propriétés curatives et préventives à l'égard des maladies humaines. Justifie en conséquence sa décision la cour d'appel qui qualifie des produits de médicaments en se référant à de tels critères (Crim., 22 février 2011, pourvoi n° 10-81.742, *Bull. crim.* 2011, n° 34; pourvoi n° 10-81.359, *Bull. crim.* 2011, n° 35; pourvoi n° 10.83.767).

Très récemment, elle a rendu plusieurs décisions dans lesquelles elle s'est efforcée de clarifier encore l'analyse à laquelle doivent procéder les juridictions du fond afin de constater une éventuelle violation des dispositions du code de la santé publique destinées à prévenir les risques liés à la commercialisation sans contrôle de produits ayant les caractéristiques de médicaments. Elle rappelle qu'il convient de procéder à l'analyse concrète exigée par les textes dont il résulte que, d'une part, constitue un médicament par présentation le produit qui est présenté comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines, d'autre part, constitue un médicament par fonction le produit qui,

examiné au cas par cas, en tenant compte de l'ensemble de ses caractéristiques, notamment sa composition, ses modalités d'emploi, les risques liés à son utilisation, ses propriétés pharmacologiques, immunologiques ou métaboliques, est capable de restaurer, corriger ou modifier les fonctions physiologiques de manière significative pour décider si un produit constitue ou non un médicament (Crim., 3 mai 2011, pourvoi n° 09-88.525; Crim., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-82.339).

Médicaments et compléments alimentaires

Ces définitions du médicament se révèlent aujourd'hui particulièrement nécessaires avec le développement et la commercialisation de plus en plus grande des compléments alimentaires, un produit pouvant répondre à plusieurs qualifications.

Les compléments alimentaires ont été définis par l'article 15-2 du décret du 15 avril 1912 pris pour l'application de la loi du 1^{er} août 1905, dans sa rédaction issue du décret n° 97-964 du 14 octobre 1997, comme « des produits destinés à être ingérés en complément de l'alimentation courante afin de pallier l'insuffisance réelle ou supposée des apports journaliers ». Ils sont actuellement régis par la Directive 2002/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 10 juin 2002, relative au rapprochement des législations des États membres de l'Union européenne concernant les compléments alimentaires et dont les annexes I et II établissent la liste des vitamines et minéraux pouvant être utilisés pour leur fabrication. Cette directive a été suivie du Règlement n° 1925/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, concernant l'adjonction de vitamines, de minéraux et de certaines autres substances aux denrées alimentaires et récemment modifiée par le Règlement n° 1170/2009 de la Commission, du 30 novembre 2009, en ce qui concerne la liste des vitamines et minéraux et celle de leurs formes qui peuvent être ajoutés aux denrées alimentaires, y compris les compléments alimentaires. En France, sa transposition a été assurée par le décret n° 2006-352 du 20 mars 2006 qui renvoie à un arrêté du 9 mai 2006 relatif aux nutriments pouvant être employés dans la fabrication des compléments alimentaires et aux termes duquel constituent des compléments alimentaires : « les denrées alimentaires dont le but est de compléter le régime alimentaire normal et qui constituent une source concentrée de nutriments [vitamines et minéraux] ou d'autres substances ayant un effet nutritionnel ou physiologique, seuls ou combinés, commercialisés sous forme de doses, à savoir les formes de présentation telles que les gélules, les pastilles [...] et les autres formes analogues de préparations liquides ou en poudre destinées à être prises en unités mesurées de faible quantité ».

Plus précisément, il résulte de la combinaison des articles 2 et 4 du décret que seuls peuvent être utilisés pour la fabrication des compléments alimentaires : les nutriments (vitamines, minéraux) et les substances à but nutritionnel ou physiologique (à l'exception de celles possédant des propriétés exclusivement pharmacologiques), les plantes et préparations de plantes..., les autres ingrédients dont l'utilisation en alimentation humaine est traditionnelle ou reconnue comme telle au sens du Règlement du 27 janvier 1997 relatif aux nouveaux aliments ou aux nouveaux ingrédients alimentaires, les additifs, les arômes et les auxiliaires technologiques autorisés en alimentation humaine. Précisant cette définition, l'article 7 prévoit que constituent des « plantes et préparations de plantes » : les parties de plantes et les plantes traditionnellement considérées comme alimentaires (à la condition qu'elles aient été considérées comme telles par un arrêté spécifique), à l'exclusion de leurs

préparations non traditionnelles en alimentation humaine, les plantes et les préparations de plantes, autorisées par arrêté des ministres chargés de la consommation, de l'agriculture et de la santé, pris après avis de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments, selon la procédure prévue aux articles 16 et 17 du décret.

L'examen de ces textes confirme que le critère de l'effet physiologique est commun au médicament et au complément alimentaire. Selon la Cour de justice, ce critère ne peut suffire à qualifier un médicament sous peine de le priver d'effet utile pour l'application de la Directive 2002/4; de la même façon, il ne peut non plus suffire, sous prétexte qu'il qualifie un complément alimentaire, à exclure la qualification de médicament. Aussi, dans une telle hypothèse, la qualification d'un produit en tant que médicament ou denrée alimentaire doit être opérée en tenant compte de l'ensemble des caractéristiques du produit (CJCE, 9 juin 2005, HLH Warenvertriebs GmbH, affaire n° C-211/03 et Orthica BV, affaires n° C-299/03 et C-316/03 à C-318/03 c. Bundesrepublik Deutschland).

Dépendant du code de la consommation, les compléments alimentaires font l'objet d'une déclaration auprès de la direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes qui examine leur composition et réalise des contrôles et, contrairement aux médicaments, leur commercialisation ne nécessite pas d'autorisation individuelle de mise sur le marché.

Aux termes de l'article 8, « l'étiquetage des compléments alimentaires, leur présentation et la publicité qui en est faite n'attribuent pas à ces produits des propriétés de prévention, de traitement ou de guérison d'une maladie humaine, ni n'évoquent ces propriétés ». Les compléments alimentaires ne peuvent être mis en vente que sous un étiquetage précisant notamment la dénomination de vente « complément alimentaire », le nom des catégories de nutriments ou substances caractérisant le produit ou une indication relative à leur nature ainsi que la portion journalière de produit dont la consommation est recommandée.

Aux termes du dernier alinéa de l'article L. 5111-1 (qui résulte de l'article 2 § 2 de la Directive 2001/83), « lorsque, eu égard à l'ensemble de ses caractéristiques, un produit est susceptible de répondre à la fois à la définition du médicament et à celle d'autres catégories de produits régies par le droit communautaire ou national, il est, en cas de doute, considéré comme un médicament ». La Cour de justice a rappelé la portée de ce texte en précisant qu'il devait être interprété en ce sens que la Directive 2001/83 ne s'applique pas à un produit dont la qualité de médicament par fonction n'est pas scientifiquement établie sans pouvoir être exclue. Il en résulte qu'un produit dit « frontière » n'est régi par le régime des médicaments que s'il est établi qu'il constitue un médicament dans les conditions prévues par la Directive 2001/83 (CJCE, 15 janvier 2009, Hecht-Pharma GmbH c. Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Lüneburg, affaire n° C-140/07).

Mais, dès lors qu'un produit répond à la notion de médicament, il doit être tenu pour tel, et soumis au régime correspondant, quand bien même il entrerait dans le champ d'application d'une autre réglementation. Dans ces conditions, selon la Cour de justice, il convient tout d'abord de vérifier si le produit en cause constitue un médicament au sens de la Directive 2001/83 (même décision). C'est ce qu'a rappelé la chambre criminelle dans un arrêt récent aux termes duquel « lorsque, eu égard à l'ensemble de ses caractéristiques, un produit est

susceptible de répondre à la fois à la définition du médicament et à celle de complément alimentaire résultant du décret du 20 mars 2006, il est, en cas de doute, considéré comme un médicament » (Crim., 19 mai 2009, pourvoi n° 08-83.747, *Bull. crim.* 2009, n° 99).

Il convient enfin de préciser que la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, a confié à l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (devenue depuis janvier 2010 l'Agence nationale chargée de la sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail) la mise en œuvre du système de vigilance sur les nouveaux aliments, les compléments alimentaires, les aliments qui font l'objet d'adjonctions de substances à but nutritionnel ou physiologique, ainsi que sur les produits destinés à une alimentation particulière.

B. Le monopole de la vente des plantes médicinales

La commercialisation des plantes médicinales est, en principe, réservée aux pharmaciens : conformément à l'article L. 4211-15° du code de la santé publique, la vente des plantes médicinales inscrites à la pharmacopée relève du monopole pharmaceutique sous réserve des dérogations établies par décret.

La définition des plantes médicinales dans la pharmacopée précise que ces plantes sont des drogues végétales qui possèdent des propriétés médicamenteuses. Elles peuvent également avoir des usages alimentaires, condimentaires ou hygiéniques.

La liste des plantes médicinales se présente sous forme de tableaux. Elle est structurée en deux parties : une liste A « plantes médicinales utilisées traditionnellement » et une liste B réunissant les « plantes médicinales utilisées traditionnellement en l'état ou sous forme de préparation dont les effets indésirables potentiels sont supérieurs au bénéfice thérapeutique attendu ». En 2009, la liste A comportait 333 plantes médicinales, la liste B en comprenait 115. Pour chaque plante médicinale étaient précisés son nom français, son nom scientifique actuellement admis, sa famille botanique, la partie utilisée et, dans le cas de la liste B, la ou les parties de la plante connues pour leur toxicité.

Les articles D. 4211-11 et D. 4211-12 du code de la santé publique prévoient des dérogations à cette règle en énumérant limitativement les plantes et parties de plantes médicinales inscrites à la pharmacopée dont la vente par des personnes autres que les pharmaciens et les herboristes est autorisée. Trente-quatre plantes vendues « en l'état », c'est-à-dire sans transformation et non accompagnées d'indications thérapeutiques, et des mélanges, bénéficiaient jusqu'en 2008 de ce régime. Deux décrets du 22 août 2008 ont récemment modifié l'état du droit :

- le décret n° 2008-841 relatif à la vente au public des plantes médicinales inscrites à la pharmacopée et modifiant l'article D. 4211-11 du code de la santé publique, qui permet la sortie du monopole pharmaceutique de 148 plantes inscrites à la pharmacopée ;
- le décret n° 2008-838 relatif à la vente au public des plantes médicinales inscrites à la pharmacopée et modifiant l'article D. 4211-12 du code de la santé publique, qui permet la vente, hors monopole, de plantes inscrites à la pharmacopée autorisées dans le cadre de la réglementation sur les compléments alimentaires (il est rappelé que le décret du 20 mars 2006 précité relatif aux compléments alimentaires prévoit que peuvent être utilisées pour

la fabrication des compléments alimentaires « les plantes et préparations de plantes traditionnellement considérées comme alimentaires, à l'exclusion de leurs préparations non traditionnelles en alimentation humaine ». Ainsi, « lorsque l'emploi de plantes médicinales inscrites à la pharmacopée a été autorisé dans les compléments alimentaires en application du décret du 20 mars 2006 relatif aux compléments alimentaires, ces compléments alimentaires peuvent être vendus par des personnes autres que des pharmaciens. Toutefois, [cela] ne s'applique pas aux compléments alimentaires contenant des plantes ou parties de plantes médicinales qui figurent sur la liste publiée au chapitre IV. 7. B de la pharmacopée française, dans les conditions prévues à l'article R. 5112-2 du code de la santé publique ».

La chambre criminelle a rappelé à plusieurs reprises que les juges doivent rechercher si les produits dont l'examen leur était soumis ne sont pas l'objet du monopole pharmaceutique comme étant composés de plantes médicinales (Crim., 8 février 1990, pourvoi n° 89-80.711 ; Crim., 7 mars 2006, pourvoi n° 05-83.065 et Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 07-88.598 ; Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 07-88.599, *Bull. crim.* 2009, n° 84).

Sous-section 2. Prévention des risques et lutte contre le tabagisme

A. L'interdiction de la publicité en faveur du tabac

Enjeu majeur de santé publique, la lutte contre le tabac s'est traduite, tant sur le plan communautaire qu'au niveau national, par l'adoption de textes de plus en plus rigoureux et tendant à interdire toute forme de publicité en faveur du tabac.

En droit communautaire, une première Directive du 6 juillet 1998, la Directive 98/43/CE du Parlement européen et du Conseil, concernant la publicité et le parrainage en faveur des produits du tabac au sein de l'Union européenne, a été prise, mais annulée par un arrêt du 5 octobre 2000 de la Cour de justice des Communautés européennes au motif de l'incompétence du législateur communautaire pour l'adopter (CJCE, 5 octobre 2000, République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, affaire n° C 376/98). La Cour a en effet estimé que la directive ne constituait pas une restriction disproportionnée à la liberté d'expression en imposant une large interdiction de la publicité en faveur des produits du tabac, mais qu'il n'en allait pas de même de l'interdiction de la publicité pour les produits de diversification, et qu'il n'allait pas de soi que la publicité pour les produits et services autres que le tabac portant des marques ou autres éléments distinctifs associés au tabac puisse avoir un effet sur le niveau de consommation de ces derniers produits, de manière globale.

Cette Directive 98/43/CE a été remplacée par la Directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 mai 2003, visant à harmoniser les dispositions des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac. Elle a pour objet de réglementer la publicité et le parrainage dans les médias et d'éliminer les entraves à la libre circulation des marchandises et des services. Est ainsi interdite la publicité en faveur de produits du tabac dans les médias imprimés et les services de la société de l'information (article 3), à la radio (article 4) et par le parrainage de manifestations internationales (article 5). Il en résulte que l'apposition de publicité sur les panneaux d'un site sportif, mais

aussi sur les véhicules ou les sportifs eux-mêmes, est interdite lors des manifestations ou activités ayant des effets transfrontaliers.

En France, la lutte contre le tabac a d'abord donné lieu à la loi n° 76-616 du 9 juillet 1976 relative à la lutte contre le tabagisme, dite « loi Veil », puis à la loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, dite « loi Evin », codifiées dans le code de la santé publique. Il convient de remarquer que ces dispositions figurent aujourd'hui dans la troisième partie de ce code, qui est consacrée à « la lutte contre les maladies et dépendances » et plus précisément dans le livre cinquième relatif à la lutte contre le tabagisme et la lutte contre le dopage.

L'application par la Cour de cassation des dispositions relatives à la réglementation de la publicité en faveur du tabac

La condamnation de la publicité illicite en faveur du tabac

L'interdiction de la publicité en faveur du tabac recouvre plusieurs cas. Elle s'applique au premier chef à la publicité directe ou indirecte. Ainsi, l'article L. 3511-3 du code de la santé publique interdit toute publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac, des produits du tabac ainsi que toute distribution gratuite ou vente d'un produit du tabac à un prix de nature promotionnelle contraire aux objectifs de santé publique. L'article 3511-4 définit la publicité indirecte comme « la propagande ou la publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre que le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 lorsque, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une marque, d'un emblème publicitaire ou un autre signe distinctif, elle rappelle le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 ».

L'interdiction concerne également les opérations de parrainage et le mécénat. Ainsi, l'article 3511-3, alinéa 3, du code de la santé publique interdit toute opération de parrainage lorsqu'elle a pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité directe ou indirecte en faveur du tabac ou des produits du tabac. Il s'agit d'une interdiction de caractère absolu qui ne comporte aucune dérogation.

Elle s'applique enfin aux opérations promotionnelles, la loi Evin et la directive communautaire interdisant la distribution ou l'offre à titre gratuit des produits du tabac ou des ingrédients dans le cadre d'offres promotionnelles ou de parrainages. L'interdiction est générale et vise la distribution à des consommateurs ou à de possibles consommateurs, la distribution d'échantillons ou de spécimens qui pourraient être remis pour faire connaître un produit ou pour le tester, ainsi que de produits variés et accessoires au tabac comme les briquets ou les cendriers.

Saisie de plusieurs pourvois relatifs à la mise en œuvre de la loi Evin, la Cour de cassation a donné une définition de la publicité illicite en faveur du tabac en considérant que « toute diffusion d'écrit, d'image ou de photographie participant à la promotion du tabac ou des produits du tabac pour inciter à l'achat constitue, quel qu'en soit l'auteur, une publicité ou propagande interdite par l'article L. 355-25 du code de la santé publique » (Crim., 21 février 1996, pourvoi n° 95-81.605, *Bull. crim.* 1996, n° 86). Elle a encore précisé cette

définition en relevant que « sont prohibées toutes formes de communication commerciale, quel qu'en soit le support, ayant pour but ou pour effet, de promouvoir directement ou indirectement le tabac ou un produit du tabac » (Crim., 3 mai 2006, pourvoi n° 05-85.089, *Bull. crim.* 2006, n° 118). Elle l'a enfin complétée en énonçant que « sont prohibées toutes formes de communication commerciale, quel qu'en soit le support, et toute diffusion d'objets ayant pour but ou pour effet de promouvoir le tabac ou un produit du tabac » (Crim., 9 mars 2010, pourvoi n° 08-88.501).

À partir de cette définition, la chambre criminelle a considéré qu'une publicité en faveur du tabac peut se manifester de différentes façons :

* au regard des emballages des paquets en retenant :

- les décorations de paquets de cigarettes qui associent le tabac à la jeunesse, aux voyages et aux loisirs, et qui suscitent le désir d'acquérir des cigarettes d'une marque déterminée afin de compléter des séries d'images différentes (Crim., 3 mai 2006, pourvoi n° 05-85.089, *Bull. crim.* 2006, n° 118, déjà cité);
- les paquets de cigarettes, différemment illustrés par la représentation d'une mascotte ailée dans des situations imaginaires, évoquant les thèmes du voyage, de la musique ou des animaux et qui, conçus pour être amusants et attrayants, notamment aux yeux des jeunes consommateurs, incitent à la collection par leur diversité (Crim., 26 septembre 2006, pourvoi n° 05-87.681, *Bull. crim.* 2006, n° 237);
- la vente, en série limitée, de paquets de cigarettes emballés dans des films de cellophane illustrés par des artistes et incitant le consommateur à l'achat de tous les exemplaires de la série afin de constituer une collection (Crim., 5 décembre 2006, pourvoi n° 06-84.050);
- les emballages de paquets de cigarettes mettant en scène le chameau « Joe Camel » dans diverses situations de la vie courante et qui invitaient, par leur diversité, à la collection (Crim., 13 février 2007, pourvoi n° 04-87.155).

* en raison de la présence de cadeaux en retenant :

- la remise d'un objet à prix réduit pour l'achat de plusieurs paquets (Crim., 7 décembre 1999, pourvoi n° 98-86.821);
- l'offre de cadeaux publicitaires aux acheteurs de paquets (Crim., 15 décembre 1999, pourvoi n° 98-81.067).

* par l'organisation de jeux de loterie en retenant :

- l'existence d'un jeu qui, par ses modalités de participation, incite les candidats éventuels à se reporter aux paquets de cigarettes de cette marque, sur lesquels figurent les réponses aux questions posées (Crim., 23 février 1999, pourvoi n° 97-86.508);
- l'existence d'un numéro de loterie figurant sur le bulletin de participation au jeu, dénommé ticket magique, inséré dans le paquet de cigarettes et susceptible de donner droit à l'attribution d'un lot (Crim., 23 février 1999, pourvoi n° 97-86.508).

* lors d'opérations de parrainage en retenant :

- l'organisation, dans le cadre d'un contrat de partenariat entre la société organisatrice d'un festival et la SEITA, d'animations et d'activités sous l'enseigne d'un logo, signe distinctif d'une marque de cigarettes et avec l'emploi des couleurs utilisées sur les paquets (Crim., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-88.481).

Les dernières décisions rendues attestent la constance de cette jurisprudence, la Cour de cassation considérant que constituent des publicités illicites en faveur du tabac :

- la promotion des paquets de cigarettes, en faisant l'apologie de ceux-ci, en rendant leur présentation plus attractive tout en cherchant à fidéliser la clientèle, ou en offrant un cadeau lors de chaque achat d'un paquet (Crim., 9 mars 2010, pourvoi n° 08-88.501);
- la fabrication et la vente de cigarettes faites à partir de feuilles entières de tabac et dépourvues d'agents de saveur avec une mention apposée sur un cartonnage rustique, d'aspect mat, uniformément beige, qui accentue le caractère naturel du produit, à une époque où le label « écologique » ou « naturel » attire le consommateur, et qui, par ses qualificatifs positifs, guide progressivement le lecteur vers une seule chose : le tabac de Camel (Crim., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-87.957);
- la promotion des paquets de cigarettes, en visant une certaine catégorie de personnes, en altérant la vigilance du consommateur effectif ou potentiel par des termes renforçant son envie d'acquérir le produit, en suscitant chez lui un sentiment d'attente à travers le partage d'un secret et en faisant de lui « une personne différente », associée à une histoire (Crim., 3 novembre 2010, pourvoi n° 09-88.598);
- la transformation des emballages en objets publicitaires par l'utilisation d'un procédé ludique associé à une mention humoristique et par une présentation facilitant l'identification du produit, et l'apposition de différentes mentions rappelant l'histoire de la marque et faisant référence aux variétés proposées, peu important que certaines des inscriptions figurent à l'intérieur des paquets, la publicité illicite ne visant pas seulement l'incitation au premier achat mais aussi l'incitation à consommer toujours plus une fois le paquet acheté et ouvert, notamment en rappelant les caractéristiques essentielles du produit ou en favorisant la consommation par des procédés ludiques ou particulièrement attrayants (Crim., 3 novembre 2010, pourvoi n° 09-88.599);
- l'importation et la distribution de paquets de feuilles de tabac à fumer recomposé et aromatisé qui comportent des mentions faisant référence à la qualité et au caractère gustatif du produit, vantant ses qualités intrinsèques et informant les consommateurs sur l'existence d'autres saveurs (Crim., 15 juin 2011, pourvoi n° 10-86.995).

Les exceptions

* Il existe tout d'abord des exceptions très strictement encadrées par la loi Evin et qui concernent les lieux de vente de même que certaines publications et sites internet.

En premier lieu, les enseignes des débitants de tabac sont autorisées et la « publicité sur le lieu de vente » est autorisée sous la seule forme d'une affichette, non visible de l'extérieur et dont les caractéristiques sont fixées par l'arrêté du 30 septembre 2005 modifiant l'arrêté du 31 décembre 1992 fixant les caractéristiques des affichettes relatives à la publicité en faveur du tabac dans les débits de tabac (taille, mentions licites/illicites, avertissement sanitaire obligatoire). Toute autre publicité est prohibée au sein des débits de tabac (affichette non réglementaire, tapis de monnaie, stylos, cendriers ou autres objets rappelant une marque de tabac, présentoirs mettant en scène un produit du tabac, etc.).

En second lieu, l'interdiction de publicité ne s'applique pas aux publications et communications en ligne réservées aux professionnels du tabac et éditées par eux, aux revues professionnelles spécialisées (mentionnées dans l'arrêté du 22 mars 1993 fixant la liste des

publications professionnelles spécialisées prévue à l'article 2 de la loi n° 76-616 du 9 juillet 1976 modifiée relative à la lutte contre le tabagisme), aux sites internet accessibles aux seuls producteurs, fabricants et distributeurs des produits du tabac, aux publications et sites internet hébergés en dehors de l'Union européenne et principalement non destinés au marché communautaire (article L. 3511-3 du code de la santé publique).

* Il convient par ailleurs de faire état de l'exception particulière de retransmission des compétitions de sport mécanique.

Si l'article L. 3511-3 du code de la santé publique interdit toute publicité en faveur du tabac, l'article L. 3511-5, introduit par la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993, apporte une exception à cette règle en indiquant que « la retransmission des compétitions de sport mécanique qui se déroulent dans des pays où la publicité pour le tabac est autorisée, peut être assurée par les chaînes de télévision ».

La chambre criminelle a fait une application stricte de la prohibition et adopté une conception restrictive des exceptions (Crim., 29 avril 1986, pourvoi n° 84-93.719, *Bull. crim.* 1986, n° 146, à propos de la prohibition, quel que soit le mode de diffusion utilisé pour la publicité; Crim., 29 juin 1999, pourvoi n° 98-83.106, *Bull. crim.* 1999, n° 165, à propos de la propagande résultant de l'utilisation d'une marque de cigarettes pour la promotion d'un prix). Elle a considéré encore que « la différence de traitement introduite entre la presse écrite et les chaînes de télévision par l'article L. 3511-5 du code de la santé publique, qui autorise ces dernières à retransmettre les compétitions de sports mécaniques se déroulant dans les pays où la publicité en faveur du tabac est licite, procède d'une distinction objective et proportionnée aux buts légitimes poursuivis par la loi » (Crim., 19 juin 2007, pourvoi n° 06-88.014, *Bull. crim.* 2007, n° 170).

Se prononçant sur le caractère direct ou différé de la retransmission, à propos de la diffusion dans plusieurs journaux et émissions télévisés de reportages consacrés à la course automobile Paris-Dakar, ainsi que des entrevues de participants à cette épreuve, des génériques et des bandes-annonces, au cours desquels sont apparues des références à une marque de cigarettes, la Cour de cassation a estimé que l'exception de retransmission des compétitions de sport mécanique de l'article L. 3511-5 du code de la santé publique se limite à la possibilité de diffuser ces compétitions, pour satisfaire aux nécessités de l'information, en temps réel ou dans des situations proches de celui-ci, sans s'étendre aux rediffusions d'images intervenant plusieurs heures ou plusieurs jours après l'épreuve (Crim., 14 mai 2008, pourvoi n° 07-87.128, *Bull. crim.* 2008, n° 118).

La réglementation de la publicité en faveur du tabac au regard de la Convention européenne des droits de l'homme

Souvent, les requérants dénoncent une violation de leur droit à la liberté d'expression résultant de leur condamnation pour publicité illicite en faveur des produits du tabac. Ils invoquent l'article 10 de la Convention, aux termes duquel :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent

article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique [...], à la protection de la santé ou de la morale [...].»

Saisie en 2005 de deux requêtes émanant respectivement de la société Hachette Filipacchi Presse Automobile et de la Société de conception de presse et d'édition et Ponson contre la République française, suite à leur condamnation résultant notamment de la diffusion de la reproduction d'une marque de tabac sur la combinaison d'un champion de Formule 1, la Cour européenne des droits de l'homme a relevé que ces condamnations constituaient une « ingérence » dans le droit à la liberté d'expression des requérants, prévue par la loi, et qu'elles poursuivaient un but légitime, à savoir la protection de la santé publique. Elle a alors recherché si cette ingérence était « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre ce but. Elle a ainsi statué : « Compte tenu de l'importance de la protection de la santé publique, de la nécessité de lutter contre le fléau social que constitue, dans nos sociétés, le tabagisme, du besoin impératif d'agir dans ce domaine et de l'existence d'un consensus européen sur la question, la Cour considère que les restrictions apportées en l'espèce à la liberté d'expression des requérants répondait à un tel besoin, et n'étaient pas disproportionnées au but légitime poursuivi » (CEDH, 5 juin 2009, arrêt Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France, requête n° 26935/05 ; CEDH, 5 juin 2009, arrêt Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c. France, requête n° 13353/05).

S'agissant de la jurisprudence judiciaire, la Cour de cassation a très rapidement énoncé 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 et des libertés fondamentales ni l'article 1^{er} 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 (Crim., 18 mars 2003, pourvoi n° 02-83.015, *Bull. crim.* 2003, n° 69). Elle a rappelé ce principe ultérieurement en relevant que justifiait sa décision la cour d'appel qui indiquait que les dispositions claires et précises de la loi nationale étaient une mesure nécessaire à la protection de la santé qui constitue un intérêt général légitime et qui, se référant à l'impact de la publicité sur la consommation de tabac, ajoutait que les restrictions ainsi apportées à la liberté d'expression et au droit de propriété des marques étaient proportionnées à l'objectif poursuivi (Crim., 7 mars 2006, pourvoi n° 05-82.482). Elle a de même énoncé que la prohibition édictée par l'article L. 3511-3 du code de la santé publique n'était contraire ni aux dispositions de la Directive 2001/37/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juin 2001, ni à la Convention européenne des droits de l'homme, laquelle permet que le droit de propriété et l'expression commerciale soient limités par des dispositions législatives dans l'intérêt de la santé publique (Crim., 5 décembre 2006, pourvoi n° 06-84.050).

Plus récemment encore, deux décisions témoignent de la constance de la position de la chambre criminelle.

Elle estime ainsi que l'interdiction, par l'article L. 3511-3 du code de la santé publique, de la propagande ou de la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac n'est pas contraire à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors qu'elle constitue une mesure nécessaire à la protection de la santé publique (Crim., 19 juin 2007, pourvoi n° 06-88.014, *Bull. crim.* 2007, n° 170). Elle approuve la cour d'appel qui, se référant à l'impact de la publicité découlant des modifications des emballages des paquets de cigarettes sur la consommation de tabac, relève que les restrictions apportées à la liberté d'expression sont proportionnées à l'objectif de protection de la santé (Crim., 3 novembre 2010, pourvoi n° 09-88.599).

B. L'inscription de mentions obligatoires et d'un message de caractère sanitaire sur les paquets de cigarettes

L'obligation d'information imposée aux fabricants de tabac

– Jusqu'à la loi n° 76-616 du 9 juillet 1976, aucune disposition réglementaire n'imposait l'inscription de messages sanitaires sur les paquets de cigarettes. L'obligation d'information se traduisant par la présence d'un avertissement sanitaire a été imposée par la loi du 9 juillet 1976 et renforcée par la loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 ayant pour objet d'informer les fumeurs des méfaits du tabac et de dissuader de fumer. Il a ainsi été prévu que chaque conditionnement du tabac ou des produits du tabac doit porter la mention « Nuit gravement à la santé ».

Aujourd'hui, il résulte de l'article L. 3511-6 du code de la santé publique que chaque paquet de cigarettes doit comporter des mentions obligatoires telles que la composition intégrale des produits et la teneur moyenne en goudron, en nicotine et en monoxyde de carbone. En outre, toutes les unités de conditionnement du tabac et des produits du tabac ainsi que du papier à rouler les cigarettes doivent porter un message général et un message spécifique de caractère sanitaire. Enfin, depuis le 30 septembre 2003, il est interdit d'utiliser, sur l'emballage des produits du tabac, des textes, dénominations, marques et signes figuratifs ou autres indiquant qu'un produit du tabac particulier est moins nocif que les autres.

– L'application de ces dispositions a donné lieu à une première décision de la Cour de cassation dans laquelle elle a condamné la SEITA pour avoir dénaturé la loi en apposant sur les paquets de cigarettes la mention « Abus dangereux selon la loi n° 76616 » au lieu de la mention obligatoire « Abus dangereux ». Les dispositions facultatives de l'article 4³°, de la Directive 89/622/CEE, du 13 novembre 1989, aux termes desquelles « les États membres peuvent accompagner l'avertissement de l'autorité qui en est l'auteur », n'ont en effet pas été adoptées par la loi interne transposant la directive. Dès lors, toute modification du texte de l'avertissement « Nuit gravement à la santé », imposé par l'article L. 355-27 II du code de la santé publique, constitue l'infraction punie par l'article L. 355-31 du même code (Crim., 15 février 2000, pourvoi n° 98-87.282, *Bull. crim.* 2000, n° 69).

Cette solution a été reprise ultérieurement par la Cour qui a précisé que l'adjonction des termes « selon la loi n° 91-32 » à l'avertissement sanitaire général « nuit gravement à la santé », qui doit figurer sur chaque unité de conditionnement du tabac ou des produits du tabac, est interdite par les dispositions de droit interne. En conséquence, ne justifie ni le

caractère inévitable de l'erreur ni la légitimité de l'adjonction interdite l'arrêt qui accorde le bénéfice de l'erreur sur le droit, au sens de l'article 122-3 du code pénal, à des dirigeants de société se prévalant de la réglementation applicable dans d'autres pays de l'Union, du caractère fluctuant de la jurisprudence française et d'un document émanant de la SEITA (Crim., 13 mai 2003, pourvoi n° 02-84.028, *Bull. crim.* 2003, n° 96).

La responsabilité des fabricants de tabac

En 2003, la Cour de cassation a eu à connaître pour la première fois de la responsabilité d'un fabricant de cigarettes au titre d'une obligation d'information des fumeurs sur les dangers de la consommation de tabac (2^e Civ., 20 novembre 2003, pourvoi n° 01-17.977, *Bull.* 2003, II, n° 355). Dans cet arrêt, rendu en formation plénière de chambre, elle a considéré :

- que, antérieurement à la loi du 9 juillet 1976 dite « loi Veil », le fabricant ne pouvait se voir reprocher d'avoir manqué à une obligation d'information à l'égard des fumeurs en raison des divergences exprimées par les autorités gouvernementales sur les modalités d'une information à fournir à la population et sur les dangers liés à la consommation excessive du tabac ;
- que, postérieurement, en l'espèce, le dommage causé par les cigarettes était dû de manière indissociable aux produits contenus et dégagés par celles-ci et au comportement du fumeur qui les consomme, lequel fumait depuis son adolescence, et que la responsabilité du fabricant du fait des cigarettes ne pouvait être recherchée au regard de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil, dans la mesure où il n'avait pas le pouvoir de surveiller et de contrôler les cigarettes qui sont non dotées d'un dynamisme propre et sont détenues par le fumeur.

Plus récemment, la Cour de cassation a eu à nouveau à se prononcer sur ce point dans une espèce assez proche en ce qu'elle concernait une personne ayant commencé à fumer très tôt, que rien n'avait dissuadée d'arrêter, et qui était morte prématurément d'un cancer directement lié au tabac. La Cour a considéré que la cour d'appel, saisie d'une demande en réparation des dommages causés par l'usage du tabac, avait légalement justifié sa décision au regard de l'article 1382 du code civil, tant pour la période antérieure que pour la période postérieure à la « loi Veil » du 9 juillet 1976, en retenant des circonstances, qu'elle avait souverainement appréciées, qu'il n'était pas démontré que le comportement de la fumeuse aurait pu être influencé par le contenu d'un message l'avertissant des risques, et alors que l'intéressée ne pouvait légitimement s'attendre à la sécurité d'un tel produit au sens de l'article L. 221-1 du code de la consommation (1^{re} Civ., 8 novembre 2007, pourvoi n° 06-15.873, *Bull.* 2007, I, n° 350).

Section 3. La prévention du risque en droit social

Sous-section 1. La tarification du risque accident du travail

Si elle a pour mission première l'indemnisation des victimes d'accidents du travail et de leurs ayants droit, il appartient également à la branche accidents du travail de veiller à la *prévention des risques professionnels*, cette double dimension, à la fois *préventive et curative*, de la couverture des risques professionnels constituant d'ailleurs l'une des caractéristiques de la branche.

La politique de prévention, qui absorbe de l'ordre de 3% des ressources affectées à la branche, concourt à l'évaluation, à l'analyse et à l'évolution des risques, ainsi qu'à l'élaboration des mesures de prévention (on ne saurait trop souligner sur ce point l'importance des travaux de l'Institut national de recherche et de sécurité adossé à la caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés); elle s'attache également à l'application des mesures de prévention au sein des entreprises, qui peuvent faire l'objet des visites et contrôles des services de prévention des organismes (environ 200 000 visites par an).

Parmi les instruments de la politique de prévention des risques, la tarification du risque occupe une place de choix. À la différence des autres branches de la sécurité sociale qui tirent leurs ressources de cotisations et contributions perçues à un taux *uniforme*, le financement de la branche accidents du travail et maladies professionnelles repose pour partie, suivant des principes inspirés des techniques de l'assurance, sur l'application d'une tarification fondée sur le *coût effectif du risque* : le taux des cotisations dues par l'employeur varie ainsi, pour une part, en fonction du nombre et de la gravité des accidents du travail survenus et des maladies professionnelles constatées au cours de la période de référence¹¹⁸.

A. Présentation générale

La détermination du taux des cotisations obéit ainsi à des règles particulières, fixées par les dispositions des articles D. 242-6 et suivants du code de la sécurité sociale, modifiées en dernier lieu par celles du décret n° 2010-753 du 5 juillet 2010. Ces dernières dispositions n'étendront leurs effets, qui plus est moyennant l'application de règles transitoires en 2012 et 2013, qu'à compter de la tarification de l'année 2012 (article 3 I).

Le calcul du *taux net* de la cotisation procède de la somme du *taux brut* et de trois *majorations* :

- Le *taux brut* de cotisation correspond à la couverture des accidents du travail (au sens étroit du terme) et des maladies professionnelles. Son évolution dépend ainsi de la fréquence et de la gravité des accidents du travail survenus et des maladies professionnelles constatées au cours des trois années antérieures, de manière à inciter l'employeur à poursuivre ou à amplifier la politique de prévention des risques professionnels pour réduire le taux de ses cotisations.

118. Les cotisations afférentes à la branche obéissent pour le surplus aux mêmes règles que les cotisations applicables aux autres branches : assises sur l'ensemble de la rémunération brute au sens des dispositions de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, elles sont à la charge exclusive de l'employeur. Si le taux est fixé par la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail (CARSAT) selon les éléments qui lui sont transmis par les caisses primaires d'assurance maladie, les cotisations sont recouvrées par l'URSSAF. Les contentieux de l'assiette et du recouvrement des cotisations ressortissent à la compétence des juridictions du contentieux général de la sécurité sociale; le contentieux de la tarification proprement dite relève en revanche de la compétence des juridictions du contentieux technique de la sécurité sociale et, plus précisément, de la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAAT), statuant en premier et dernier ressort.

– La détermination du taux brut fait l’objet de modalités distinctes selon l’importance des effectifs de l’entreprise¹¹⁹. Lorsque celle-ci compte au moins cent cinquante salariés, le taux brut est déterminé en fonction du risque effectivement constaté dans l’entreprise au cours de la période de référence (tarification *collective*); lorsqu’elle compte un à dix-neuf salariés, l’entreprise est soumise au taux collectif de la branche dont elle relève (tarification *individuelle*); lorsque l’effectif est compris entre vingt et cent quarante-neuf salariés, le taux brut de l’entreprise est égal au taux collectif de la branche dont elle relève, assorti d’un correctif en fonction de son taux réel, d’autant plus important que l’effectif est proche du seuil de la tarification réelle (tarification *mixte*).

– Au taux brut s’ajoutent trois *majorations* forfaitaires : la première s’applique à la couverture des accidents de trajet (majoration M1), la deuxième au financement des charges générales de la branche accidents du travail et maladies professionnelles (gestion administrative, rééducation professionnelle, prévention des risques) (majoration M2); la troisième couvre, d’une part, les mesures de compensation mises à la charge du régime général au profit de certains régimes spéciaux et du régime des salariés agricoles, d’autre part, diverses charges communes, notamment les charges afférentes à l’indemnisation des victimes des affections liées à l’exposition à l’amiante¹²⁰ (majoration M3).

Fixées annuellement par une délibération de la commission nationale des accidents du travail de la caisse nationale de l’assurance maladie des travailleurs salariés, approuvée par arrêté interministériel, le taux des majorations est exprimé en pourcentage soit de l’assiette des cotisations elles-mêmes (majorations M1 et M3), soit du taux brut (majoration M2)¹²¹.

La tarification du risque fait l’objet, il convient de le souligner, de vives critiques. Outre la complexité des règles applicables – complexité que reflète le contentieux porté devant les juridictions –, il est reproché au régime actuel de ne plus avoir véritablement d’effet incitatif. La montée des charges communes couvertes par la majoration M3 conduit, en particulier, à l’accroissement continu de la part des majorations dans le taux net de cotisation¹²².

119. Les seuils d’effectifs dont il est fait mention sont ceux issus du décret du 5 juillet 2010 précité. La tarification individuelle s’appliquait antérieurement aux entreprises comptant deux cents salariés au moins, la tarification collective aux entreprises comptant de un à neuf salariés, la tarification mixte aux entreprises dont l’effectif était compris entre dix et cent quatre-vingt-dix-neuf salariés.

120. Il en va ainsi, en particulier, des contributions de la branche AT/MP du régime général au fonds d’indemnisation des victimes de l’amiante (FIVA) et au fonds de financement de l’allocation de cessation d’activité anticipée des travailleurs de l’amiante (FCAATA).

121. Pour l’année 2011 ainsi, le montant des majorations était fixé, respectivement, à 0,26% (majoration M1), 43% (majoration M2) et 0,69% (majoration M3). Pour une entreprise soumise à un taux brut de 5%, le taux net de cotisation s’élevait ainsi à : $5 + 0,26 + (5 \times 43/100) + 0,69 = 8,1$ (soit un taux de 8,1% appliqué à l’assiette des cotisations). Les délibérations fixant le taux des majorations revêtent le caractère d’actes réglementaires dont le contentieux relève, le cas échéant, de la compétence des juridictions de l’ordre administratif.

122. Le taux brut représente aujourd’hui moins de 40% du taux net de cotisation, la moyenne masquant toutefois de sérieuses disparités d’une branche professionnelle à l’autre.

B. Modalités

L'application des règles de la tarification du risque ressortit aux attributions de la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail (CARSAT). Les *caisses d'assurance retraite et de la santé au travail* se sont substituées récemment (ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010) aux anciennes *caisses régionales d'assurance maladie*, dont elles ont repris les attributions dans les domaines de l'assurance vieillesse et de la prévention des risques professionnels (article L. 215-1, alinéa 1^{er}, 2^o du code de la sécurité sociale).

L'annualité de la tarification

La tarification revêt, en principe, un caractère *annuel* : le taux de cotisation est déterminé, plus précisément, pour chaque année civile. Énoncé de longue date par la jurisprudence de la chambre sociale (Soc., 19 mai 1967, pourvoi n° 65-12.084, *Bull.* 1967, IV, n° 414; Soc., 10 décembre 1975, pourvoi n° 74-12.488, *ibid.*, V, n° 605, ou Soc., 31 mai 2001, pourvoi n° 99-20.844, *Bull.* 2001, V, n° 202), le principe de l'annualité de la tarification a été réaffirmé par l'assemblée plénière dans un arrêt du 16 février 2007, qui procède à la distinction du classement de l'établissement dans une catégorie de risque (notamment pour l'application de la tarification collective), lequel peut être modifié à toute époque, de la détermination du taux de cotisation, lequel ne saurait être qu'annuel (Ass. plén., 16 février 2007, pourvoi n° 06-10.168, *Bull.* 2007, Ass. plén., n° 3).

Désormais appliquée par la deuxième chambre civile (2^e Civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-67.853), la règle de l'annualité s'impose : ainsi un employeur qui demande pour la première fois l'application des dispositions particulières propres aux sièges sociaux et bureaux ne saurait en obtenir immédiatement le bénéfice s'il a formulé sa demande en cours d'année (Soc., 19 décembre 1996, pourvoi n° 95-16.005, *Bull.* 1996, V, n° 452).

La jurisprudence n'admet, en définitive, la remise en cause du taux fixé initialement notifié à l'employeur que dans l'hypothèse où l'organisme a été amené à prendre sa décision sur la foi de renseignements erronés ou insuffisants (Soc., 17 décembre 1986, pourvoi n° 84-17.336, *Bull.* 1986, V, n° 613) ou en cas de dissimulation de risques par l'employeur (Soc., 2 décembre 1987, pourvoi n° 82-14.828, *Bull.* 1987, V, n° 695); encore la révision du taux opérera-t-elle, dans une telle hypothèse, pour l'ensemble de l'année civile intéressée.

La tarification par établissement

Si l'application des seuils d'effectifs qui déterminent l'application, respectivement, de la tarification réelle, de la tarification collective et de la tarification mixte est opérée dans le cadre de l'*entreprise*, y compris lorsque celle-ci comporte plusieurs établissements distincts, c'est, aux termes de l'article D. 242-6-1, alinéa 1^{er}, du code de la sécurité sociale, dans le cadre de l'*établissement* que doit être déterminé le taux de cotisation (voir par exemple, 2^e Civ., 10 avril 2008, pourvois n° 07-12.570 et n° 07-12.079, et 2^e Civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-14.406).

Définition de l'établissement

La définition de l'établissement procède, pour l'application des règles de tarification, des conditions de l'identification des risques auxquels sont exposés, potentiellement, les salariés.

Selon la deuxième chambre civile, laquelle a repris la notion formulée, de longue date, par la chambre sociale (Soc., 11 janvier 1962, pourvoi n° 60-12.346, *Bull.* 1962, IV, n° 55. Voir également Soc., 24 octobre 1963, pourvoi n° 62-10.798, *Bull.* 1963, IV, n° 726; 9 décembre 1971, pourvoi n° 70-13.169, *Bull.* 1971, V, n° 728, et Soc., 26 mars 1992, pourvoi n° 89-13.174, *Bull.* 1992, V, n° 217), « constitue un établissement distinct susceptible d'être assujéti à une tarification particulière en ce qui concerne les cotisations d'accidents du travail, toute entité présentant une implantation distincte et une activité propre, même si elle est rattachée pour sa gestion à une entreprise englobant d'autres activités » (2^e Civ., 14 janvier 2010, pourvoi n° 09-11.450, *Bull.* 2010, II, n° 8; *JCP* 2010, éd. S, 1073, note T. Tauran), dans le même sens, 2^e Civ., 14 janvier 2010, pourvoi n° 09-11.451; 2^e Civ., 14 janvier 2010, pourvoi n° 09-11.452 et 2^e Civ., 14 janvier 2010, pourvoi n° 09-11.453.

L'identité d'activité n'implique pas l'existence d'un seul établissement lorsqu'elle est exercée dans des entités qui présentent, notamment en raison de leur implantation, un caractère distinct (2^e Civ., 10 avril 2008, pourvois n° 07-12.570 et n° 07-13.079).

Classement de l'établissement

Lorsque les effectifs de l'entreprise conduisent à l'application soit de la tarification collective, soit de la tarification mixte, il convient de procéder au *classement* de l'établissement en fonction de la nature de son activité de manière à déterminer le taux collectif qui lui est effectivement applicable en tout ou partie.

Suivant les dispositions de l'arrêté du 17 octobre 1995 modifié relatif à la tarification des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles, le classement de l'établissement doit être établi, en principe, en fonction de l'activité exercée au sein de celui-ci. En cas de pluralité d'activités, il y a lieu de prendre en compte l'activité principale de l'établissement. La détermination de celle-ci procède de l'importance des effectifs qui y sont affectés; en cas d'égalité des effectifs, c'est l'activité affectée du coefficient de risque le plus élevé qui est retenue (Soc., 19 octobre 1988, pourvoi n° 86-11.962, *Bull.* 1988, V, n° 526, ou Soc., 24 octobre 1996, pourvoi n° 94-21.433, *Bull.* 1996, V, n° 347). Le classement de l'établissement doit être opéré, par ailleurs, selon la nomenclature des risques figurant en annexe à l'arrêté du 17 octobre 1995 (Soc., 4 juillet 2001, pourvoi n° 99-19.886; 2^e Civ., 14 septembre 2006, pourvoi n° 05-13.134 [2nd moyen], ou 2^e Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-19.304).

Certaines activités donnent lieu à l'application de règles spécifiques. Il en va ainsi, en particulier, des sièges sociaux et bureaux (la réglementation comporte également des dispositions propres aux entreprises et établissements en raison soit des risques particuliers qu'ils comportent, tel le secteur du bâtiment et des travaux publics, soit des conditions d'organisation du travail, tel le secteur du travail temporaire). Suivant les dispositions de l'article 1^{er} III de l'arrêté du 17 octobre 1995, ces derniers constituent des établissements distincts qui doivent faire l'objet d'une tarification à part (en pratique une tarification à un taux réduit) dès lors qu'ils remplissent deux conditions : il importe que les risques d'accident du travail auxquels est exposé leur personnel ne soient pas aggravés par d'autres risques relevant de la même entreprise, tels que ceux engendrés par les chantiers, magasins, ateliers et dépôts, qu'ils soient ou non géographiquement distincts; le personnel qui y est employé doit être, par

ailleurs, sédentaire, étant admis toutefois qu'une fraction de celui-ci (variable suivant l'effectif d'ensemble du siège ou des bureaux) peut exercer une activité pour partie non sédentaire.

L'application de ces dispositions, qui conduit ainsi, d'ordinaire, à une tarification réduite au regard de la tarification applicable, à raison de son activité, à l'établissement pris dans son ensemble donne lieu à une jurisprudence stricte. Elle n'est pas de droit et implique, outre une demande de l'employeur, la réunion des conditions prévues par la réglementation (Soc., 18 janvier 1984, pourvoi n° 82-16.257, *Bull.* 1984, V, n° 26; 19 janvier 1989, pourvoi n° 87-11.608, *RJS* décembre 1989, n° 965, et Soc., 6 janvier 2000, pourvoi n° 98-13.443, *Bull.* 2000, V, n° 12). Il incombe à l'employeur de rapporter la preuve que le siège et les bureaux remplissent, pour l'ensemble des salariés qu'il entend y voir compris, les conditions susmentionnées (Soc., 2 mars 2000, pourvoi n° 98-15.591; 2^e Civ., 6 mai 2010, pourvoi n° 09-12.253, *Bull.* 2010, II, n° 91; *JCP* 2010, éd. S, 1314, note T. Tauran).

On ajoutera enfin que l'application des règles propres aux sièges sociaux et bureaux est réservée aux établissements industriels et commerciaux caractérisés par la recherche d'un profit et que ces règles ne sauraient donc étendre leurs effets aux associations régies par la loi du 1^{er} juillet 1901 (2^e Civ., 8 novembre 2006, pourvoi n° 05-10.790, *Bull.* 2006, II, n° 303).

Établissement nouvellement créé

L'application des règles de la tarification réelle ou mixte est écartée, quel que soit l'effectif de l'entreprise, lorsque l'établissement est nouvellement créé. Il y a lieu dans cette hypothèse de retenir, pour la détermination du taux brut des cotisations dues au titre des accidents du travail pendant l'année de la création de l'établissement et les deux années civiles qui s'ensuivent, le taux collectif propre à la catégorie de risques dont relève l'établissement en raison de son activité principale.

Les dispositions propres aux établissements nouvellement créés donnent lieu à une application nuancée en cas de modification dans la structure de l'établissement, notamment en cas de reprise par un nouvel employeur. Ne peut être considéré comme un établissement nouvellement créé, selon les dispositions de l'article D. 242-6-13 du code de la sécurité sociale, celui issu d'un précédent établissement dans lequel a été exercée une activité similaire, avec les mêmes moyens de production et la moitié au moins du personnel. Forte de ces dispositions, la jurisprudence veille à la stricte application des conditions qu'elles fixent, la reprise de l'établissement demeurant sans incidence sur la tarification du risque dès lors que ces modalités ne conduisent pas à une rupture du risque de nature à justifier l'application de nouvelles règles tarifaires (Soc., 14 juin 2001, pourvoi n° 99-21.438 [2nd moyen]; 2^e Civ., 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-19.217, *Bull.* 2006, II, n° 377; 10 avril 2008, pourvois n° 07-12.570 et n° 07-13.079; 2^e Civ., 10 septembre 2009, pourvoi n° 08-15.510, *Bull.* 2009, II, n° 213, et 2^e Civ., 30 juin 2011, pourvoi n° 10-23.746, *Bull.* 2011, II, n° 147)¹²³.

123. Les règles propres aux établissements nouvellement créés ne s'appliquent pas davantage à un établissement qui, auparavant soumis à la législation AT/MP du régime des salariés agricoles, est repris, sans changement d'activité, par un employeur relevant du régime général (2^e Civ., 17 mars 2011, pourvoi n° 10-30.133, *Bull.* 2011, II, n° 70).

Fermeture d'un établissement

La tarification étant opérée dans le cadre de l'établissement, la fermeture d'un établissement fait obstacle, alors même que l'entreprise compte plusieurs établissements, à la prise en compte des éléments de tarification propres à l'établissement fermé pour la détermination de la valeur du risque des autres établissements (2^e Civ., 28 mai 2009, pourvoi n° 08-11.300, *Bull.* 2009, II, n° 132, et 2^e Civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-14.406).

La détermination du taux brut

Rappel du principe

Le taux brut de cotisation est désormais défini par l'article D. 242-6-4 du code de la sécurité sociale (anciennement D. 242-6-3).

Le taux brut collectif est calculé d'après le rapport de la valeur du risque propre à l'ensemble des établissements appartenant à la même catégorie de risque, ou à un même groupe de risques, à la masse totale des salaires payés au personnel respectif pour les trois dernières années connues (article D. 242-6-3, devenu article D. 242-6-4 du code de la sécurité sociale).

Le taux brut individuel est calculé d'après le rapport de la valeur du risque propre à l'établissement à la masse totale des salaires payés au personnel respectif pour les trois dernières années connues. Jusqu'en 2011, la valeur du risque prenait en compte le montant des prestations effectivement servies en raison des accidents constatés et des maladies déclarées dans l'établissement au cours de la période triennale de référence. Le décret n° 2010-753 du 5 juillet 2010 a modifié l'article D. 242-6-6, qui prévoit désormais de fixer la valeur du risque en prenant en compte un coût moyen fixé, année après année, en fonction de la durée d'arrêt de travail et du taux d'incapacité permanente après cotisation, pour chaque accident ou maladie survenus dans l'établissement concerné durant la période triennale de référence.

Enfin le taux mixte, applicable aux entreprises de vingt à cent quarante-neuf salariés (cent quatre-vingt-dix-neuf selon l'ancien texte), est déterminé par l'addition d'une fraction du taux individuel et d'une fraction du taux collectif, calculées chacune selon une formule qui tient compte du nombre de salariés de l'entreprise.

Imputation au compte individuel

Modalités générales

C'est aux caisses régionales d'assurance maladie, désormais devenues caisses d'assurance retraite et de la santé au travail (CARSAT), que revient le soin de déterminer les bases de la tarification du risque et de notifier le taux retenu à l'employeur.

Les caisses primaires, qui instruisent les demandes de reconnaissance du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie puis assurent la prise en charge des salariés victimes, communiquent aux CARSAT les informations nécessaires pour déterminer la valeur du risque propre à chaque établissement.

Le recouvrement des cotisations dues par l'employeur au titre du risque professionnel est enfin assuré par l'URSSAF.

Dans sa version en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2012, l'article D. 242-6-3 du code de la sécurité sociale précise que la valeur du risque comprend trois postes de calcul distincts :

« 1^o La totalité des prestations et indemnités, autres que les rentes, versées au cours de la période triennale de référence, à l'exclusion des indemnités en capital versées après révision du taux d'incapacité permanente des victimes ;

2^o Les capitaux représentatifs des rentes notifiées au cours de la période triennale de référence aux victimes atteintes, à la date de consolidation initiale de leur état de santé, d'une incapacité permanente afférente à l'accident ou à la maladie concernés, à l'exception de l'incapacité permanente reconnue après rechute ;

3^o Les capitaux correspondant aux accidents et maladies mortels dont le caractère professionnel a été reconnu au cours de la même période, que la victime ait ou non laissé des ayants droit » (l'article D. 242-6-5 du code de la sécurité sociale, dans sa version résultant du décret n° 2010-753 du 5 juillet 2010, reprend la même définition, à cette différence que, comme précédemment indiqué, le taux brut individuel n'est plus calculé en fonction de la valeur du risque propre à chaque établissement, mais en fonction d'un taux brut moyen, rapporté au nombre d'accidents survenus dans l'établissement concerné).

Le taux de cotisation est ainsi fixé en fonction des décisions des caisses primaires afférentes à la prise en charge de l'accident ou de la maladie (article D. 242-6-3 1^o du code de la sécurité sociale) et des décisions de ces mêmes organismes sociaux attributives de rentes au salarié victime ou à ses ayants droit (article D. 242-6-3 2^o et 3^o).

Le texte limite expressément cette prise en compte aux rentes attribuées après consolidation, ce qui exclut les rentes allouées après modification du taux d'incapacité, ou rechutes (2^e Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-13.294 ; 2^e Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-20.996).

Incidence de l'inopposabilité de la décision de la caisse primaire

Ainsi les décisions prises par une caisse primaire au bénéfice d'un salarié victime sont-elles susceptibles de retentir sur le taux de cotisation de son employeur.

Seules peuvent toutefois être inscrites par les CARSAT au compte de l'employeur les dépenses résultant de décisions des caisses primaires qui leur sont opposables.

Les caisses primaires assurent en effet un rôle d'interface entre les salariés victimes, dont elles instruisent les demandes de prise en charge, et auxquels elles assurent une indemnisation, et les employeurs, qui échappent ainsi à toute demande de la part de leurs salariés, sauf en cas de faute inexcusable, moyennant versement de la cotisation AT/MP.

Selon une jurisprudence constante, il en résulte qu'en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles « les rapports entre la caisse et l'assuré sont indépendants des rapports entre la caisse et l'employeur et des rapports entre le salarié et l'employeur » (2^e Civ., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-12.722 ; Soc., 26 mars 1984, pourvoi n° 82-16.744, *Bull.* 1984, V, n° 120 ; Soc., 28 février 2002, pourvoi n° 99-17.201, *Bull.* 2002, V, n° 81 ; 2^e Civ., 16 mars 2004, pourvoi n° 02-30.979 ; 2^e Civ., 17 janvier 2008, pourvoi n° 07-11.885), de sorte que, à défaut d'indivisibilité, la décision rendue sur la contestation par l'employeur du caractère professionnel de la maladie ou de l'accident demeure sans incidence sur la prise en charge

ordonnée par la caisse au profit de l'assuré (voir notamment Soc., 26 mars 1984, pourvoi n° 82-16.744, *Bull.* 1984, V, n° 120).

Dès lors que la décision de prise en charge de l'accident ou de la maladie à titre professionnel n'est pas opposable à l'employeur, elle ne peut être prise en compte pour la détermination de son taux de cotisation, et les dépenses afférentes ne sauraient être inscrites à son compte employeur (Soc., 21 novembre 1996, pourvoi n° 94-19.023).

Il en est de même pour la prise en charge d'une rechute (2^e Civ., 21 septembre 2004, pourvoi n° 03-30.277, *Bull.* 2004, II, n° 404).

S'agissant de la décision attributive de rente, la jurisprudence estime toutefois que, si la caisse primaire d'assurance maladie se prononce sur l'existence d'une incapacité, et le cas échéant sur le taux de celle-ci, au vu des seuls renseignements qu'elle a recueillis, l'employeur, qui reçoit un double de la décision, dispose d'un recours et peut faire valoir ses droits, dans le cadre d'un débat contradictoire, devant les juridictions du contentieux technique de la sécurité sociale. Il n'est donc pas fondé à se prévaloir d'une inopposabilité à son encontre de cette décision, en invoquant une simple irrégularité dans la procédure menée par la caisse pour fixer la date de consolidation initiale (2^e Civ., 15 juin 2004, pourvoi n° 02-19.071 ; 2^e Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-13.294).

Par contre il appartient aux caisses primaires, en cas de saisine par l'employeur de la juridiction du contentieux de l'incapacité, de fournir les pièces nécessaires à un réel débat contradictoire, faute de quoi la décision attributive de rente lui serait inopposable (2^e Civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 08-12.022).

* Exposition au risque chez plusieurs employeurs successifs

L'article D. 242-6-3 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction actuellement en vigueur, prévoit que les dépenses engagées par les caisses d'assurance maladie par suite de la prise en charge de maladies professionnelles constatées ou contractées dans des conditions fixées par un arrêté ministériel ne sont pas comprises dans la valeur du risque propre d'un établissement, mais inscrites à un compte spécial alimenté par les cotisations de tous les employeurs.

C'est ainsi que, suivant les dispositions de l'arrêté du 16 octobre 1995 pris pour l'application de l'article D. 242-6-3 du code de la sécurité sociale relatif à la tarification des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles, sont inscrites au compte spécial, notamment, les dépenses inhérentes aux affections d'origine professionnelle lorsque « la victime de la maladie professionnelle a été exposée au risque successivement dans plusieurs établissements d'entreprises différentes sans qu'il soit possible de déterminer dans laquelle l'exposition au risque a provoqué la maladie » (article 2 4^o).

Une jurisprudence constante prévoit qu'il est de principe que la maladie doit être considérée comme contractée au service du dernier employeur chez lequel la victime a été exposée au risque, avant sa constatation médicale (voir notamment 2^e Civ., 21 octobre 2010, pourvoi n° 09-67.494, *Bull.* 2010, II, n° 175 ; 2^e Civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 07-20.283 ; 2^e Civ., 23 octobre 2008, pourvoi n° 07-18.986). La maladie est en effet l'aboutissement d'une lente

dégradation de l'organisme, exposé à un risque particulier, de sorte que la dernière période d'exposition au risque est présumée avoir déclenché son apparition.

La charge de la preuve contraire pèse sur l'employeur, et non sur la CRAM – devenue CARSAT –, et relève de l'appréciation souveraine du juge du fond (voir notamment 2^e Civ., 21 octobre 2010, pourvoi n° 09-67.494, *Bull.* 2010, II, n° 175; 2^e Civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 07-20.283)¹²⁴.

La solution retenue quant à l'imputation de la maladie soit au compte d'un employeur, soit au compte spécial demeure sans incidence sur le droit pour la victime ou ses ayants droit de rechercher la faute inexcusable de l'un des employeurs successifs (2^e Civ., 8 mars 2005, pourvoi n° 02-30.998, *Bull.* 2005, II, n° 56).

* Incidence de la faute d'un tiers

Si l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale interdit à la victime ou à ses ayants droit toute action de droit commun contre l'employeur, ces litiges relevant de la compétence des juridictions de sécurité sociale, l'article L. 454-1 du même code prévoit que lorsque l'accident est dû en tout ou partie à la faute d'un tiers « la victime ou ses ayants droits conserve contre l'auteur de l'accident le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles de droit commun, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par application du présent livre ».

Le salarié victime bénéficie ainsi des prestations servies par la caisse au titre de la législation professionnelle, mais peut également réclamer au tiers responsable l'indemnisation des préjudices non couverts à ce titre (et ce alors même qu'il sollicite par ailleurs une indemnisation complémentaire en raison de la faute inexcusable de l'employeur, voir 2^e Civ., 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-14.984).

La caisse dispose d'un recours contre le tiers responsable, dans les conditions prévues par l'article L. 454-1 du code de la sécurité sociale et, en particulier, en cas de partage de responsabilité du tiers avec l'employeur, ne peut poursuivre un remboursement que dans la mesure où les indemnités dues par elle dépassent celles qui auraient été mises à la charge de l'employeur en vertu du droit commun.

Le texte prévoit également que, sauf dans les cas où elle est appelée en déclaration de jugement commun, l'action de la caisse vis-à-vis du tiers responsable doit s'exercer en priorité à titre amiable.

L'article D. 242-6-3 du code de la sécurité sociale dispose, dans sa rédaction actuellement en vigueur : « Lorsque des recours sont engagés contre les tiers responsables d'accidents du travail, le montant des prestations et indemnités afférentes à ces accidents du travail est déduit du compte employeur au titre des années concernées au prorata du pourcentage de responsabilité mis à la charge du tiers responsable par voie amiable ou contentieuse »

124. La jurisprudence avait opéré de même sous l'empire des dispositions antérieures (arrêtés du 1^{er} octobre 1976) : voir Soc., 9 mars 1978, pourvois n° 76-13.927 et n° 76-13.724, *Bull.* 1978, V, n° 181; Soc., 8 avril 1987, pourvoi n° 85-10.372, *Bull.* 1987, V, n° 188; Soc., 28 octobre 1999, pourvoi n° 97-18.358.

(cette disposition est reprise par l'article D. 242-6-5, dans sa rédaction applicable à compter du 1^{er} janvier 2012). Toutefois, cette possibilité n'est ouverte que lorsque la responsabilité du tiers a été définitivement établie par une décision de justice ou une transaction amiable (2^e Civ., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-18.995, *Bull.* 2009, II, n° 264), ce qui exclut l'hypothèse où l'accident est imputable à un tiers demeuré inconnu (Soc., 15 juin 1995, pourvoi n° 93-17.236), et plus généralement celle où la caisse n'a engagé aucune action en recouvrement contre un éventuel responsable (2^e Civ., 28 mai 2009, pourvoi n° 08-11.530).

Enfin, l'employeur ne saurait, pour s'exonérer, invoquer la faute d'une personne qui n'a pas la qualité de tiers, telle qu'une société bénéficiant de la mise à disposition par l'employeur du salarié victime dans le cadre d'un prêt de main-d'œuvre (2^e Civ., 3 février 2011, pourvoi n° 09-70.888).

* Prise en compte des décisions de justice ultérieures

Suivant les dispositions de l'article R. 143-21 du code de la sécurité sociale, le recours de l'employeur contre la décision fixant son taux de cotisation doit être introduit devant la CNITAAT dans les deux mois de la réception de la décision de l'organisme de sécurité sociale ou, lorsque l'employeur a entendu présenter au préalable une réclamation auprès de la commission de recours amiable de l'organisme, dans les deux mois à compter soit de la réception de la décision de la commission de recours amiable, soit, à défaut d'une telle notification, au terme des deux mois valant décision implicite de rejet du recours.

Le délai de recours ne s'attache toutefois qu'à la notification du taux proprement dit, non à l'envoi au préalable des comptes employeur (2^e Civ., 21 septembre 2004, pourvoi n° 03-30.277, *Bull.* 2004, II, n° 404).

En principe, le défaut de contestation dans les délais du taux de cotisation dûment notifié confère à celui-ci un caractère définitif (Soc., 31 mai 2001, pourvoi n° 99-20.844, *Bull.* 2001, V, n° 202). Une ancienne jurisprudence considérait, de ce fait, qu'en l'absence de saisine dans le délai imparti le taux notifié était devenu définitif, peu important que l'employeur ait saisi la juridiction du contentieux général d'une contestation quant au bien-fondé de la décision de la caisse primaire influant sur ce taux, faute pour celui-ci d'avoir exercé également un recours conservatoire contre la décision fixant les taux de cotisation (voir par exemple Soc., 7 mai 1998, pourvoi n° 96-22.021). Depuis la décision de la chambre sociale du 11 juillet 2002, il est désormais admis que l'intervention d'une décision de justice ultérieure conduit à rendre inopposable la forclusion tirée de l'expiration du délai de deux mois (Soc., 11 juillet 2002, pourvoi n° 00-17.891, *Bull.* 2002, V, n° 260).

Une modification du taux applicable pour les années considérées doit donc intervenir. L'article D. 242-6-3 du code de la sécurité sociale prévoit en effet expressément que « l'ensemble des dépenses constituant la valeur du risque est pris en compte par les caisses régionales d'assurance maladie dès que ces dépenses leur ont été communiquées par les caisses primaires, sans préjudice de l'application des décisions de justice ultérieures », et il ne saurait être opposé à la demande d'un employeur la forclusion de deux mois lorsqu'une telle décision, susceptible de modifier le calcul du taux applicable, est intervenue (Soc., 11 juillet 2002, précité, et Soc., 31 octobre 2002, pourvoi n° 01-20.903, *Bull.* 2002, V, n° 334). De même, une caisse qui fait droit au recours d'un employeur faisant valoir qu'un accident de

trajet a été pris en compte par erreur pour le calcul de son taux employeur pour une année donnée, reconnaissant par là même la nécessité de réparer les conséquences de son erreur, ne saurait opposer la forclusion pour refuser de rectifier les taux des années antérieures fixés à partir des mêmes montants erronés (2^e Civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-10.256).

Les ristournes et les cotisations supplémentaires

En application des dispositions de l'article L. 242-7 du code de la sécurité sociale, la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail peut soit accorder des *ristournes* à l'employeur en raison des mesures de prévention des risques prises par celui-ci, soit lui imposer des *cotisations supplémentaires* en raison des risques exceptionnels que présente l'établissement, risques que sont venues révéler, le cas échéant, une infraction aux règles de sécurité ou l'inobservation de celles-ci ; l'employeur encourt également une cotisation supplémentaire en cas de faute intentionnelle (article L. 452-5, dernier alinéa). Fixée par l'organisme, la cotisation supplémentaire ne peut normalement excéder 25 % du montant de la cotisation proprement dite, le maximum pouvant toutefois être doublé dans certains cas de récidive (voir arrêté du 9 décembre 2010).

D'application somme toute réduite (on compte au plus quelques centaines d'entreprises qui font l'objet chaque année d'une cotisation supplémentaire), les dispositions relatives aux cotisations supplémentaires donnent lieu à une jurisprudence ferme :

- liée au risque particulier qui en est à l'origine, la cotisation supplémentaire survit ainsi en cas de changement d'employeur dès lors que, ayant eu connaissance de la situation à l'origine de la mesure, le nouvel employeur n'y remédie pas (Soc., 14 novembre 1973, pourvoi n° 72-13.781, *Bull.* 1973, V, n° 573, et Soc., 15 juin 2000, pourvoi n° 98-17.888) ; la cotisation cesse en revanche d'être due lorsque le changement d'employeur conduit à la constitution d'un établissement nouveau, générateur de risques distincts (Soc., 1^{er} décembre 1982, pourvoi n° 81-14.021, *Bull.* 1982, V, n° 673) ;
- l'employeur ne saurait contester l'imposition de la cotisation supplémentaire lorsque celle-ci est consécutive au non-respect des mesures de prévention prescrites par l'organisme devenues définitives (Soc., 21 janvier 1987, *D.* 1987, Somm., p. 323, obs. X. Prétot ; Soc., 18 janvier 1990, pourvoi n° 87-13.841, et Soc., 13 janvier 1994, pourvoi n° 91-17.566) ;
- sous cette réserve, il appartient au juge de la tarification de se prononcer, le cas échéant, sur le bien-fondé de l'application de la cotisation supplémentaire et sur le taux de la cotisation (Soc., 19 février 1986, pourvoi n° 84-10.728, *Bull.* 1986, V, n° 18 ; Soc., 18 janvier 1990, n° 87-13.841 ; Soc., 13 janvier 1994, pourvoi n° 91-17.566 ; 2^e Civ., 7 avril 2011, pourvoi n° 10-14.453, *Bull.* 2011, II, n° 91).

Le contentieux de la tarification

Les éléments qui concourent à la détermination du taux brut de cotisation sont susceptibles, le cas échéant, de donner lieu à des contentieux devant des juridictions distinctes.

L'article L. 142-1, alinéa 2, du code de la sécurité sociale reconnaît aux juridictions du contentieux général une compétence de principe pour connaître des litiges nés de l'application des législations de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole chaque fois qu'une autre juridiction n'est pas compétente.

Les juridictions du contentieux de l'incapacité, tribunal du contentieux de l'incapacité (TCI) puis en appel Cour nationale de l'incapacité, de la tarification et de l'assurance des accidents du travail (CNITAAT), sont par contre seules compétentes pour connaître des questions limitativement énumérées à l'article L. 143-1 1^o, 2^o et 3^o (problèmes relatifs à l'état ou au degré d'invalidité, et contestations relatives à l'état d'incapacité permanente et notamment au taux de cette incapacité, en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles des salariés du régime général, à l'exclusion des salariés du régime agricole pour lesquels les tribunaux des affaires de sécurité sociale demeurent compétents).

Enfin, les dispositions de l'article L. 143-1 4^o du code de la sécurité sociale réservent à la CNITAAT statuant en premier et dernier ressort les contestations relatives « aux décisions des caisses d'assurance retraite et de la santé au travail et des caisses de mutualité sociale agricole concernant, en matière d'accident du travail agricole et non agricole, la fixation du taux de cotisation, l'octroi de ristournes, l'imposition de cotisations supplémentaires et, pour les accidents régis par le livre IV du code de la sécurité sociale, la détermination de la contribution prévue à l'article L. 437-1 du présent code ».

Les questions relatives à la tarification relèvent ainsi de la compétence exclusive de la CNITAAT statuant en premier et dernier ressort (Soc., 17 juin 1999, pourvoi n° 97-21.861, *Bull.* 1999, V, n° 291).

Sa compétence est toutefois précisément circonscrite, les dispositions de l'article L. 143-1 du code de la sécurité sociale énumérant de manière limitative les domaines dans lesquels elle reçoit une compétence d'attribution (Soc., 23 juin 1994, pourvoi n° 91-19.977, *Bull.* 1994, V, n° 214; 2^e Civ., 20 juin 2007, pourvoi n° 06-14.378). Dès lors, la CNITAAT ne saurait connaître, serait-ce par voie d'exception, des questions qui, tels le caractère professionnel de l'accident ou l'opposabilité à l'employeur de la décision de prise en charge, relèvent de la compétence des juridictions du contentieux général (par exemple, 2^e Civ., 20 juin 2007, pourvoi n° 06-14.378) ou des questions qui, telles la fixation de la date de la consolidation, l'attribution d'une rente ou l'imputation aux conséquences d'un accident déterminé d'un taux d'incapacité, ressortissent, en premier ressort, à la compétence du tribunal du contentieux de l'incapacité (voir 2^e Civ., 4 juillet 2007, pourvoi n° 06-16.858; 2^e Civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 08-11.811, *Bull.* 2009, II, n° 87). Il appartient alors à l'employeur qui envisage de contester son taux de cotisation d'engager également une action devant la juridiction compétente pour connaître du bien-fondé de la réclamation à l'encontre de la décision de la caisse primaire susceptible d'influer sur son taux de cotisation et, le cas échéant, de solliciter un sursis à statuer de la part de la juridiction de la tarification (2^e Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 08-11.132, *Bull.* 2009, II, n° 32).

Sous-section 2. Les obligations de l'employeur en matière de prévention des risques pour la santé et la sécurité

La Directive-cadre 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail a introduit dans le droit de la « santé et sécurité au travail » une obligation de prévention des risques dans l'entreprise afin de diminuer le nombre et l'importance

des accidents du travail et des maladies professionnelles. À cette fin, elle « comporte des principes généraux concernant la prévention des risques professionnels et la protection de la sécurité et de la santé, l'élimination des facteurs de risque et d'accident, l'information, la consultation, la participation équilibrée conformément aux législations et/ou pratiques nationales, la formation des travailleurs et de leurs représentants, ainsi que des lignes générales pour la mise en œuvre desdits principes ».

Cette obligation doit procéder, comme l'énonce par ailleurs la Convention de l'Organisation internationale du travail (C 187, article 1, § d), d'une « culture de la prévention », définie comme une « culture où le droit à un milieu de travail sûr et salubre est respecté à tous les niveaux, où le gouvernement, les employeurs et les travailleurs s'emploient activement à assurer un milieu de travail sûr et salubre au moyen d'un système de droits, de responsabilités et d'obligations définis et où le principe de prévention se voit accorder la plus haute priorité ».

Le code du travail impose à son tour, par voie de transposition, une telle démarche aux employeurs. Aux termes de son article L. 4121-1, « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ». Ce texte, en ce qu'il précise que « ces mesures comprennent : 1° Des actions de prévention des risques professionnels », a été enrichi par la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, qui y a adjoint le risque de pénibilité au travail. Désormais, donc, les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs « comprennent : 1° Des actions de prévention des risques professionnels et de la pénibilité au travail ».

L'obligation pour les entreprises de participer à la prévention se présente sous plusieurs formes, notamment évaluer les risques, c'est-à-dire en prendre connaissance avant qu'ils ne se produisent (A), d'une manière plus générale s'informer sur ceux-ci et enfin procéder à une information ainsi qu'à une formation des salariés sur les risques encourus (B).

A. L'obligation d'évaluation des risques

Aux termes de la Directive-cadre de 1989 précitée, l'employeur doit notamment « éviter les risques » (article 6, § a), « évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités » (article 6, § b) et « combattre les risques à la source ». Le code du travail reprend textuellement ces obligations à l'article L. 4121-2 1°, 2° et 3° (ancien article L. 230-2 II). En outre, il résulte de l'article L. 4121-3 que « l'employeur, compte tenu de la nature des activités de l'établissement, évalue les risques pour la santé et la sécurité des travailleurs, y compris dans le choix des procédés de fabrication, des équipements de travail, des substances ou préparations chimiques, dans l'aménagement ou le réaménagement des lieux de travail ou des installations et dans la définition des postes de travail. À la suite de cette évaluation, l'employeur met en œuvre les actions de prévention ainsi que les méthodes de travail et de production garantissant un meilleur niveau de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. Il intègre ces actions et ces méthodes dans l'ensemble des activités de l'établissement et à tous les niveaux de l'encadrement ».

Le document unique d'évaluation des risques

L'obligation d'évaluation est singulièrement renforcée par l'obligation faite à l'employeur de tenir un « document unique d'évaluation des risques » pour la santé et la sécurité des travailleurs (article R. 4121-1 du code du travail, ancien R. 230-1). Ce document, mis à jour chaque année ou lors de toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, transcrit sous forme d'inventaire les résultats de l'évaluation à laquelle il a été procédé dans chaque unité de travail. Il est tenu à la disposition des travailleurs, des membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), des délégués du personnel, du médecin du travail, des agents de l'inspection du travail ainsi que des agents des services de prévention des organismes de sécurité sociale (article R. 4121-4 du même code).

Le fait de ne pas transcrire ou mettre à jour les résultats de l'évaluation des risques est une infraction pénale prévue et réprimée par l'article R. 4741-1 du code du travail.

Aux termes de l'article R. 138-32 du code de la sécurité sociale créé par le décret n° 2011-823 du 7 juillet 2011, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012 (étant précisé que les formalités prévues à l'article R. 138-32 sont valablement accomplies dès la publication du décret) : « L'employeur détermine la proportion de salariés exposés aux facteurs de pénibilité définis en application de l'article L. 4121-3-1 du code du travail. Il la consigne en annexe du document unique d'évaluation des risques mentionné à l'article R. 4121-1 du même code. Cette proportion est actualisée chaque fois que nécessaire, et notamment lors de la mise à jour du document unique d'évaluation des risques. »

La fiche individuelle d'exposition à certains facteurs de risques professionnels de pénibilité, ou la « traçabilité » des risques

La loi n° 2010-330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites entend assurer la prise en compte de la pénibilité du travail pour un accès anticipé à la retraite. Cela implique de définir la pénibilité d'une part, de mettre en œuvre un dispositif permettant de la caractériser d'autre part.

La « pénibilité » du travail est définie par l'article L. 4121-3-1 nouveau du code du travail créé par la loi n° 2010-1330 précité (article applicable aux expositions intervenues à compter d'une date fixée par décret et au plus tard le 1^{er} janvier 2012) comme résultant de l'exposition du travailleur à « un ou plusieurs facteurs de risques professionnels déterminés par décret et liés [à l'une ou l'autre des situations suivantes] » :

- « des contraintes physiques marquées » ;
- « un environnement physique agressif » ;
- « certains rythmes de travail susceptibles de laisser des traces durables identifiables et irréversibles sur sa santé ».

Ces types de risques professionnels sont eux-mêmes légalement corrélés par l'article D. 4121-5 du code du travail (texte créé par le décret n° 2011-354 du 30 mars 2011) avec dix sources possibles d'activités professionnelles. Ainsi, à titre d'exemple, les facteurs de risques à prendre en considération au titre de « certains rythmes de travail » sont :

- « a) Le travail de nuit dans les conditions fixées aux articles L. 3122-29 à L. 3122-31 ;

- b) Le travail en équipes successives alternantes ;
- c) Le travail répétitif caractérisé par la répétition d'un même geste, à une cadence contrainte, imposée ou non par le déplacement automatique d'une pièce ou par la rémunération à la pièce, avec un temps de cycle défini. »

Pour déterminer la « traçabilité » des expositions au risque de pénibilité, l'article L. 4121-3-1 du code du travail précité demande à l'employeur de consigner dans une fiche, selon des modalités déterminées par décret :

- « les conditions de pénibilité auxquelles le travailleur est exposé » ;
- « la période au cours de laquelle cette exposition est survenue » ;
- « les mesures de prévention mises en œuvre par l'employeur pour faire disparaître ou réduire ces facteurs durant cette période ».

Cette fiche, énonce le même texte, est établie « en cohérence avec l'évaluation des risques prévue à l'article L. 4123-3. Elle est communiquée au service de santé au travail qui la transmet au médecin du travail. Elle complète le dossier médical en santé au travail de chaque travailleur ».

On se bornera à signaler à cet endroit que le législateur a prévu d'autres mesures en faveur de la prévention de la pénibilité au travail. Ainsi, l'article L. 4612-2 du code du travail énonce que le CHSCT « procède à l'analyse de l'exposition des salariés à des facteurs de pénibilité ». Par ailleurs, les employeurs sont invités, sous certaines conditions et sous peine de sanctions, à conclure des accords collectifs ou établir des « plans d'action » en faveur de la prévention de la pénibilité, ainsi qu'à prévoir la mise en place d'un organisme de suivi de cette politique.

B. L'obligation d'information et de formation sur les risques

L'employeur est tenu, dans le cadre de son obligation de prévention des risques pour la santé et la sécurité au travail, d'entreprendre « des actions d'information et de formation » (article L. 4121-1 du code du travail).

L'obligation pour l'employeur de s'informer

La Directive-cadre de 1989 précitée déclare que santé et sécurité au travail impliquent pour l'employeur un devoir d'information sur les risques : « les employeurs sont tenus de s'informer des progrès techniques et des connaissances scientifiques en matière de conception des postes de travail, compte tenu des risques inhérents à leur entreprise, et d'informer les représentants des travailleurs exerçant leurs fonctions de participation dans le cadre de la présente directive, de façon à pouvoir garantir un meilleur niveau de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs ». L'article L. 4121-2 déjà cité du code du travail précise de son côté que l'employeur « doit tenir compte de l'état d'évolution de la technique ». Il est également instauré un devoir de coopération entre les employeurs de travailleurs présents dans un même lieu (article L. 4121-5 du code du travail).

La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler en matière de faute inexcusable de l'employeur, notamment à propos d'une salariée affectée par son employeur pendant plusieurs années sur un site industriel sensible, que l'employeur a l'« obligation de se renseigner

auprès de [la société tierce] sur la nature des produits fabriqués ou utilisés par celle-ci, de façon à s'assurer de leur innocuité ou, en cas de danger, à mettre en œuvre, en coopération avec les organes de cette entreprise tierce, des mesures propres à préserver la santé de son salarié [...]» (2^e Civ., 8 novembre 2007, pourvoi n° 07-11.219, *Bull.* 2007, II, n° 248; voir aussi : 2^e Civ., 8 octobre 2009, pourvoi n° 08-16.306; 2^e Civ., 14 janvier 2010, pourvoi n° 08-21.121). Et, plus récemment, elle a jugé « qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la société [...] avait satisfait à son obligation de se renseigner sur les dangers courus par son salarié dont le travail s'exécutait dans les locaux d'une autre entreprise et de mettre en œuvre, le cas échéant, en coopération avec les organes de cette entreprise tierce, des mesures propres à préserver le salarié, [...] la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision [...]» (2^e Civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-67.028).

L'obligation pour l'employeur d'informer

L'information en matière de santé et sécurité au travail concerne les travailleurs eux-mêmes, leurs instances représentatives, notamment le CHSCT, ainsi que le médecin du travail et diverses autorités ou organismes administratifs.

S'agissant plus particulièrement des travailleurs, le code du travail institue à l'article L. 4141-1 (ancien article L. 231-3-2, alinéa 1) une obligation générale d'information ainsi formulée : « L'employeur organise et dispense une information des travailleurs sur les risques pour la santé et la sécurité et les mesures prises pour y remédier ». Le contenu de cette information est précisé aux articles R. 4141-2 et 4141-3-1. Il porte notamment sur les modalités d'accès au document unique d'évaluation des risques, les mesures de prévention des risques identifiés dans ce document et le rôle du service de santé au travail.

L'information due par l'employeur doit être donnée d'une manière compréhensible (article R. 4141-2 du code du travail), le médecin du travail étant associé à la détermination de son contenu (article R. 4141-6 du même code).

L'obligation pour l'employeur de former

La formation à la sécurité concourt à la prévention des risques professionnels (article R. 4141-1 du code du travail). Elle doit être dispensée lors de l'embauche et chaque fois que nécessaire (article R. 4141-2). Son objet est d'instruire le travailleur des précautions à prendre pour assurer sa propre sécurité et, le cas échéant, celle des autres (article R. 4141-3). L'utilité des mesures prescrites par l'employeur est expliquée au travailleur (article R. 4141-4). La formation porte sur les conditions de circulation dans l'entreprise, les conditions d'exécution du travail et la conduite à tenir en cas d'accident ou de sinistre (article R. 4143-3). Et le travailleur doit bénéficier d'une telle formation en cas de création ou de modification d'un poste de travail ou de technique exposant, pour certaines tâches, à des risques nouveaux (article R. 4141-15).

Le CHSCT participe à la préparation des formations à la sécurité (article R. 4143-1) et celles-ci sont conduites avec le concours, le cas échéant, d'organismes spécialisés en la matière, comme la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail (CARSAT, ex-CRAM).

L'étendue de l'obligation de formation à la sécurité varie selon la taille de l'établissement, la nature de son activité, le caractère des risques qui y sont constatés et le type d'emploi des travailleurs (article L. 4141-3).

L'obligation pour l'employeur de donner à certains travailleurs une formation « renforcée » à la sécurité

Les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée et les salariés temporaires affectés à des postes de travail présentant des risques particuliers pour leur santé ou leur sécurité bénéficient d'une formation renforcée à la sécurité (article L. 4142-2). Il en va de même pour les stagiaires en entreprise affectés à de tels postes (article L. 4154-2).

L'employeur établit la liste de ces postes à risques, après avis du médecin du travail et du CHSCT (article L. 4154-2).

La faute inexcusable de l'employeur prévue par le code de la sécurité sociale est présumée établie lorsque les travailleurs précités ont été victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle alors qu'ils n'auraient pas bénéficié de la formation à la sécurité renforcée. Le juge doit rechercher si, lors de sa formation, le salarié victime d'un accident du travail a été informé du danger spécifique encouru au travail et des règles à observer en cas de bourrage de la machine sur laquelle il opérerait (2^e Civ., 18 novembre 2010, pourvoi n° 09-71.318, à propos de l'accident du travail résultant de l'absence de carter de sécurité sur une scelleuse). Encore faut-il qu'il soit établi que la victime était bien affectée à un poste présentant des risques particuliers, ce qui n'est pas toujours le cas. Ainsi, dans une espèce, l'accident, dont les circonstances exactes demeuraient indéterminées, résultait de la manipulation d'une bobine de tissu d'une extrême simplicité et dénuée de toute dangerosité, pour la réalisation de laquelle le salarié, non affecté à un poste présentant des risques particuliers au sens de l'article L. 4154-2 du code du travail, avait préalablement reçu les explications nécessaires, alors que la fourniture des accessoires de sécurité n'aurait pas été de nature à prévenir la survenance de cet accident (2^e Civ., 3 février 2011, pourvoi n° 09-70.420).

Sous-section 3. L'obligation de sécurité de résultat de l'employeur

La notion est apparue dans le champ du contentieux social avec la nouvelle définition de la faute inexcusable de l'employeur consacrée par les arrêts « Amiante » de 2002, la chambre sociale ayant ainsi statué : « Attendu qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver » (Soc., 28 février 2002, pourvoi n° 99-21.255, *Bull.* 2004, V, n° 81).

Du droit de la sécurité sociale – maladies professionnelles puis accidents du travail (Soc., 11 avril 2002, pourvoi n° 00-16.535, *Bull.* 2002, V, n° 127) –, l'obligation de sécurité de résultat s'est déplacée dans le droit du travail lui-même :

- protection des salariés contre le tabagisme passif, avec validation de la prise d’acte de la rupture par le salarié (Soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 03-44.412, *Bull.* 2005, V, n° 219);
- sanction de l’absence de visite médicale de reprise (Soc., 28 février 2006, pourvoi n° 05-41.555, *Bull.* 2006, V, n° 87; Soc., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-41.519, *Bull.* 2009, V, n° 147; Soc., 22 septembre 2011, pourvoi n° 10-13.568), de visite d’embauche (Soc., 5 octobre 2010, pourvoi n° 09-40.913), de visites périodiques (Soc., 24 juin 2009, pourvois n° 07-41.911 et 08-41.050);
- respect nécessaire des préconisations du médecin du travail (Soc., 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-43.918, *Bull.* 2007, V, n° 216);
- harcèlement moral : responsabilité personnelle du salarié harceleur et responsabilité sans faute de l’employeur (Soc., 21 juin 2006, pourvois n°s 05-43.914 à 05-43.919, *Bull.* 2006, V, n° 223); résiliation judiciaire aux torts de l’employeur (Soc., 21 février 2007, pourvoi n° 05-41.741); prise d’acte de la rupture par le salarié (Soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-44.019, *Bull.* 2010, V, n° 30); impossibilité pour l’employeur de se prévaloir de la perturbation que l’absence prolongée du salarié qui est la conséquence du harcèlement moral cause au fonctionnement de l’entreprise (Soc., 11 octobre 2006, pourvoi n° 04-48.314, *Bull.* 2006, V, n° 301);
- obligation de reclassement du salarié (Soc., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-42.925);
- droit de retrait du salarié : nullité du licenciement motivé par l’exercice légitime de ce droit (Soc., 28 janvier 2009, pourvoi n° 07-44.556, *Bull.* 2009, V, n° 24);
- obligation pour l’employeur de prendre les mesures prémunissant le salarié contre les maladies professionnelles (Soc., 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-44.969);
- obligation de prendre des mesures de prévention (Soc., 30 novembre 2010, pourvoi n° 08-70.390, *Bull.* 2010, V, n° 270, cité *infra*).

Le thème de l’obligation de sécurité de résultat ayant déjà été traité à l’occasion des précédentes études contenues dans les rapports de la Cour de cassation pour 2007 (la santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation) et 2009 (les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation), trois thèmes seulement seront ici présentés : d’une part l’exigence jurisprudentielle d’effectivité de l’obligation (A), d’autre part la migration de l’obligation de la sphère individuelle de travail vers les relations collectives (B). Enfin sera examinée la question de la pénibilité (C).

A. L’effectivité de l’obligation de sécurité de résultat

Cette exigence a été énoncée par la chambre sociale dans l’attendu de principe suivant : « Attendu que l’employeur, tenu d’une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l’entreprise, doit en assurer l’effectivité » (Soc., 28 février 2006, pourvoi n° 05-41.555, *Bull.* 2006, V, n° 87).

Elle conduit à interdire à l’employeur de laisser un salarié reprendre son travail après une période d’absence d’au moins huit jours pour accident du travail sans le faire bénéficier, lors de la reprise ou au plus tard dans les huit jours de celle-ci, d’un examen par le médecin du travail destiné à apprécier son aptitude à reprendre son ancien emploi, la nécessité d’une adaptation des conditions de travail ou d’une réadaptation, ou éventuellement de l’une et de l’autre de ces mesures. Elle l’oblige également à ne pas mettre en péril la santé

du salarié en tardant à suivre les préconisations du médecin du travail (Soc., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-42.925).

Toujours dans le souci de l'effectivité de l'obligation de préserver la santé et la sécurité des salariés, un arrêt récent de la deuxième chambre civile fait prévaloir l'obligation de sécurité de résultat sur l'obligation d'information du salarié. Ainsi, le fait que l'employeur ait pu se conformer à son obligation d'information des salariés sur les risques encourus ne constitue pas une circonstance suffisante pour l'exonérer de la faute inexcusable commise en ne prenant pas dans les faits les mesures propres à prévenir la réalisation de ces risques (2^e Civ., 22 septembre 2011, pourvoi n° 10-17.360).

B. Le passage de l'individuel au collectif

Deux séries de décisions illustrent cette extension du champ de l'obligation de sécurité de résultat : les unes concernent le harcèlement moral, les autres l'organisation et les conditions collectives de travail.

En premier lieu, les « méthodes de gestion » mises en œuvre dans l'entreprise peuvent être jugées constitutives de harcèlement moral. C'est ainsi que « peuvent caractériser un harcèlement moral les méthodes de gestion mises en œuvre par un supérieur hiérarchique dès lors qu'elles se manifestent pour un salarié déterminé par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet d'entraîner une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel » (Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 07-45.321, *Bull.* 2009, V, n° 247 ; dans le même sens, Soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-44.107 ; Soc., 27 octobre 2010, pourvoi n° 09-42.488). Et, l'employeur étant débiteur d'une obligation de résultat, il importe peu qu'il ait pu prendre des dispositions en vue de faire cesser le harcèlement.

En second lieu, la suspension judiciaire de projets de réorganisation de l'entreprise, mesure atteignant directement le pouvoir de direction de l'employeur, a été admise par la chambre sociale à l'occasion d'une réorganisation estimée de nature à compromettre la santé et la sécurité des travailleurs concernés (Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-45.888, *Bull.* 2008, V, n° 46).

C. La question de la pénibilité

Une question semble devoir être posée : l'obligation de sécurité de résultat sera-t-elle étendue à la pénibilité au travail ?

Sachant que l'article L. 4121-1 du code du travail sert de fondement, comme il sera vu plus loin, à l'obligation de sécurité de l'employeur, et que ce texte institue au rang de principe général la prévention de la pénibilité, il est permis de se demander dans quelle mesure la jurisprudence relative à cette obligation de sécurité s'étendra à ce nouveau risque, au titre de l'inobservation des « actions de prévention de la pénibilité au travail ».

Un arrêt de la chambre sociale du 30 novembre 2010 a retenu l'attention de la doctrine en ce qu'il pourrait bien être à « potentialités multiples » (A. Moraine, « Justice : la pénibilité s'invite aux prud'hommes », *in Santé & travail*, n° 74, avril 2011). La chambre a en

effet reproché à une cour d'appel de débouter un salarié intérimaire soudeur de sa demande de dommages-intérêts pour manquement de l'entreprise de travail temporaire et de l'entreprise utilisatrice à leur obligation de sécurité de résultat au motif que la preuve d'une altération de son état de santé n'était pas rapportée, alors qu'un risque d'exposition aux fumées de soudage avait été identifié, mais que l'intéressé, depuis le début de sa mission, ne s'était pas vu fournir le masque protecteur requis. Un tel manquement, a décidé la Cour de cassation, causait nécessairement un préjudice au salarié (Soc., 30 novembre 2010, pourvoi n° 08-70.390, *Bull.* 2010, V, n° 270; N. Dedessus-Le-Moustier, « Obligation de sécurité de l'entreprise utilisatrice et de l'entreprise de travail temporaire », in *JCP* 2010, éd. G, n° 51, 20 décembre 2010, 1278, p. 2387; *RJS* 2011, décision n° 185, p. 169-170). Un précédent arrêt avait déjà décidé, s'agissant d'un salarié barman ayant pris acte de la rupture du contrat de travail en raison de son exposition à la fumée de cigarettes, que l'insuffisance du taux de nicotine trouvé dans son sang, relevée par la cour d'appel pour le débouter de ses demandes indemnitaires, était un motif inopérant, alors qu'en l'espèce l'employeur était « tenu à l'égard de son personnel, d'une obligation de sécurité de résultat qui lui [imposait] de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé de ses salariés » et que la cour d'appel avait constaté que la société « ne respectait pas les dispositions du code de la santé publique sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics concernant les salariés [...] » (Soc., 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-65.103, *Bull.* 2010, V, n° 215).

Une telle solution est-elle susceptible de bénéficier à des salariés ayant été exposés à des conditions de travail pénibles sans développer de pathologie, d'une part, ne remplissant pas les conditions d'incapacité permanente permettant d'obtenir une retraite anticipée, d'autre part ?

Sous-section 4. Le droit d'alerte et de retrait du salarié

Cette matière ayant déjà été abordée dans l'étude consacrée à « La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation » incluse dans le *Rapport annuel 2009* (p. 144 et suivantes), seront seulement rappelées quelques notions concernant les risques rencontrés. Ceux-ci sont de deux sortes : le risque physique (ou mental) en considération duquel le salarié prend la décision de se retirer du travail ; le risque juridique encouru par le salarié s'il exerce son droit de retrait, et par l'employeur s'il néglige de prendre en compte la situation de danger ou sanctionne le salarié du fait de cet exercice (B). Il convient de faire préalablement quelques rappels (A).

A. Quelques rappels préalables

L'article L. 4131-1 du code du travail dispose dans son alinéa 1^{er} que le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection (article L. 4131-1 du code du travail).

Aux termes des alinéas 2 et 3, le salarié « peut se retirer d'une telle situation », auquel cas « l'employeur ne peut demander au salarié [...] de reprendre son activité [...] » tant qu'elle perdure.

Il ressort de ces dispositions que le droit de retrait présente un caractère partiellement subjectif avec la notion de « motif raisonnable de penser ».

Il s'ensuit que le contrôle opéré *a posteriori* par le juge pour vérifier si le salarié a exercé légitimement son droit portera non pas sur le caractère réellement dangereux de la situation, mais sur le caractère raisonnable de la croyance de l'intéressé en la gravité et l'imminence du danger (Soc., 23 mars 2005, pourvoi n° 03-42.412). Le Conseil d'État partage cette position (CE, 9 octobre 1987, n° 69829, publié au *Recueil Lebon*).

Si la chambre sociale contrôle ce point (Soc., 28 novembre 2000, pourvoi n° 98-45.048), elle considère en revanche que l'appréciation de celui de savoir si le salarié avait ou non un motif raisonnable de penser que la situation dans laquelle il se trouvait présentait un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé relève du pouvoir souverain des juges du fond : c'est ce qu'elle a jugé dans une espèce où le salarié s'était retiré à la suite de l'agression de collègues de travail sur une ligne de tramway (Soc., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-40.353 : agression sur ligne de tramway).

B. Risque pour la santé et la sécurité et risque juridique pour l'employeur et le salarié

En prenant l'initiative de se retirer de la situation de travail, le salarié court le risque de se voir imposer une retenue sur salaire licite (Soc., 11 juillet 1989, pourvoi n° 86-43.497, *Bull.* 1989, V, n° 516 ; Crim., 25 novembre 2008, pourvoi n° 07-87.650, *Bull. crim.* 2008, n° 239), voire une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement, motif pris que son comportement s'analyse en une insubordination (Soc., 20 janvier 1993, pourvoi n° 91-42.028, *Bull.* 1993, V, n° 22). Il s'expose également à ce que sa prise d'acte de la rupture aux torts de l'employeur soit jugée injustifiée, ce qui lui fait produire les effets d'une démission (Soc., 14 juin 2006, pourvoi n° 04-43.769).

Quant à l'employeur, il encourt tout d'abord le risque, si le juge conclut à l'existence d'un motif légitime de retrait, de voir annuler le licenciement : « Attendu d'une part qu'aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif légitime de penser qu'elle présentait un danger grave ou imminent pour chacun d'eux ; d'autre part que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection et de sécurité au travail, doit en assurer l'effectivité ; qu'il s'ensuit qu'est nul le licenciement prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice légitime par le salarié du droit de retrait de son poste de travail dans une situation de danger ; [...] Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le salarié avait exercé régulièrement le droit de retrait et que les griefs formulés dans la lettre de licenciement tenaient aux circonstances de son exercice contesté par l'employeur, la cour d'appel a violé [l'article L. 231-8-1 devenu l'article L. 4131-3 du code du travail] » (Soc., 28 janvier 2009, pourvoi n° 07-44.556, *Bull.* 2009, V, n° 24). L'employeur s'expose ensuite, au cas où le risque dénoncé se serait matérialisé, aux conséquences de la qualification de la faute inexcusable de droit prévue à l'article L. 4141-4 du code de la sécurité sociale (Soc., 17 juillet 1998, pourvoi n° 96-20.988, *Bull.* 1998, V, n° 398).

Sous-section 5. Les risques psychosociaux

Les risques psychosociaux, qui sont principalement le harcèlement au travail, les violences physiques et morales sur le lieu de travail, le stress et le suicide, tous éléments d'un « mal-être » ou d'une « souffrance » au travail, font l'objet d'accords-cadres communautaires et d'accords nationaux interprofessionnels comme d'accords d'entreprise (A). La jurisprudence de la Cour de cassation envisage de son côté ces risques tant du point de vue des relations individuelles ou collectives de travail que de celui de la prise en charge du préjudice (B).

A. La prise en compte des risques psychosociaux par les partenaires sociaux

Au niveau communautaire

L'accord-cadre européen sur le stress au travail conclu le 8 octobre 2004 invite les partenaires sociaux à prendre en compte, pour une nécessaire protection de la santé et de la sécurité au travail, ce risque particulier de réduction de l'efficacité du travail et d'altération de la santé qu'est l'exposition prolongée au stress, défini non pas comme une maladie, mais un état, accompagné de plaintes ou dysfonctionnements d'ordre physique, psychologique ou social, résultant du sentiment d'un individu d'être dans l'incapacité de répondre aux exigences et attentes placées en lui.

L'accord-cadre européen sur le harcèlement et la violence au travail du 15 avril 2006 vise à une prise de conscience générale de ces phénomènes, ainsi qu'à la mise en place de procédures pluridisciplinaires efficaces pour les prévenir utilement.

Au niveau interne

Les partenaires sociaux français, ayant pris conscience de l'importance du phénomène, ont conclu des accords au niveau national pour le traiter conformément aux vœux des syndicats européens.

L'accord national interprofessionnel sur le stress au travail du 2 juillet 2008, étendu par arrêté du 23 avril 2009, vise à transposer dans la société française l'accord-cadre européen. Il énonce notamment que « la lutte contre le stress au travail doit conduire à une plus grande efficacité et une amélioration de la santé et de la sécurité au travail, avec les bénéfices économiques et sociaux qui en découlent pour les entreprises, les travailleurs et la société dans son ensemble ».

L'accord national interprofessionnel sur le harcèlement et la violence au travail du 26 mars 2010, étendu par arrêté du 23 juillet 2010 et conclu en application de l'accord-cadre précité, affirme le nécessaire respect de ce principe fondamental qu'est la dignité de la personne, « y compris sur le lieu de travail », et propose un cadre ainsi qu'une série de mesures pour prévenir, identifier et sanctionner le harcèlement et la violence, qui lui portent gravement atteinte.

Un certain nombre d'accords collectifs sont venus ensuite reprendre ces prescriptions dans différentes branches professionnelles. L'on citera, pour prendre des exemples récents :

– L'accord national de méthode du 10 mars 2011 de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs-conseils, sociétés de conseil du 15 décembre 1987 relatif à la santé au travail (IDCC1486), aux termes duquel : « La santé

au travail doit être appréhendée et traitée dans un cadre nécessairement pluridisciplinaire, et dans le cadre d'une prise en charge collective. Par cet accord, les organisations syndicales et patronales de la branche affirment leur volonté commune de conclure un accord collectif comportant deux volets distincts :

* Un volet "relatif à la santé au travail et à la prévention des risques professionnels" qui s'inscrit dans le cadre de :

- L'accord national interprofessionnel sur la santé au travail du 13 septembre 2000 ;
- Le document unique institué par le décret n° 2001-1016 du 5 novembre 2001 qui a adopté la directive européenne sur la prévention du risque professionnel.

* Un volet sur la "prévention des risques psychosociaux", en vue de construire une démarche de bien-être, d'efficacité au travail et de prévention visant à sensibiliser, diagnostiquer, identifier et quantifier le risque psychosocial dans la branche, qui s'inscrira dans le cadre de :

- La transposition le 25 août 2008 de l'accord européen du 8 octobre 2004 ;
- L'accord national 2004 interprofessionnel du 2 juillet 2008 étendu le 23 avril 2009 ;
- Du second plan santé au travail 2010-2014 et du plan d'urgence sur la prévention des risques psychosociaux du 9 octobre 2010. »

- L'accord sur la prévention et la gestion des risques psychosociaux dans les cabinets d'avocats du 1^{er} juillet 2011, qui présente cette caractéristique de se référer, dans ses fondements juridiques, à « la jurisprudence [qui] rappelle de façon constante l'obligation de sécurité de résultat en matière de santé physique ou mentale face à un risque connu ou susceptible d'être connu ». Il entend promouvoir le bien-être au travail, défini par l'article 3-2 de l'accord comme « tout ce qui participe à l'obtention d'un haut niveau de santé au travail », et mettre en œuvre :

- une prévention primaire (information, réflexion en groupe, coopération et sensibilisation des acteurs, détection des risques, écoute) ;
- une prévention secondaire (actions de formation de l'ensemble des salariés) ;
- une prévention tertiaire (gestion des procédures, plaintes, enquêtes et médiations).

B. Le stress et les autres risques psychosociaux vus à travers le prisme de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur

La jurisprudence envisage le stress comme les autres risques psychosociaux aussi bien en droit du travail (rapports individuels et collectifs) qu'en droit de la sécurité sociale (prise en compte des conséquences du stress au titre de l'accident du travail et de la faute inexcusable de l'employeur).

En droit du travail

Aspects préventifs stricto sensu

L'on a cité plus haut, à propos de l'extension de l'obligation de sécurité de résultat à la sphère collective, l'exemple de la suspension judiciaire d'une organisation dangereuse

(Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-45.888, *Bull.* 2008, V, n° 46). Mais s’y ajoute la possibilité de donner une injonction judiciaire à l’employeur de soumettre son projet d’évaluations annuelles des salariés au CHSCT « chargé de contribuer à la protection de la santé des salariés » (et pas seulement au comité d’entreprise). En effet, la Cour de cassation retient « qu’ayant relevé que les évaluations annuelles devaient permettre une meilleure cohérence entre les décisions salariales et l’accomplissement des objectifs, qu’elles pouvaient avoir une incidence sur le comportement des salariés, leur évolution de carrière et leur rémunération, et que les modalités et les enjeux de l’entretien étaient manifestement de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail, c’est sans encourir les griefs du moyen que la cour d’appel a exactement décidé que le projet de l’employeur devait être soumis à la consultation du CHSCT chargé, par application de l’alinéa 1 de l’article L. 236-2 du code du travail, de contribuer à la protection de la santé des salariés » (Soc., 28 novembre 2007, pourvoi n° 06-21.964, *Bull.* 2007, V, n° 201).

La Cour de cassation a par ailleurs consacré le pouvoir du CHSCT de recourir à une mesure d’expertise en cas de risque grave pour la santé et la sécurité des salariés dans une situation où le médecin du travail avait observé une « augmentation sensible des consultations spontanées des salariés en rapport avec des états psychologiques inquiétants, outre des manifestations de détresse morale et d’anxiété liées à la perte de repères professionnels » (Soc., 26 octobre 2010, pourvoi n° 09-12.922). Il en est de même dans une espèce où le risque grave se déduisait de ce que « les fusions d’entités, les fermetures de sites, les transferts d’activités menées deux années auparavant avaient abouti à une compression des effectifs et obligé à des déménagements nombreux, à la disparition de certains emplois sans soutien pour les salariés démunis de tout travail, à une aggravation des conditions de travail et à l’apparition d’un stress sur le site d’Issy-les-Moulineaux lié aux évolutions permanentes de l’organisation de l’entreprise », et de ce que « les attestations des représentants du personnel établissaient l’existence d’un ressenti des salariés exposés ou d’une situation objectivement dangereuse pour l’équilibre de leur santé mentale, comme un isolement total, l’obligation d’effectuer de façon quasi permanente des heures supplémentaires, le recours à des antidépresseurs » (Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 09-11.545).

Aspects sanctionneurs et indemnitaires

Ces deux aspects doivent être examinés dans le cadre d’une politique de prévention des risques psychosociaux car, ayant une forte incidence économique pour les entreprises en termes de coût et d’effectifs, ils se présentent comme très dissuasifs. Il suffit de se référer à l’impact qu’a pu avoir l’application, par la Cour de cassation, de l’obligation de sécurité de résultat au tabagisme passif subi par le salarié pour mesurer l’ampleur du phénomène.

On se bornera à indiquer :

- que le salarié victime de harcèlement moral peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l’employeur (Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 07-45.321, *Bull.* 2009, V, n° 247 ; Soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-44.107) ou solliciter la résiliation judiciaire de ce contrat (Soc., 10 décembre 2003, pourvoi n° 01-45.123 ; Soc., 21 février 2007, pourvoi n° 05-41.741) ;
- qu’il peut obtenir la réparation du préjudice que lui a causé le sentiment d’insécurité résultant d’une violation par l’employeur de son obligation de sécurité de résultat ; en

l'occurrence, les mesures prises par l'employeur pour assurer la sécurité de la salariée sur les lieux de travail (gare routière) n'étaient pas suffisantes et les locaux n'étaient « pas dans un état d'hygiène conforme à ce qu'un salarié peut normalement exiger » (Soc., 6 octobre 2010, pourvoi n° 08-45.609).

En droit de la sécurité sociale

Stress, tentative de suicide et définition de l'accident du travail

La deuxième chambre civile a considéré que la rupture d'anévrisme d'une salariée se rendant à son travail devait être qualifiée d'accident devant être pris en charge au titre de la législation professionnelle du travail dès lors que la victime, qui s'apprêtait à reprendre son activité professionnelle, se trouvait en état de stress ce jour-là, et que la caisse primaire d'assurance maladie ne rapportait pas la preuve que l'accident avait une cause totalement étrangère au travail. La présomption d'imputabilité édictée par l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale dont bénéficiait la salariée n'était donc pas détruite (2^e Civ., 5 juin 2008, pourvoi n° 07-14.150).

Elle admet également que la tentative de suicide du salarié à son domicile peut être considérée comme un accident du travail dans la mesure où « le salarié établit qu'[elle] est survenu[e] par le fait du travail » (2^e Civ., 22 février 2007, pourvoi n° 05-13.771, *Bull.* 2007, II, n° 54).

Suicide du salarié et faute inexcusable de l'employeur

La faute inexcusable de l'employeur est définie comme un manquement à son obligation de sécurité de résultat alors qu'il avait, ou aurait dû avoir, conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver. Rentre dans cette définition la tentative de suicide du salarié dans une espèce où « l'équilibre psychologique de [l'intéressé] avait été gravement compromis à la suite de la dégradation continue des relations de travail et du comportement de [l'employeur] [...] » ; étaient ainsi caractérisées la conscience du danger et l'absence des mesures nécessaires pour en préserver le salarié (2^e Civ., 22 février 2007, pourvoi n° 05-13.771, *Bull.* 2007, II, n° 54).

Sous-section 6. La prévention du risque de harcèlement moral en droit social

S'il faut comprendre par risque un danger éventuel plus ou moins prévisible, nul doute que l'abus dans les relations de travail constitue un risque inhérent à la gestion des entreprises. À cet égard, le harcèlement moral est désormais reconnu comme l'une de ses formes particulières dans les relations de travail, précisément identifiée comme telle¹²⁵. Il est donc logique que les différents acteurs concernés, notamment les pouvoirs publics et les partenaires sociaux, s'emploient à le combattre à la source et soient engagés dans une démarche de prévention.

125. Soc., 26 janvier 2005, pourvoi n° 02-47.296, *Bull.* 2005, V, n° 23.

La prévention du risque de harcèlement moral revêt deux formes : elle est directe quand elle tend à l'évitement du risque de harcèlement moral, à empêcher qu'il ne se produise (A) ; elle est indirecte lorsqu'elle résulte du régime juridique du harcèlement moral et s'attache alors à la crainte des conséquences du harcèlement s'il venait à se produire (B).

A. La prévention directe : l'évitement du risque de harcèlement moral

La meilleure manière de lutter contre le harcèlement moral est de faire en sorte qu'il ne se produise pas, qu'il ne puisse pas se produire : tel est l'objectif poursuivi, auquel sont affectés divers instruments de prévention.

L'objectif de prévention

L'objectif de prévention découle, d'une part, de l'obligation légale faite à l'employeur de prévenir les agissements de harcèlement moral, dont un accord collectif récent a précisé les modalités de mise en œuvre, d'autre part, du rattachement de cette obligation légale de prévention à l'obligation prétorienne de sécurité de résultat pesant sur l'employeur.

L'obligation légale de prévention

L'article L. 1152-4 du code du travail énonce que l'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral. Il est complété par l'article L. 1321-2 du même code relatif au contenu du règlement intérieur, qui prévoit que celui-ci rappelle les dispositions relatives au harcèlement moral, ce qui est une manière d'imposer à l'entreprise de prendre en compte, dans sa propre réglementation interne, l'interdiction légale du harcèlement moral et l'obligation qui lui est faite de le prévenir.

Par ailleurs, si l'article L. 1152-4 ne précise pas autrement quelles dispositions peuvent (doivent) être prises pour prévenir les agissements de harcèlement moral, laissant ainsi à l'employeur le choix des moyens, l'accord national interprofessionnel sur le harcèlement et la violence au travail du 26 mars 2010, signé à l'unanimité par les partenaires sociaux et étendu par arrêté du 23 juillet 2010, a précisé les modalités (possibles) de mise en œuvre de l'obligation légale de prévention. Ainsi, après avoir rappelé les termes de cette obligation, l'accord invite les entreprises à clairement affirmer que le harcèlement (dans l'entreprise) n'est pas admis, et ajoute que cette position peut être (opportunément) exprimée dans une charte de référence annexée au règlement intérieur, consignant les mesures prises par l'entreprise en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral ainsi que la procédure à mener si un cas survient, étant observé (comme le souligne l'accord) que « la diffusion de l'information est un moyen essentiel pour lutter contre l'émergence et le développement du harcèlement ».

Obligation légale de prévention du harcèlement moral et obligation prétorienne de sécurité de résultat imposée à l'employeur

Il n'est guère douteux que l'obligation particulière faite à l'employeur de prendre toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral n'est qu'une application de l'obligation plus générale qui lui est faite par l'article L. 4121-1 du code du travail de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la

santé physique et mentale des travailleurs, lesquelles comprennent des actions de prévention des risques professionnels. En effet, le harcèlement moral constitue l'un de ces risques contre lesquels il incombe à l'employeur de mettre en œuvre les mesures prévues par l'article L. 4121-1 à l'effet de le « combattre [...] à la source » (article L. 4121-2 du code du travail). Parmi ces mesures, l'article L. 4121-2^{7°} impose à l'employeur de « planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral, tel qu'il est défini à l'article L. 1152-1 ».

Or, c'est de l'article L. 4121-1 du code du travail que la Cour de cassation fait (désormais) dériver l'obligation de sécurité de résultat dégagée de manière prétorienne et s'imposant à l'employeur dans les relations de travail : « mais attendu que l'employeur est tenu à l'égard de son personnel d'une obligation de sécurité de résultat qui lui impose de prendre les mesures nécessaires pour assurer de manière effective la sécurité et protéger la santé des travailleurs¹²⁶ ». En d'autres termes, l'obligation générale de l'article L. 4121-1 du code du travail est juridiquement traitée comme une obligation de résultat. Il en va de même de l'obligation particulière de prévention du harcèlement moral découlant de l'article L. 1152-4 du même code. Il en résulte que la survenance d'un harcèlement moral, sa démonstration, caractérisent la violation par l'employeur de son obligation de sécurité de résultat¹²⁷. Ainsi a-t-il été jugé qu'il résulte des articles L. 122-49, L. 122-51 et L. 230-2 du code du travail, ce dernier interprété à la lumière de la Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs, que « l'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, notamment en matière de harcèlement moral, et que l'absence de faute de sa part ne peut l'exonérer de sa responsabilité¹²⁸ ».

La même solution a été réaffirmée sous une autre forme : au visa des articles L. 1152-1 (définition du harcèlement moral), L. 1152-4 (obligation particulière de prévention du harcèlement moral), et L. 4121-1 (obligation générale de protection de la santé et de la sécurité du salarié) du code du travail, la Cour de cassation énonce que, « tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, [l'employeur] manque à cette obligation lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail d'agissements de harcèlement moral ou sexuel, quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements¹²⁹ ».

Par conséquent, quand surviennent des agissements de harcèlement moral, l'employeur ne peut s'exonérer en établissant qu'il n'a pas commis de faute ou qu'il a pris toutes mesures

126. Soc., 24 juin 2009, pourvois n° 07-41.911 et n° 08-41.050 ; voir également Soc., 28 février 2006, pourvoi n° 05-41.555, *Bull.* 2006, V, n° 87.

127. H. Guyot, « L'employeur face au harcèlement moral », in *JCP* éd. S, n° 24, 14 juin 2011, 1280.

128. Soc., 21 juin 2006, pourvoi n° 05-43.914, *Bull.* 2006, V, n° 223.

129. Soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-44.019, *Bull.* 2010, V, n° 30.

pour y mettre fin, ce qui est de nature à renforcer la bonne exécution de l'obligation qui lui est faite de prévenir de tels agissements.

Les instruments de prévention

Ainsi qu'il a été précédemment indiqué, le législateur laisse à l'employeur le libre choix des mesures à mettre en œuvre pour prévenir les agissements de harcèlement moral, sans en mentionner aucune précisément. Il n'en reste pas moins qu'il existe, dans le code du travail ou dans l'accord du 26 mars 2010 sur le harcèlement au travail, des instruments de prévention, soit généraux et permanents soit particuliers et ponctuels.

Les instruments généraux et permanents

Il faut comprendre par là que certaines des institutions de l'entreprise ont une vocation naturelle à concourir à la prévention des agissements de harcèlement moral dans l'entreprise. Il en est ainsi des services de santé au travail, notamment du médecin du travail, que l'accord du 26 mars 2010 érige en « acteurs privilégiés de la prévention du harcèlement » dans le sens où, au-delà de leur rôle de formation et de sensibilisation des salariés ou de l'employeur confrontés à ces phénomènes, ils peuvent être conduits à participer à l'élaboration d'une politique de santé et de sécurité dans l'entreprise. De la même manière, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, qui a pour rôle de contribuer à la promotion de la prévention des risques professionnels, peut proposer, notamment, des actions de prévention du harcèlement moral, comme le prévoit l'article L. 4612-3 du code du travail.

Par-delà ces instruments classiques de prévention, l'accord collectif sur le harcèlement et la violence au travail suggère la mise en œuvre de mesures destinées à une meilleure détection de l'émergence de cas de harcèlement. Partant du constat que les phénomènes de harcèlement peuvent prendre une forme insidieuse, qui ne les rend pas immédiatement évidents, l'accord insiste sur la nécessité « [d']une meilleure sensibilisation et [d']une formation adéquate des responsables hiérarchiques et des salariés » à l'effet de « réduire la probabilité des cas de survenance de harcèlement et de violence au travail ». Enfin, l'accord invite à promouvoir un dialogue dans l'entreprise entre tous les acteurs sur les mesures d'organisation du travail dans l'entreprise comme instrument de prévention des situations de harcèlement.

Les instruments particuliers et ponctuels

La charte de référence, dont l'accord sur le harcèlement et la violence au travail invite les entreprises à se doter éventuellement de manière à y consigner leur volonté de prévenir le harcèlement moral et les dispositions prises à cette fin, pourrait être le moyen de préciser la procédure à suivre si un cas survient. Cette procédure pourrait inclure, comme le suggère l'accord, une phase informelle au cours de laquelle une personne « ayant la confiance de la direction et des salariés est disponible pour fournir conseils et assistance ».

Alors même que les entreprises ne sont pas encore dotées de telles chartes, des dispositifs d'alerte existent déjà dans le code du travail, de nature à permettre de prévenir une situation de harcèlement moral qui risquerait de se produire :

– ainsi, l'article L. 2313-2 du code du travail organise une procédure d'alerte entre les mains du délégué du personnel en cas d'atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et

mentale, ce qui inclut une situation de harcèlement moral¹³⁰, à l'effet d'y mettre un terme aussi rapidement que possible ;

– de même, l'article L. 4131-2 du code du travail prévoit que le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui constate qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, en alerte immédiatement l'employeur ; l'employeur procède alors aussitôt à une enquête avec ce représentant et prend les dispositions nécessaires pour y remédier (article L. 4132-2 du même code) ;

– enfin, il résulte de l'article L. 4131-1, alinéa 1, du code du travail que le travailleur doit alerter l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave ou imminent pour sa vie ou sa santé ; il peut se retirer de cette situation.

Ces dispositifs trouvent cependant une limite : il a en effet été jugé que « si, par application de l'article L. 1152-4 du code du travail, l'employeur doit prendre toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral, il n'entre pas dans les pouvoirs du juge d'ordonner la modification ou la rupture du contrat de travail du salarié auquel sont imputés de tels agissements, à la demande d'autres salariés, tiers à ce contrat¹³¹ ».

Ainsi le but de la loi et des partenaires sociaux est, au premier chef, d'empêcher l'émergence de phénomènes de harcèlement par la mise en place de mesures destinées à le prévenir directement.

Le régime juridique du harcèlement moral concourt également, mais indirectement, à sa prévention.

B. La prévention indirecte : le régime juridique du harcèlement moral

Le harcèlement moral est interdit par la loi (article L. 1152-1 du code du travail) et pénalement réprimé s'il se produit (article L. 1152-2 du code du travail). Ce peut être un mode indirect de prévention si l'on considère que la répression est une forme de prévention.

Au-delà de ces considérations, il apparaît que l'identification du harcèlement moral (c'est-à-dire la reconnaissance de son existence) est assez simple, et que le harcèlement moral est par ailleurs rigoureusement sanctionné civilement¹³², ce qui est de nature à encourager la mise en œuvre d'actions de prévention de manière à éviter son émergence.

130. « L'employeur procède sans délai à une enquête avec le délégué et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation. En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le délégué si le salarié intéressé averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue selon la forme des référés. Le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte qui sera liquidée au profit du Trésor. »

131. Soc., 1^{er} juillet 2009, pourvoi n° 07-44.482, *Bull.* 2009, V, n° 167.

132. Il n'est question ici que de la prévention du risque de harcèlement moral en droit social.

L'identification du harcèlement moral

Elle dépend essentiellement de sa définition et du mécanisme probatoire mis en place. Or, la définition du harcèlement moral est large¹³³ et le mécanisme probatoire mis en place relativement souple.

La définition du harcèlement moral

L'accord collectif du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail donne une définition large du harcèlement quant à son périmètre possible mais paradoxalement restrictive quant à son objet, énonçant qu'il survient lorsqu'un ou plusieurs salariés font l'objet d'abus, de menaces et/ou d'humiliations répétés et délibérés, dans les circonstances liées au travail, soit sur les lieux de travail, soit dans des situations liées au travail. C'est cependant la définition légale, telle qu'elle ressort de l'article L. 1152-1 du code du travail, qui importe : « Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale, ou de compromettre son avenir professionnel. » Or cette définition est virtuellement large, tout simplement parce qu'elle ne définit pas le harcèlement moral pour lui-même, mais seulement par ses conséquences formulées en termes généraux (une dégradation des conditions de travail) et multiples (possible atteinte aux droits ou à la dignité, ou possible altération de la santé physique ou mentale, ou possible risque de compromettre son avenir professionnel).

L'interprétation jurisprudentielle des dispositions de l'article L. 1152-1 est venue confirmer cette appréhension large de la notion légale de harcèlement moral. Ainsi a-t-il été jugé :

- qu'il résulte de l'article L. 1152-1 du code du travail que le harcèlement moral est constitué, indépendamment de l'intention de son auteur, dès lors que sont caractérisés des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel¹³⁴, ce qui signifie que le harcèlement moral est caractérisé par la constatation de ses conséquences telles que légalement définies, peu important l'intention (malveillante ou non) de son auteur ;
- que peuvent caractériser un harcèlement moral « les méthodes de gestion mises en œuvre par un supérieur hiérarchique dès lors qu'elles se manifestent pour un salarié déterminé par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet d'entraîner une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel¹³⁵ », ce qui implique que le harcèlement moral peut procéder d'une organisation du travail, comme l'admet d'ailleurs

133. En ce sens, C. Leborgne-Ingelaere, « Entre intention de nuire et obligation de sécurité de résultat de l'employeur : le harcèlement moral en question », *in JCP* éd. S, n° 13, 30 mars 2010, 1125.

134. Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-41497, *Bull.* 2009, V, n° 248 ; voir également, Soc., 23 mars 2011, pourvoi n° 09-68.147.

135. Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 07-45.321, *Bull.* 2009, V, n° 247 ; voir également, Soc., 27 octobre 2010, pourvoi n° 09-42.488.

l'accord collectif du 26 mars 2010, pour autant toutefois qu'il réponde aux conditions posées par la loi à l'égard d'un salarié déterminé ;

– qu'il résulte de l'article L. 1152-1 du code du travail que les faits constitutifs de harcèlement moral peuvent se dérouler sur une brève période¹³⁶ ;

– qu'il importe peu que l'auteur des faits de harcèlement moral soit un tiers, dès lors qu'il était chargé par l'employeur de mettre en place de nouveaux outils de gestion, devait former la responsable du restaurant et son équipe, et pouvait dès lors exercer une autorité de fait sur les salariés, l'employeur devant répondre des agissements des personnes qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés¹³⁷ ; cela rejoint la position exprimée dans l'accord collectif sur le harcèlement et la violence au travail précité puisqu'il y est dit que le harcèlement (de même que la violence au travail) peut être exercé par un ou plusieurs salariés ou par des tiers.

En réalité, la principale limite posée par la loi tient à la condition d'une pluralité d'agissements, sans laquelle il ne peut y avoir de harcèlement moral¹³⁸. Encore est-ce une limite relative, qui ne concerne pas le harcèlement dit discriminatoire visé par l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Il est en effet prévu par ce texte que constitue une discrimination tout agissement subi par une personne ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant, et lié à l'appartenance de cette personne ou sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, à sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe.

Le mécanisme probatoire du harcèlement moral

C'est à dessein que l'on parle de mécanisme probatoire plutôt que de mode de preuve ou de charge de la preuve, car c'est bien de cela qu'il s'agit. Ce mécanisme est assez souple et plutôt favorable au plaignant.

En premier lieu, la victime d'un harcèlement moral (la personne qui s'en plaint) ou les témoins d'agissements de harcèlement (c'est-à-dire de comportements qu'ils assimilent à de tels agissements) bénéficient d'une certaine immunité. L'article L. 1152-2 du code du travail prévoit en effet qu'« aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés ». La Cour de cassation donne leur pleine portée à ces dispositions en décidant, au visa des articles L. 1152-2 et L. 1152-3 du code du travail, « que le salarié qui relate des faits de harcèlement moral ne peut être licencié pour ce motif, sauf

136. Soc., 26 mai 2010, pourvoi n° 08-43.152, *Bull.* 2010, V, n° 111 ; voir également, Soc., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-71.170.

137. Soc., 1^{er} mars 2011, pourvoi n° 09-69.616, *Bull.* 2011, V, n° 53.

138. Soc., 31 mars 2010, pourvoi n° 07-44.675.

mauvaise foi, laquelle ne peut résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis¹³⁹ ».

En second lieu, il résulte de l'article L. 1154-1 de ce code que la charge de la preuve d'un harcèlement moral ne pèse pas sur le salarié¹⁴⁰. Plus précisément, celui-ci n'a que la charge de l'allégation, si l'on peut dire, même s'il s'agit d'une allégation qui doit être étayée : il lui appartient dans un premier temps d'établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral. Au regard de cette allégation (d'un certain nombre de faits ou agissements de l'employeur), il revient au juge du fond d'examiner l'ensemble des faits allégués, de rechercher s'ils sont établis et, dans l'affirmative (c'est-à-dire dans l'hypothèse où plusieurs sont établis), si, pris dans leur ensemble, ils étaient de nature à faire présumer un harcèlement moral¹⁴¹, étant ici observé que présumer, ce n'est pas prouver, c'est laisser supposer, tenir pour probable. Si, à l'issue de cet examen, il apparaît au juge que les éléments allégués permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral, la balle est renvoyée dans le camp de l'employeur sur lequel repose alors la charge de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement, et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. À défaut pour lui de rapporter une telle preuve, le harcèlement moral résultant de la présomption sera réputé établi.

Si l'on relie le mécanisme probatoire à la définition du harcèlement moral, il s'en déduit qu'une pluralité de faits (au moins deux) de nature à affecter de manière négative les conditions de travail d'un salarié et susceptibles de porter atteinte à ses droits ou à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel caractérisent un harcèlement moral dès lors que l'employeur ne parvient pas à les justifier par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Les sanctions du harcèlement moral

Indépendamment d'éventuelles poursuites pénales¹⁴², elles sont particulièrement rigoureuses : elles frappent à titre principal l'employeur, mais peuvent concerner également le harceleur.

En ce qui concerne l'employeur

Il est opportun de rappeler ici que, pour la Cour de cassation, la survenance d'agissements de harcèlement moral caractérise un manquement de la part de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat, de sorte que l'absence de faute de sa part ne peut l'exonérer de sa responsabilité, et qu'il importe peu qu'il ait pu prendre des mesures pour faire cesser ces agissements.

139. Soc., 29 septembre 2010, pourvoi n° 09-42.057; Soc., 27 octobre 2010, pourvoi n° 08-44.446 (voir aussi Soc., 10 mars 2009, pourvoi n° 09-42.057, *Bull.* 2009, V, n° 66).

140. Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-41.497, *Bull.* 2009, V, n° 248.

141. L'office du juge est ainsi parfaitement décrit dans Soc., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-72.488; voir également, Soc., 25 janvier 2011, pourvoi n° 09-42.766, *Bull.* 2011, V, n° 30.

142. On rappelle qu'il n'est question ici que du harcèlement moral en droit social.

Et il en est ainsi même si l'auteur des agissements de harcèlement est un tiers puisque l'employeur doit également répondre des agissements des personnes qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés. Au demeurant, on a justement noté que cette responsabilité de l'employeur à raison de faits de harcèlement moral fonctionne très largement comme une responsabilité du fait d'autrui¹⁴³. Il en découle que, sauf à établir que ces faits procéderaient d'un cas de force majeure, ce qui est pratiquement impossible, car il manque toujours l'un des éléments caractéristiques de la force majeure, l'extériorité¹⁴⁴, l'employeur est inéluctablement responsable de tels agissements quand ils se produisent, et peut être condamné à réparer les conséquences dommageables qui en ont résulté.

Il résulte par ailleurs des dispositions de l'article L. 1152-3 du code du travail que « toute rupture du contrat de travail intervenue en méconnaissance des dispositions des articles L. 1152-1 et L. 1152-2, toute disposition ou tout acte contraire est nul ». Par conséquent, est nul le licenciement d'un salarié qui a subi des agissements de harcèlement moral ou qui a refusé de les subir, de même qu'est nul le licenciement du salarié qui a témoigné de tels agissements ou les a relatés. Cela signifie qu'un salarié, dans une telle situation, qui pourrait (théoriquement) prétendre à réintégration, pourra en toute hypothèse, en l'absence de réintégration, bénéficier des sanctions pécuniaires d'un licenciement nul, soit le paiement des indemnités de rupture et d'une indemnité au moins égale à celle de l'article L. 1235-3 du code du travail.

La même conséquence juridique est applicable, et partant les mêmes sanctions pécuniaires, si c'est le salarié qui, sans avoir été licencié, prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison d'agissements de harcèlement moral imputables à l'employeur¹⁴⁵ ou demande la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur en invoquant des agissements de harcèlement moral¹⁴⁶, dès lors que, dans le cadre du mécanisme probatoire préalablement rappelé, le harcèlement moral est réputé établi. Enfin, il n'est pas sans intérêt de noter que le licenciement d'un salarié pour une autre cause – même éventuellement fondée en elle-même – est également nul s'il est établi que cette cause est en relation directe et certaine avec des agissements de harcèlement moral préalables qui l'ont provoquée (par exemple, absence prolongée du salarié rendant nécessaire son remplacement définitif mais consécutive à des agissements de harcèlement moral, ou inaptitude du salarié consécutive à de tels agissements)¹⁴⁷.

Ainsi, quand des agissements de harcèlement moral sont caractérisés, l'employeur n'a guère d'échappatoire : toute rupture en lien avec le harcèlement est nulle, avec les conséquences pécuniaires qui en découlent, et il doit en outre réparer le préjudice ayant résulté directement des agissements de harcèlement. Tout au plus pourrait-il, en ce qui concerne ce préjudice, engager une action récursoire contre le harceleur.

143. J. Mouly, note sous Soc., 3 février 2010, pourvois n° 08-40.144 et n° 08-44.019, in *JCP* éd. G, n° 12, 22 mars 2010, 321.

144. J. Mouly, *idem*.

145. Soc., 3 février 2010, *op. cit.*

146. Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-41.497, *Bull.* 2009, V, n° 248.

147. Soc., 11 octobre 2006, pourvoi n° 04-48.314, *Bull.* 2006, V, n° 301, voir également, Soc., 6 juillet 2011, pourvoi n° 10-16.477.

En ce qui concerne le harceleur

La responsabilité de l'employeur, en cas de survenance d'agissements de harcèlement moral, n'exclut pas celle du harceleur, lorsque celui-ci n'est pas l'employeur.

Ainsi a-t-il été jugé que « la responsabilité de l'employeur, tenu de prendre, en vertu de l'article L. 230-2 II (g) du code du travail, les mesures nécessaires à la prévention des risques professionnels liés au harcèlement moral, n'exclut pas la responsabilité du travailleur auquel il incombe, selon l'article L. 230-3 du même code, de prendre soin de la sécurité et de la santé des personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail ; qu'il résulte de ces dispositions spécifiques aux relations de travail au sein de l'entreprise, qu'engage sa responsabilité personnelle à l'égard de ses subordonnés le salarié qui leur fait subir intentionnellement des agissements répétés de harcèlement moral¹⁴⁸ ».

Au surplus, indépendamment de cette responsabilité personnelle à l'égard de la victime, tout salarié qui procède à des agissements de harcèlement moral s'expose à une sanction disciplinaire. C'est ce qui résulte de l'article L. 1152-5 du code du travail. Au demeurant, l'employeur sera d'autant plus enclin à prononcer une telle sanction dans un délai bref que, d'une part, cette sanction se situe dans le prolongement de l'obligation qui lui est faite de prévenir les agissements de harcèlement moral (article L. 1152-4), d'autre part, le harcèlement constitue nécessairement une faute grave¹⁴⁹, enfin, l'employeur peut se voir opposer la prescription des poursuites disciplinaires s'il n'a pas engagé la procédure de licenciement dès qu'il a eu connaissance de l'existence éventuelle d'agissements de harcèlement moral¹⁵⁰.

Il suit de ces éléments que l'ensemble des dispositions légales et conventionnelles, et l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite, concourent à ce que tout soit mis en œuvre à l'effet de prévenir le risque de harcèlement moral¹⁵¹.

Sous-section 7. Le CHSCT et la prévention des risques du travail

Dans le contrat de travail caractérisé par échange entre la subordination dans le travail et la sécurité¹⁵², la protection de la santé au travail, qui impose la prévention des risques inhérents à son accomplissement, est une exigence première, à l'origine du droit du travail. Des premières lois du droit du travail sur la protection du corps des travailleurs, en passant par la loi sur les accidents du travail qui inaugure un régime de responsabilité civile fondé sur le risque, jusqu'à l'actuelle obligation de sécurité de résultat, il y a un fil continu.

148. Soc., 21 juin 2006, pourvoi n° 05-43.914, *Bull.* 2006, V, n° 223 ; voir également, Soc., 19 mai 2010, pourvois n° 09-2.079 et n° 09-42.128.

149. Soc., 5 mars 2002, pourvoi n° 00-40.717, *Bull.* 2002, V, n° 83.

150. Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-70.902, en cours de publication.

151. Mme Leborgne-Ingelaere, dans l'article « Entre intention de nuire et obligation de sécurité de résultat de l'employeur : le harcèlement moral en question », in *JCP* éd. S, n° 13, 30 mars 2010, 1125 précité, intitule l'un de ses paragraphes : « La nécessité pour l'employeur d'éviter le harcèlement moral dans son entreprise... "à tout prix"... »

152. A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », in *Dr. soc.* 2000, p. 131-145 ; S. Bourgeot, M. Blatman, *L'État de santé du salarié*, Liaisons, coll. « Droit vivant », 2005.

L'importance de cet impératif éclaire la naissance, dès le début des années 1920, d'institutions dédiées à la prévention des risques d'accidents du travail dans certaines grandes entreprises industrielles.

Rendu obligatoire en 1941¹⁵³ et conçu alors comme un comité de sécurité composé essentiellement de techniciens, le comité d'hygiène et de sécurité, qui a pris ce nom en 1947¹⁵⁴, est devenu par la suite une institution paritaire associant des représentants des travailleurs. Son champ d'application, celui des grandes entreprises industrielles, a été élargi en 1973 à toutes les entreprises de plus de trois cents salariés. Mais ce n'est que par la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) qu'il a acquis sa configuration actuelle suite à la fusion des anciens comités d'hygiène et de sécurité et de la commission des conditions de travail du comité d'entreprise, l'amélioration de ces conditions faisant désormais partie de sa mission. Il est, depuis, obligatoire dans tous les établissements de cinquante salariés et plus, les délégués du personnel remplissant ses fonctions dans les entreprises n'atteignant pas ce seuil et l'inspecteur du travail pouvant également en imposer la création en présence de risques particuliers (articles L. 4611-2 à L. 4611-4 du code du travail).

Il s'agit aujourd'hui d'une institution de représentation du personnel spécialisée qui répond tant au principe constitutionnel de participation énoncé par l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qu'aux exigences de l'article 11 de la Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, directive qui a donné aux représentants des travailleurs une mission spécifique en matière de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs.

La chambre sociale de la Cour de cassation en a tiré les conséquences dans son important arrêt du 17 avril 1991 qui confère aux CHSCT la personnalité morale : « les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail [...] ont pour mission de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés de l'établissement ainsi qu'à l'amélioration de leurs conditions de travail et sont dotés, dans ce but, d'une possibilité d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge [...] » (Soc., 17 avril 1991, pourvois n°s 89-43.767, 89-43.768, 89-43.769, 89-43.770, 89-17.993, *Bull.* 1991, V, n° 206).

Tant par son implantation et sa composition que par ses missions, le CHSCT est une institution de prévention de la santé au travail¹⁵⁵. Cette mission spécialisée justifie que les dispositions du code du travail qui le régissent prennent place dans le titre de ce code consacré aux conditions de travail et figurent dans le livre relatif aux organismes de prévention.

La jurisprudence de la Cour de cassation sur les diverses questions que soulèvent l'implantation du CHSCT et son fonctionnement a cette mission pour fondement. Cette jurisprudence

153. Décret du 4 août 1941, JO du 10 août 1941, p. 3348; voir J.-B. Cottin, *Le CHSCT*, Lamy, 2010.

154. Décret n° 47-1430 du 1^{er} août 1947.

155. C'est ainsi que peuvent y siéger, avec voix consultative, le chef du service de sécurité de l'entreprise, le médecin du travail, l'inspecteur du travail, ou les agents du service de prévention de la caisse régionale d'assurance maladie (CRAM).

n'est pas très abondante. Dans un premier temps, la Cour a contribué à combler les lacunes de la loi sur la mise en place du comité en en faisant une institution de proximité. En matière de fonctionnement, elle s'est surtout attachée à préciser le régime de l'expertise auquel le CHSCT peut recourir. Aujourd'hui, elle accompagne l'essor de cette institution, qui est le corollaire de l'affirmation de l'obligation de sécurité de résultat, en interprétant largement sa mission et en confortant les moyens légaux de la conduire ou la portée de ses avis. Les changements actuels rapides des organisations du travail et du travail lui-même, source de nouveaux risques (les risques psychosociaux, les troubles musculo-squelettiques par exemple) justifient cet essor (A). La prise de conscience des risques environnementaux, de ceux liés à la coactivité des entreprises (sous-traitance, intervention d'entreprises extérieures) et des risques liés au fonctionnement des installations classées a justifié aussi des évolutions réglementaires qui participent de l'essor du CHSCT, mais dont la Cour de cassation n'a pas encore eu à connaître (B).

A. Missions et moyens du CHSCT

Une extension légale et jurisprudentielle des missions du CHSCT

Selon l'article L. 4612-1 du code du travail, le CHSCT a pour mission :

- « 1° De contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure ;
- 2° De contribuer à l'amélioration des conditions de travail, notamment en vue de faciliter l'accès des femmes à tous les emplois et de répondre aux problèmes liés à la maternité ;
- 3° De veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières. »

Aux termes de l'article L. 4612-2 du même code, il « procède à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposés les travailleurs de l'établissement ainsi qu'à l'analyse des conditions de travail. Il procède également à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposées les femmes enceintes. Il procède à l'analyse de l'exposition des salariés à des facteurs de pénibilité ». « [II] est consulté sur le projet d'introduction et lors de l'introduction de nouvelles technologies mentionnés à l'article L. 2323-13 sur les conséquences de ce projet ou de cette introduction sur la santé et la sécurité des travailleurs » (article L. 4612-9 du code du travail), ainsi que sur les mesures prises en vue de faciliter la mise, la remise ou le maintien au travail notamment des accidentés du travail (article L. 4612-11 du même code).

Par ailleurs, le CHSCT dispose d'un droit d'alerte en cas de danger grave et imminent (article L. 4131-2 du code du travail). Il « est réuni à la suite de tout accident ayant entraîné ou ayant pu entraîner des conséquences graves ou à la demande motivée de deux de ses membres représentants du personnel » (article L. 4614-10 du code du travail), et peut procéder à « des enquêtes en cas d'accident du travail ou d'incident révélant un risque grave d'accident ou de maladie professionnelle » (article L. 4612-5 du code du travail).

A minima le CHSCT a donc une mission de contrôle de l'application dans l'entreprise des mesures législatives en matière de santé et de sécurité, et les visites de contrôle auxquelles peuvent participer les membres du CHSCT participent de cette mission. Mais le CHSCT

a surtout une mission de prévention des risques professionnels, mission qu'il peut remplir non seulement au vu des informations que l'employeur doit lui remettre, notamment le rapport annuel sur la prévention des risques, établi à partir des observations du comité (article L. 4621-16 du code du travail), mais aussi à l'occasion de sa consultation par l'employeur, soit dans le cadre des réunions obligatoires périodiques, soit lors de réunions ponctuelles.

Les dispositions réglementaires du code du travail prévoient de très nombreuses hypothèses d'information et/ou de consultation obligatoires du CHSCT. De façon très générale le CHSCT doit être consulté, selon l'article L. 4612-8 du code du travail, avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé ou de sécurité ou les conditions de travail, notamment avant toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l'outillage, d'un changement de produit ou de l'organisation du travail, ainsi qu'avant toute modification des cadences ou des normes de productivité liées ou non à la rémunération du travail. En outre, selon l'article L. 4612-12 du code du travail, le CHSCT est consulté sur les documents se rattachant à ses missions. Il peut également être saisi de toute question par l'employeur, le comité d'entreprise ou les délégués du personnel. Bien que le CHSCT soit une institution spécialisée, le champ de ses compétences est très vaste. La jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas très fournie, rendue souvent à l'occasion de la contestation du recours à l'expertise, mais les arrêts les plus récents traduisent un essor des missions de l'institution.

En matière de discipline, il est classiquement admis que le CHSCT doit être consulté sur le projet de règlement intérieur ou sur ses adjonctions (Crim., 26 juin 1990, pourvoi n° 88-84.251, *Bull. crim.* 1990, n° 261).

Plus significative est la jurisprudence récente de la chambre sociale qui illustre les changements contemporains du travail et leurs conséquences en matière de sécurité du travail. La Cour de cassation a ainsi décidé que le CHSCT devait être consulté sur un projet d'évaluation annuelle des salariés en jugeant que, dès lors que ces « évaluations annuelles devaient permettre une meilleure cohérence entre les décisions salariales et l'accomplissement des objectifs, qu'elles pouvaient avoir une incidence sur le comportement des salariés, leur évolution de carrière et leur rémunération, et que les modalités et les enjeux de l'entretien étaient manifestement de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail, c'est sans encourir les griefs du moyen que la cour d'appel a exactement décidé que le projet de l'employeur devait être soumis à la consultation du CHSCT chargé, par application de l'alinéa 1 de l'article L. 236-2 du code du travail, de contribuer à la protection de la santé des salariés » (Soc., 28 novembre 2007, pourvoi n° 06-21.964, *Bull.* 2007, V, n° 201). Elle n'a pas eu à se prononcer sur la consultation préalable du CHSCT avant la mise en œuvre d'un système d'alerte professionnelle (Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-17.191, *Bull.* 2009, V, n° 276), mais en l'espèce les parties avaient admis qu'elle était nécessaire.

De même, le CHSCT doit être consulté lors des restructurations d'entreprise, qui sont d'abord des décisions économiques mais qui ont d'évidentes conséquences sur les conditions de travail des salariés et peuvent être source de risques psychosociaux. Ainsi, un arrêt du 29 septembre 2009 (Soc., 29 septembre 2009, pourvoi n° 08-17.023, *Bull.* 2009, V n° 211) retient « qu'ayant constaté, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que le projet de

réorganisation important mis en place à l'initiative de la direction [d'un groupe] entraînait la disparition [d'une société X] appelée à devenir un simple établissement de la société absorbante [Y], ainsi qu'une nouvelle organisation des établissements de la société [X] et le transfert d'une partie de son personnel au service [d'une troisième société] relevant d'un autre groupe, la cour d'appel a pu en déduire que ce projet était de nature à modifier les conditions de travail du personnel et justifiait le recours à un expert, alors même que d'autres entreprises que la société [X] étaient concernées par ces modifications ». De même, la chambre sociale, par un arrêt du 30 juin 2010 (Soc., 30 juin 2010, pourvoi n° 09-13.640, *Bull.* 2010, V, n° 156) a décidé que le regroupement d'un certain nombre de salariés sur un même site (lequel n'avait pas de CHSCT) impliquait la consultation du CHSCT du site sur lequel les salariés transférés travaillaient. Elle précise à cette occasion que, en l'absence de CHSCT compétent pour l'ensemble des sites concernés, l'employeur devait consulter tous les CHSCT de ces sites.

Les moyens du CHSCT

Rappelons pour mémoire que les membres du CHSCT bénéficient d'une formation. Ils disposent d'heures de délégation pour remplir leur mission, notamment conduire des enquêtes ou des inspections décidées par le comité. Ils sont protégés contre le licenciement. Mais c'est essentiellement à l'occasion de l'expertise du CHSCT que la Cour de cassation contribue à conforter le rôle de cette institution.

Expertise

Selon l'article L. 4614-12 du code du travail :

« Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail peut faire appel à un expert agréé :

1° Lorsqu'un risque grave, révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel est constaté dans l'établissement ;

2° En cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, prévu à l'article L. 4612-8.

Les conditions dans lesquelles l'expert est agréé par l'autorité administrative et rend son expertise sont déterminées par voie réglementaire. »

Le champ d'application de l'expertise du CHSCT est donc le même que celui de sa consultation obligatoire (voir *supra*).

Par application de l'article L. 4614-13 du code du travail, le CHSCT peut décider seul de l'appel à un expert, sous réserve de la contestation de l'employeur. La Cour de cassation a fixé le régime juridique de l'expertise dans différents arrêts rendus en 2001, décisions commentées au *Rapport annuel* 2001 (p. 370-371). Selon les arrêts du 14 février 2001 (Soc., 14 février 2001, pourvoi n° 98-21.438, *Bull.* 2001, V, n° 54) et du 3 avril 2001 (Soc., 3 avril 2001, pourvoi n° 99-14.002, *Bull.* 2001, V, n° 121), la contestation de l'employeur ne peut porter que sur la notion de projet important ou de risque grave. Il n'est pas nécessaire que le CHSCT fasse préalablement appel aux services de l'entreprise, une analyse indépendante du risque nécessitant le recours à une personne extérieure (Soc., 11 février 2004, pourvoi n° 02-10.862). Le CHSCT est souverain pour choisir l'expert dès lors que celui-ci bénéficie

de l'agrément visé par l'article L. 4614-12 du code du travail (Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-16.676, *Bull.* 2009, V, n° 183).

La notion de projet important a fait l'objet d'une jurisprudence évolutive. La Cour de cassation a d'abord considéré que cette notion relevait du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (Soc., 25 juin 2003, pourvoi n° 01-13.826, *Bull.* 2003, V, n° 211 ; Soc., 29 septembre 2009 précité). Puis elle a décidé, dans l'arrêt du 30 juin 2010 (pourvoi n° 09-13.640, *Bull.* 2010, V, n° 156 précité), de contrôler l'application de cette notion qui commande non seulement l'obligation de consultation du comité, mais également la possibilité de recourir à un expert. Cet arrêt se fonde donc sur l'article L. 4612-8 du code du travail, qui définit les hypothèses de consultation du CHSCT. Un arrêt antérieur avait déjà précisé que le nombre de salariés concernés n'établissait pas à lui seul l'importance du projet (Soc., 10 février 2010, pourvoi n° 08-15.086, *Bull.* 2010, V, n° 40, qui approuve le juge du fond d'avoir refusé le recours à un expert à la suite d'une décision de réorganisation du service commercial avec appel à la sous-traitance)¹⁵⁶.

Il ne semble pas, à notre connaissance, que la Cour de cassation se soit prononcée sur la notion de risque grave. La jurisprudence des juges du fond est en revanche abondante¹⁵⁷. Selon le texte de l'article L. 4614-12 du code du travail, l'existence d'un risque grave n'est pas liée à la constatation d'un accident, mais encore faut-il qu'un risque puisse être constaté, à partir de données de fait ou de données objectives, qu'elles soient ou non quantitatives (augmentation de la fréquence des incidents). Le risque peut prendre des formes très diverses et son existence être révélée de multiples manières. Il peut être chimique, environnemental, etc. L'on constate aujourd'hui un développement important des risques psychosociaux et du stress, qui rend certainement encore plus difficile la définition du risque grave justifiant le recours à une expertise. L'accord national interprofessionnel du 2 juillet 2008 relatif au stress au travail peut être un élément qui contribue à caractériser ce risque. Mais, compte tenu de l'importance sociale de cette question et du rôle du CHSCT en la matière, la Cour de cassation aura à préciser si elle entend contrôler cette notion.

Droit d'alerte

Ce droit, qui résulte de l'article L. 4131-2 du code du travail, est lié au droit de retrait des salariés prévu par l'article L. 4131-1. Le représentant du personnel au CHSCT qui constate l'existence d'un danger grave et imminent, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un salarié, en alerte immédiatement l'employeur, en consignait cette alerte sur un registre spécial. L'employeur procède à une enquête immédiate et prend les mesures nécessaires pour y remédier. En cas de divergence sur la réalité du danger ou le moyen de le faire cesser, le CHSCT est réuni dans un délai de vingt-quatre heures. À défaut d'accord avec l'employeur, l'inspecteur du travail est saisi. Ce dernier peut le cas échéant saisir le juge des référés pour faire arrêter l'installation dangereuse.

156. De même, ne justifie pas le recours à un expert un projet qui n'a pas de conséquences sur les conditions de travail, ni sur la rémunération et les horaires des salariés (Soc., 4 mai 2011, pourvoi n° 09-66.556).

157. J.-B. Cottin, *op. cit.*, n° 414 à 431.

La jurisprudence n'a pas fréquemment à connaître de ces dispositions, dont il résulte que le CHSCT ou l'un de ses membres ne peut faire cesser le travail, mais que chaque salarié individuellement peut exercer son droit de retrait (Soc., 15 mai 1991, pourvoi n° 88-42.744). Cependant, si le risque est avéré et que l'employeur n'a pas pris les dispositions pour le faire cesser, une faute inexcusable pourra être retenue contre lui (Soc., 28 février 2002, pourvoi n° 99-17.201, *Bull.* 2002, V, n° 81 dans les affaires de l'amiante). La mise en œuvre du droit d'alerte du CHSCT est aussi un élément qui peut contribuer à apprécier la légitimité de l'exercice du droit de retrait : ainsi dans une affaire où une modification des postes de travail avait conduit à une réunion exceptionnelle du CHSCT, la Cour de cassation a décidé que le licenciement d'un salarié qui avait alors exercé son droit de retrait était nul (Soc., 28 janvier 2009, pourvoi n° 07-44.556, *Bull.* 2009, V, n° 24).

Avis

L'avis du CHSCT doit être recueilli préalablement à la décision de l'employeur. Ainsi le juge peut-il suspendre la décision de ce dernier et lui ordonner de procéder à cette consultation, indépendamment d'éventuelles sanctions pour délit d'entrave. Dans l'hypothèse où cette décision doit aussi faire l'objet d'une consultation du comité d'entreprise, la consultation du CHSCT, institution spécialisée, doit être préalable et le comité d'entreprise, qui peut d'ailleurs solliciter lui-même l'avis du CHSCT, peut refuser de se prononcer tant qu'il n'a pas l'avis du CHSCT (Soc., 25 juin 2003, pourvoi n° 01-12.990, *Bull.* 2003, V, n° 210).

Si le pouvoir du CHSCT est seulement consultatif, ses avis n'en sont pas moins autant d'éléments que l'employeur doit prendre en compte et qui participent à la prévention. Leur contenu peut permettre d'apprécier d'éventuels manquements de l'employeur à l'obligation de sécurité de résultat, qui sont sanctionnés par la nullité de la décision de l'employeur. Ainsi, dans un arrêt du 5 mars 2008 (Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-45.888, *Bull.* 2008, V, n° 46), la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir suspendu la décision d'un employeur de mettre en œuvre une nouvelle organisation du travail après un avis négatif du CHSCT et du comité d'entreprise alors même que l'expertise diligentée à la demande du CHSCT soulignait les risques graves de cette organisation pour les salariés.

B. Environnement, coactivité, risques majeurs

En principe, le CHSCT n'est compétent que pour une communauté de travail déterminée, et ne connaît que des décisions de l'employeur. Pourtant, les risques pour les travailleurs peuvent provenir d'éléments extérieurs à l'entreprise, ou résulter de la coactivité de plusieurs entreprises sur une même opération, du fait que plusieurs entreprises travaillent ensemble. Des dispositions récentes ont étendu le rôle du CHSCT pour tenir compte de ces évolutions, mais la chambre sociale n'en a pas encore été saisie. Elles seront évoquées ici seulement dans la mesure où elles traduisent une évolution importante des risques du travail et du rôle de prévention du CHSCT.

Risques environnementaux

Selon l'article L. 4612-6 du code du travail, le CHSCT peut demander à entendre le chef d'un établissement voisin dont l'activité expose les travailleurs de son ressort à des nuisances

particulières, et il doit être informé des suites données à ses observations. En présence d'installations nucléaires, d'installations classées présentant des risques chimiques majeurs, etc., cette disposition, qualifiée de droit d'alerte économique, peut être importante.

Risques liés à la coactivité

Deux séries de dispositions intéressent les multiples situations de mises à disposition de salariés (travail temporaire, prêt de main-d'œuvre, sous-traitance, etc.) : tout d'abord celles qui concernent la prise en compte dans l'effectif et l'éligibilité au CHSCT des salariés mis à disposition (voir *supra*), ensuite les dispositions réglementaires relatives aux obligations de sécurité lors d'interventions d'une entreprise extérieure dans une entreprise utilisatrice.

En principe, le CHSCT d'un établissement est seul compétent à l'égard des salariés de cet établissement et des salariés d'une entreprise extérieure qui sont mis à sa disposition. Malgré la coactivité des salariés, le droit repose ainsi sur l'étanchéité des représentants du personnel des personnes morales différentes. C'est la raison pour laquelle une jurisprudence ancienne considère que les membres du CHSCT de l'entreprise extérieure ne peuvent pas intervenir sur le site de l'entreprise utilisatrice où des salariés de la première ont été mis à disposition (Crim., 17 janvier 1995, pourvoi n° 94-80.192 ; CE, 12 juin 1995, n° 150584). À l'inverse, les membres du CHSCT de l'entreprise utilisatrice ne peuvent pas intervenir sur le site de l'entreprise extérieure quand bien même les décisions de cette dernière auraient des conséquences sur les conditions de travail des salariés mis à disposition (Soc., 1^{er} avril 1992, pourvoi n° 88-44.530).

Sans doute les articles R. 4513-1 à R. 4513-7 du code du travail (chapitre IV du titre consacré à la prévention des risques pour des opérations réalisées par une entreprise extérieure) organisent-ils la coordination des CHSCT concernés, mais elle est limitée. Ces articles prévoient en principe la compétence du CHSCT de l'entreprise utilisatrice pour les enquêtes et les visites d'inspection des locaux occupés par les salariés d'entreprises extérieures, en précisant que ce comité dispose des informations sur le plan de prévention, la date des visites d'inspection et de coordination auxquelles ses membres peuvent participer, ainsi que sur les risques graves qui peuvent apparaître. Le CHSCT de l'entreprise extérieure, pour sa part, est informé et consulté sur les mêmes questions, et peut participer, lorsque c'est prévu, aux réunions d'inspection et de coordination.

Installations classées et risques majeurs

Les dispositions sur les installations classées et présentant des risques majeurs sont plus audacieuses. Elles résultent notamment du décret n° 2008-467 du 19 mai 2008 (articles R. 4523-1 et suivants du code du travail) et des articles R. 4612-3 à R. 4612-6 du code du travail. D'une part, ces dispositions organisent la possibilité d'une expertise technologique, lors de la demande d'autorisation préfectorale prévue par l'article L. 512-1 du code de l'environnement. D'autre part, elle prévoit un comité d'hygiène et de sécurité élargi à certaines entreprises extérieures en raison de la nature des risques liés à leurs interventions, du nombre de salariés intervenants, et de la durée des interventions. Les chefs des entreprises extérieures ainsi sélectionnées, et des représentants des salariés des entreprises extérieures, désignés par le CHSCT de ces dernières parmi les salariés intervenant sur le site

pour un mandat de deux ans, peuvent participer à ce comité élargi, qui se tient en dehors des réunions normales du CHSCT de l'entreprise utilisatrice. Dans ce cas, il y a donc une véritable concertation sur la sécurité de l'ensemble des travailleurs présents dans l'installation.

En matière de prévention de la sécurité au travail, ces dispositions soulignent la nécessité de prendre en compte l'environnement de l'entreprise ainsi que les formes actuelles d'organisation du travail. Elles n'ont pas encore été soumises à la Cour de cassation. Probablement sont-elles encore trop méconnues.

Sous-section 8. La prévention du risque de disparition des emplois

Dans un contexte de crise économique aux lourdes conséquences sur l'emploi, le législateur est intervenu à de nombreuses reprises et sous différents aspects pour assurer la défense des emplois. Ainsi s'est manifestée l'ambition de garantir l'évolution des capacités du salarié pour favoriser son adaptation aux mutations technologiques et économiques tout en stimulant l'anticipation de leurs conséquences dans la gestion des effectifs. Mais son intervention ne s'est pas limitée à ces mesures prospectives. Les conséquences des difficultés économiques avérées doivent être nécessairement atténuées. Poursuivant cet objectif, le législateur a fixé d'autres obligations et imposé diverses mesures destinées à garantir un accompagnement social lorsque le licenciement est envisagé.

A. L'obligation permanente de formation et d'adaptation aux changements pesant sur l'employeur

Au plan national et communautaire, différentes stratégies ont été adoptées depuis plusieurs années afin d'endiguer la croissance du chômage et de stimuler le marché du travail. Dans ce cadre, la formation professionnelle est devenue un instrument essentiel d'accès à l'emploi et de pérennité de celui-ci. C'est ainsi que la sixième partie du code du travail est consacrée à « la formation professionnelle tout au long de la vie ». Aux termes de l'article L. 6111-1 de ce code, elle « constitue une obligation nationale ».

Si la formation initiale est largement prise en charge par l'État, la formation continue est assurée grâce aux efforts conjugués de différents acteurs (partenaires sociaux, pouvoirs publics, organismes de formation), parmi lesquels l'entreprise a une importance prépondérante en raison de sa contribution financière et des obligations de l'employeur. Son objet est défini à l'article L. 6311-1 du code du travail.

L'obligation d'adaptation a quant à elle été définie par la Cour de cassation dans un arrêt du 25 février 1992 (Soc., 25 février 1992, pourvoi n° 89-41.634, *Bull.* 1992, V, n° 122 : « L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois »), dans le cadre de sa jurisprudence relative au licenciement économique. Ce principe a été généralisé par le législateur avec l'article L. 6321-1 du code du travail : « L'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations. »

Le manquement de l'employeur, dans l'exécution du contrat de travail, à cette obligation désormais légale entraîne un préjudice distinct de celui résultant de la rupture de celui-ci

(Soc., 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-40.950, *Bull.* 2007, V, n° 171). La Cour de cassation a ainsi consacré l'autonomie de l'obligation d'adaptation générale qui s'impose à l'employeur dans l'exécution du contrat de travail, par rapport à celle qui est préalable au licenciement collectif pour motif économique. En ce sens l'obligation de l'employeur dépasse largement celle de développer les compétences du salarié en fonction de l'évolution de son poste et des méthodes de travail : elle vise à anticiper l'évolution des métiers et se rapproche de celle de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC), qui n'est pas unilatérale mais négociée.

B. La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC)

La GPEC vise à favoriser à moyen ou long terme l'adaptation des salariés aux évolutions prévisibles de l'activité de l'entreprise, sans que le volume d'emplois soit nécessairement en cause. Elle est devenue un instrument obligatoire de la prévention du risque de perte d'emplois, d'abord en 2003, la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 introduisant une obligation triennale de négocier sur la GPEC des salariés au niveau de la branche (article L. 2241-4 du code du travail), puis en 2005, avec la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, dans les entreprises et les groupes d'entreprises d'au moins trois cents salariés ainsi que dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire comportant au moins un établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France (article L. 2242-15 du même code).

Le législateur a institué un mécanisme de négociation qui se distingue par nature de la consultation des instances représentatives sur la gestion préventive de l'emploi (articles L. 2323-56 et L. 2332-1 du code du travail), et par son objet de la consultation sur un projet de licenciement (Soc., 30 septembre 2009, pourvoi n° 07-20.525, *Bull.* 2009, V, n° 217). Ce mécanisme ne peut en effet être assimilé aux mesures affectant l'emploi qui sont prises en urgence en fonction d'une situation économique particulière.

Si la GPEC ne peut constituer par nature une condition préalable à la mise en place d'un projet de licenciement, un manquement de l'employeur aux obligations légales correspondantes (manquement qui ne peut guère être constitué avant l'expiration de la période triennale en cours) peut affecter la cause économique du licenciement. Il peut en effet être de nature à démontrer que la carence dans les mesures de prévention présente un lien direct avec le licenciement, ou que « tous les efforts de formation et d'adaptation » qui doivent précéder la rupture (L. 1233-4 du code du travail) n'ont pas été accomplis par l'employeur.

Les dispositions légales relatives à la GPEC témoignent de la volonté du législateur d'anticiper l'évolution des emplois hors période de crise pour l'entreprise en vue de prévenir le risque de suppression d'emplois. Celles qui assortissent le projet de licenciement économique reposent sur la même nécessité, mais de manière immédiate et urgente.

C. La prévention du risque de perte d'emplois avant tout licenciement

L'obligation de reclassement

L'obligation de reclassement, dont l'objet est de limiter le risque du licenciement, revêt une telle importance qu'elle conditionne l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. D'origine jurisprudentielle (Soc., 25 février 1992 précité ; Soc., 1^{er} avril 1992,

pourvoi n° 89-43.494, *Bull.* 1992, V, n° 228 ; Soc., 23 septembre 1992, pourvoi n° 90-44.466, *Bull.* 1992, V, n° 472), cette obligation est définie à l'article L. 1233-4 du code du travail. Dans sa décision du 13 janvier 2005 (n° 2004-509 DC), rendue à propos de l'article 77 de la loi de programmation pour la cohésion sociale relatif à des salariés déjà licenciés, le Conseil constitutionnel lui a donné un fondement qui dépasse le cadre contractuel en considérant que le droit au reclassement découle directement du droit de chacun d'obtenir un emploi, garanti par le 5^e alinéa du préambule de la Constitution de 1946.

Les contours de l'obligation de licenciement ont été dessinés largement par la jurisprudence. Sauf cessation d'activité (Soc., 15 décembre 2010, pourvoi n° 09-42.795), dans tous les cas conduisant à un licenciement pour motif économique (suppression d'emploi : Soc., 1^{er} avril 1992 précité ; transformation d'emploi : Soc., 8 avril 1992, pourvoi n° 89-41.548, *Bull.* 1992, V, n° 258 ; modification substantielle du contrat de travail : Soc., 30 septembre 1997, pourvoi n° 94-43.898, *Bull.* 1997, V, n° 290 ; Soc., 25 novembre 2009, pourvoi n° 08-42.755, *Bull.* 2009, V, n° 267), cette obligation s'impose à l'employeur, quels que soient la taille et les effectifs de l'entreprise ainsi que le nombre de licenciements envisagés (Soc., 9 janvier 2002, pourvois n^{os} 00-40.437 à 00-40.439). Toutefois, elle ne s'étend pas aux sociétés appartenant au même groupe que l'employeur (Soc., 13 janvier 2010, pourvoi n° 08-15.776, *Bull.* 2010, V, n° 5).

L'employeur doit rechercher toutes les possibilités de reclassement, dès que le risque de perte d'emplois dans le cadre d'un licenciement survient (Soc., 16 décembre 1998, pourvoi n° 96-41.989, *Bull.* 1998, V, n° 560) et jusqu'à la notification du licenciement (Soc., 22 février 1995, pourvoi n° 93-43.404, *Bull.* 1995, V, n° 66), même en cas de refus du salarié (Soc., 13 septembre 2006, pourvoi n° 04-43.763 ; Soc., 22 novembre 2006, pourvoi n° 05-10.835).

L'étendue de l'obligation de reclassement définie par le législateur témoigne également de la volonté de celui-ci de limiter le risque du licenciement. Il résulte en effet de l'article L. 1233-4 précité que la recherche des possibilités de reclassement doit être effectuée dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel elle appartient. Les limites de ce périmètre, d'origine jurisprudentielle (Soc., 20 février 1991, pourvoi n° 89-45.251, *Bull.* 1991, V, n° 86), ont été précisées dans les arrêts du 5 avril 1995 (Soc., 5 avril 1995, pourvoi n° 93-42.690, *Bull.* 1995, V, n° 123 et pourvoi n° 93-43.866, *Bull.* 1995, V, n° 123), les juges du fond devant retenir comme critère déterminant celui de la permutableté des salariés.

Aucune limite géographique n'est imposée par la loi. Après avoir fixé, comme seule condition, celle de l'absence d'interdiction par la législation locale de l'emploi de salariés étrangers (Soc., 7 octobre 1998, pourvoi n° 96-42.812, *Bull.* 1998, V, n° 407 ; Soc., 15 novembre 2006, pourvoi n° 05-40.935, *Bull.* 2006, V, n° 344), la chambre sociale exige désormais de l'employeur qu'il établisse que la loi étrangère permet ou non de reclasser le salarié à l'étranger (Soc., 4 décembre 2007, pourvoi n° 05-46.073, *Bull.* 2007, V, n° 204). Le législateur est intervenu en 2010 (loi n° 2010-499 du 18 mai 2010, article unique) pour fixer de nouvelles conditions au reclassement à l'étranger en créant l'article L. 1233-4-1 du code du travail.

La conception extensive du reclassement est également révélée par la jurisprudence relative aux modalités de l'offre qui doit être faite au salarié. Afin que ce dernier puisse échapper le plus largement au risque de perte d'emploi, la jurisprudence exige de l'employeur,

depuis 1992, qu'il recherche et propose au salarié des emplois disponibles de même catégorie ou, à défaut, de catégorie inférieure, serait-ce par voie de modification du contrat de travail, au besoin en assurant au salarié une adaptation à l'évolution de son emploi (Soc., 8 avril 1992, pourvoi n° 89-41.548, *Bull.* 1992, V, n° 258). La condition d'équivalence de rémunération a été ajoutée par la loi du 18 mai 2010 précitée.

Les offres de reclassement doivent être concrètes et personnalisées (Soc., 7 juillet 2004, pourvois n°s 02-42.289 à 02-42.298, 02-42.449 et 02-42.450), adaptées aux compétences et capacités du salarié (Soc., 13 juillet 2010, pourvois n° 09-42.835 et n° 09-42.837; Soc., 28 septembre 2010, pourvoi n° 09-42.081). Ont ainsi été condamnées les pratiques qui vidaient de sens l'obligation de rechercher pour le salarié le moyen le plus approprié d'éviter la perte de son emploi comme :

- diffuser une liste des postes vacants (Soc., 7 décembre 2005, pourvoi n° 03-45.012);
- adresser une liste des salariés dont le licenciement était envisagé à toutes les succursales du groupe (Soc., 26 septembre 2006, pourvoi n° 05-43.841, *Bull.* 2006, V, n° 288);
- transmettre aux établissements du groupe, d'envergure nationale, une lettre circulaire omettant de faire état de l'ancienneté véritable et de la polyvalence de la salariée (Soc., 10 février 2010, pourvoi n° 08-45.267);
- proposer au titre du reclassement interne, en termes identiques, les postes disponibles au sein du groupe à des salariés exerçant des fonctions et jouissant d'ancienneté différentes, et annoncer l'existence de « solutions » de reclassement dans d'autres sociétés du groupe, en se bornant à inviter les intéressés à venir consulter la liste de ces emplois (Soc., 19 janvier 2011, pourvoi n° 09-42.736).

L'employeur doit aussi prouver qu'il n'existait aucune possibilité de reclassement, même en assurant au salarié une formation complémentaire (Soc., 19 novembre 1992, pourvoi n° 90-45.970, *Bull.* 1992, V, n° 564; Soc., 19 octobre 1994, pourvoi n° 92-41.583, *Bull.* 1994, V, n° 279; Soc., 17 février 1998, pourvoi n° 95-45.261, *Bull.* 1998, V, n° 86), et même si les fonctions sont différentes (Soc., 28 mai 2008, pourvoi n° 06-45.572, *Bull.* 2008, V, n° 115). Mais l'employeur n'est pas tenu de proposer un poste qui suppose une formation initiale que le salarié ne possède pas (Soc., 3 avril 2001, pourvois n°s 99-42.188, 99-42.189 et 99-42.190, *Bull.* 2001, V, n° 114; Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-45.578, *Bull.* 2006, V, n° 247).

Il incombe ainsi à l'employeur de prouver qu'il a mis en œuvre toutes les possibilités de reclassement existant au plus tard à la date du licenciement (Soc., 1^{er} juin 2010, pourvoi n° 09-40.421, *Bull.* 2010, V, n° 121, précité), et qu'il n'a pu reclasser le salarié soit en raison du refus de celui-ci, soit en raison de l'absence de postes disponibles (Soc., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-42.102).

À cette obligation générale de reclassement s'ajoute une obligation particulière pour l'employeur, lorsque le risque de perte d'emplois prend une dimension particulière en raison du nombre de salariés concernés et de l'importance de l'effectif de l'entreprise qui les emploie, celle d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi.

Le plan de sauvegarde de l'emploi

Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 1233-61 du code du travail, « dans les entreprises de cinquante salariés et plus, lorsque le projet de licenciement concerne dix salariés ou plus

dans une même période de trente jours, l'employeur établit et met en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre ». L'étendue des obligations de l'employeur est définie par la loi et par la jurisprudence avec la préoccupation essentielle de limiter le risque de perte d'emplois en grand nombre et ses effets durables.

En vertu de l'alinéa 2 de l'article L. 1233-3 du code du travail, les dispositions relatives au plan de sauvegarde de l'emploi sont applicables à toute rupture du contrat de travail, à l'exclusion de la rupture conventionnelle prévue aux articles L. 1237-11 et suivants. Cette extension du champ du licenciement économique à toutes les modalités de rupture répond aux exigences de la Directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, abrogeant la Directive 92/56/CEE du Conseil, du 24 juin 1992, qui inclut dans la catégorie des licenciements collectifs, par assimilation, toutes les cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur pour un motif non inhérent à la personne des travailleurs. Ainsi l'employeur qui, pour des raisons économiques, entend supprimer des emplois en concluant avec les salariés intéressés des accords de rupture amiable est tenu d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi lorsque les conditions d'effectifs prévues par l'article L. 1233-61 du code du travail sont remplies (Soc., 13 septembre 2005, pourvoi n° 04-40.135, *Bull.* 2005, V, n° 252; Soc., 26 octobre 2010, pourvoi n° 09-15.187, *Bull.* 2010, V, n° 245). Cette obligation incombe également à l'employeur lorsqu'il envisage de mettre des salariés à la retraite à l'occasion de difficultés économiques (Soc., 18 mars 2008, pourvoi n° 07-40.269, *Bull.* 2008, V, n° 63). De même, la Cour de cassation a-t-elle jugé, en visant les articles L. 1233-3, alinéa 2, du code du travail, et 12 de l'accord national interprofessionnel étendu du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail, appliqués à la lumière de la Directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, que les ruptures conventionnelles, lorsqu'elles ont une cause économique et s'inscrivent dans un processus de réduction d'effectifs, doivent être prises en compte pour déterminer la procédure applicable (Soc., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-11.581, *Bull.* 2011, V, n° 70).

Les conditions d'effectifs et de nombre de licenciements dont dépend l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi s'apprécie à la date de l'engagement de la procédure de licenciement (Soc., 12 juillet 2010, pourvoi n° 09-14.192, *Bull.* 2010, V, n° 165) et au niveau de l'entreprise que dirige l'employeur (Soc., 28 janvier 2009, pourvoi n° 07-45.481, *Bull.* 2009, V, n° 26), ou de l'unité économique et sociale si la décision de licencier a été prise à ce niveau (Soc., 16 novembre 2010, pourvois n° 09-69.485 à 09-69.489, *Bull.* 2010, V, n° 258), afin que les licenciements puissent être appréhendés dans leur dimension collective.

La validité du plan social, dont le contenu est défini à l'article L. 1233-62 du code du travail, n'est pas laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. La Cour de cassation exerce un contrôle strict sur son contenu (Soc., 17 mai 1995, pourvoi n° 94-10.535, *Bull.* 1995, V, n° 159), alors même qu'il aurait fait l'objet d'un accord collectif (Soc., 9 octobre 2007, pourvoi n° 06-41.286), afin que puissent être déterminées, conformément aux vœux du législateur, « des mesures précises et concrètes de nature à éviter les licenciements ou à en limiter le nombre » (Soc., 13 février 1997, pourvoi n° 95-16.648, *Bull.* 1997, V, n° 63).

Le plan doit comporter des précisions sur le nombre et la nature des emplois qui peuvent être proposés à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation

ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel (arrêt du 17 mai 1995 précité), ainsi que des précisions sur les catégories professionnelles concernées par le projet de licenciement collectif, afin de déterminer si les postes offerts sont de nature à permettre un reclassement efficace (arrêt du 13 février 1997 précité).

L'employeur doit mettre en œuvre dans le plan social présenté au comité d'entreprise toutes les mesures possibles, appréciées en fonction des moyens dont dispose l'entreprise, pour maintenir les emplois ou faciliter le reclassement, comme la réduction de la durée du travail, le passage au temps partiel et le développement d'activités nouvelles (Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 98-21.870, *Bull.* 2000, V, n° 131).

Cette définition extensive de l'étendue du plan social a été confirmée par la loi du 18 janvier 2005 précitée, l'employeur étant tenu de respecter des obligations qui dépassent le strict cadre du reclassement (article L. 1233-62 du code du travail précité : actions de formation, de reconversion, de validation des acquis de l'expérience). L'article L. 1235-10 du code du travail précise également son périmètre : « La validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe. »

Certaines limites ont toutefois été admises :

- le plan de sauvegarde de l'emploi peut contenir des mesures réservées à certains salariés, à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique au regard de l'avantage en cause puissent bénéficier de cet avantage, à moins qu'une différence de traitement soit justifiée par des raisons objectives et pertinentes, et que les règles déterminant les conditions d'attribution de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables (Soc., 12 juillet 2010, pourvoi n° 09-15.182, *Bull.* 2010, V, n° 166).
- le plan de reclassement n'est pas nécessaire en cas d'élaboration d'un plan de réduction des effectifs au moyen de départs volontaires qui exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppressions d'emplois (Soc., 26 octobre 2010, pourvoi n° 09-15.187, *Bull.* 2010, V, n° 245, précité). La Cour de cassation a jugé que l'établissement d'un plan de reclassement n'était pas compatible avec une réduction d'effectifs ne reposant que sur le volontariat, à moins que les départs volontaires soient insuffisants pour atteindre l'objectif de réduction des emplois que s'est fixé l'employeur. Dans ce cas, ce dernier devra ajouter à la mobilité « externe », assurée par le plan de départs volontaires, un dispositif de mobilité « interne », passant par la mise en place d'un plan de reclassement.

La rigueur du dispositif d'atténuation du risque de perte d'emplois que constitue le plan de sauvegarde de l'emploi résulte également de la portée qui lui est donnée et du régime de la sanction en cas de défaillance de l'employeur. Ainsi, afin que l'objectif légal de limiter le risque de perte d'emplois puisse être atteint dans les meilleures conditions, il a été jugé que l'établissement du plan social est nécessaire, mais pas suffisant : il appartient en effet à l'employeur, avant tout licenciement, de rechercher s'il existe des possibilités de reclassement, prévues ou non dans le plan social, et de proposer les emplois disponibles adéquats (Soc., 6 juillet 1999, pourvoi n° 96-45.665, *Bull.* 1999, V, n° 333) (voir *supra*). Par ailleurs, l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi entraîne la nullité du licenciement, en application des dispositions des articles L. 1235-10 et L. 1235-11 du

code du travail, qui consacrent la solution jurisprudentielle (Soc., 13 février 1997, pourvois n° 96-41.874 et n° 96-41.875, *Bull.* 1997, V, n° 64).

Enfin, la contestation du plan est soumise au délai de prescription de un an prévu à l'article L. 1235-7 du code du travail (Soc., 15 juin 2010, pourvois n° 09-65.062 et n° 09-65.064, *Bull.* 2010, V, n° 134), afin de satisfaire à l'exigence d'examen rapide des procédures de licenciements collectifs.

Les mesures particulières d'accompagnement social

Le souci permanent de répondre à un objectif d'intérêt public de protection de l'emploi et de reconversion économique et sociale a conduit le législateur à envisager des mesures particulières d'accompagnement social et territorial des procédures de licenciement telles que, pour les salariés employés par une entreprise comprenant mille salariés ou appartenant à un groupe employant ce nombre de salariés et dont le licenciement est envisagé, le congé de reclassement (articles L. 1233-71 et suivants du code du travail) et le congé de mobilité lorsqu'un accord collectif de GPEC a été conclu (articles L. 1233-77 et suivants du code du travail). Dans les entreprises non soumises à ces obligations, l'employeur propose au salarié une convention de reclassement personnalisé (articles L. 1233-77 et suivants du code du travail).

Ces mesures visent à limiter le risque de chômage durable en accordant au salarié le bénéfice d'actions de formation, d'évaluation des compétences, d'aide à la recherche d'emplois et, pour le congé mobilité, de périodes de travail.

Le risque affectant l'équilibre du bassin d'emploi généré par les licenciements dans les entreprises de plus de mille salariés a été également pris en considération par le législateur, qui impose à ces entreprises de contribuer à la création d'activités et au développement des emplois et d'atténuer les effets du licenciement envisagé sur les autres entreprises dans le ou les bassins d'emploi (articles L. 1233-84 et suivants du code du travail). Aux termes de l'article L. 1233-85 du code du travail, une convention entre l'entreprise et l'autorité administrative, conclue dans un délai de six mois à compter de la notification prévue à l'article L. 1233-46, détermine, le cas échéant sur la base d'une étude d'impact social et territorial prescrite par l'autorité administrative, la nature, ainsi que les modalités de financement et de mise en œuvre des actions prévues à l'article L. 1233-84 précité.

Section 4. Prévention et santé de l'entreprise : la procédure de sauvegarde

Depuis la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, applicable à compter du 1^{er} janvier 2006, le législateur a instauré une nouvelle procédure dite « de sauvegarde » destinée à anticiper le risque de cessation des paiements de l'entreprise. Cette procédure judiciaire est censée aider en amont le débiteur à surmonter les difficultés passagères qu'il rencontre afin de lui éviter l'écueil d'une procédure plus contraignante de type redressement ou liquidation judiciaire. Initialement, le législateur de 2005 avait conditionné l'ouverture de cette sauvegarde à « une demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 [du code de commerce (commerçant, artisan, agriculteur, toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale, toute personne morale de droit privé)] qui

justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements ». L'objectif légal affiché était donc expressément de conjurer le risque avéré d'une cessation des paiements du débiteur. Depuis le 15 février 2009, la rédaction de l'article L. 620-1 du code de commerce a été modifiée afin d'assouplir les conditions d'ouverture de la sauvegarde par les juridictions dans la mesure où la loi prévoit désormais qu'« il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter ». La réforme issue de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 renforce ainsi l'idée d'un risque de la cessation des paiements du débiteur qu'il faut tenter de conjurer par l'ouverture d'une sauvegarde, dont le législateur a volontairement assoupli les conditions d'ouverture de sorte que « l'innovation consiste à supprimer l'obligation de prouver le lien entre les difficultés [du débiteur] et la cessation des paiements future¹⁵⁸ ». Avant, comme après l'ordonnance de 2008, le risque demeure pour le législateur celui d'une sous-utilisation de la sauvegarde par les débiteurs craignant de recourir à une procédure collective qui est encore parfois envisagée en France comme un marqueur de l'échec économique du débiteur que certains décrivent comme « le syndrome du bonnet vert, le complexe César Biroteau¹⁵⁹ ».

Consciente de cette nécessité socio-économique d'inciter les débiteurs à recourir à la nouvelle procédure de sauvegarde, la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation a « emboîté le pas » au législateur afin d'en assouplir les conditions d'ouverture dans un souci de pallier le risque probable d'une cessation des paiements du débiteur. Pour être éligible à la procédure de sauvegarde, le débiteur doit établir, d'une part, qu'il se heurte à « des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, d'autre part, qu'il n'est pas en état de cessation des paiements. Afin d'éviter que le risque de la cessation des paiements ne se réalise, la chambre commerciale retient une conception libérale des conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde, admettant qu'elles doivent être appréciées au jour où il est procédé à cette ouverture (Com., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-17.821, *Bull.* 2007, IV, n° 176; Com., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-20.820, *Bull.* 2007, IV, n° 177). C'est ainsi que la cour d'appel, saisie de l'appel du jugement ayant rejeté la tierce opposition formée par un créancier contre le jugement d'ouverture, qui a relevé que la baisse du chiffre d'affaires de la société débitrice aurait pu la conduire à la cessation des paiements au début du deuxième trimestre de 2006, que la nouvelle stratégie ne permettait pas à elle seule de retrouver un niveau d'activité de nature à la faire échapper à la cessation des paiements, et que l'adjonction d'une activité complémentaire nécessitait de lourds investissements que la société ne pouvait assumer en dépit d'un accord de partenariat conclu fin 2005, a pu en déduire que la société justifiait, à la date du jugement d'ouverture, de difficultés qu'elle n'était pas en mesure de surmonter de nature à la conduire à la cessation des paiements)¹⁶⁰. Il est à noter que, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008, la juridiction

158. P. Roussel Galle, « L'ouverture des procédures », *in D.* 2009, p. 644, § 17.

159. F.-X. Lucas, « Le sort du débiteur », *in Petites Affiches*, 14 juin 2007, n° 119, p. 60, cité *in* F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 8^e éd., 2009, n° 173, p. 144.

160. *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2007, p. 405-407.

doit uniquement vérifier que le débiteur justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, sans autre précision sur le risque probable de cessation des paiements.

En outre, toujours dans le souci de favoriser le recours à la procédure de sauvegarde, la Cour de cassation a indiqué que la situation de la société débitrice devait être appréciée en elle-même, sans que soient prises en compte les capacités financières du groupe auquel elle appartient (Com., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-20.820, *Bull.* 2007, IV, n° 177). Ainsi, dès lors qu'il est question d'ouvrir une sauvegarde à l'égard d'une société filiale, le juge doit prendre en considération uniquement la situation de la filiale en elle-même et non la situation du groupe de sociétés auquel elle appartient dans son ensemble ni même la situation de sa société mère envisagée avec la sienne.

Dans les deux arrêts du 26 juin 2007 précités, la Cour de cassation a choisi d'exercer un contrôle « léger » sur les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde. Ce contrôle est apparu nécessaire pour éviter le risque de recours abusifs à cette nouvelle procédure : « adoptant dans ses deux arrêts la formule “a pu” signalant l'existence d'un contrôle léger de sa part, la Cour de cassation entend laisser aux juges du fond une certaine liberté d'appréciation en contrôlant toutefois que la loi a été correctement appliquée à la situation en cause, contrôle qui se manifeste dans les deux arrêts par le rappel des motifs approuvés, assorti, dans l'arrêt de rejet du pourvoi n° 06-17.821, de l'abstraction faite des motifs erronés mais surabondants de l'arrêt attaqué¹⁶¹ ».

Enfin, par un important arrêt du 8 mars 2011, la chambre commerciale, saisie d'un arrêt de la cour d'appel de Paris rendu le 25 février 2010 (RG n° 09/22756), a de nouveau assoupli les conditions d'éligibilité d'un débiteur à la procédure de sauvegarde dans un souci manifeste d'essayer de repousser toujours plus loin le risque de sa cessation des paiements (Com., 8 mars 2011, pourvois n°s 10-13.988, 10-13.989, 10-13.990, *Bull.* 2011, IV, n° 33). Il a été jugé dans cette affaire que, « hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des paiements » ; viole en conséquence l'article L. 620-1, alinéa 1^{er}, du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008, la cour d'appel qui, pour rétracter des jugements ayant ouvert des procédures de sauvegarde de deux sociétés, ajoute à la loi une condition qu'elle ne comporte pas en retenant que l'une a cherché à porter atteinte à la force obligatoire d'un contrat, l'autre à échapper à l'exécution d'un pacte commissaire. Par ces motifs, la Cour de cassation indique sans équivoque qu'il importe peu que l'ouverture d'une sauvegarde, demandée par le débiteur, ait pour effet juridique de porter atteinte à la force obligatoire des conventions dès lors que celui-ci justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements. À cet égard, il convient de préciser que la référence à la notion de « cessation des paiements » est abandonnée pour les sauvegardes ouvertes après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008, soit le 15 février 2009.

161. *Rapport* précité, p. 407.

Cette motivation n'est guère surprenante si l'on veut bien admettre que, « par nature, les procédures collectives ont vocation à méconnaître la force obligatoire du contrat [...] ¹⁶² ». Pour certains auteurs, la « sauvegarde peut être une méthode de gestion. Il faut que cela soit dit et écrit. Il n'y a pas de honte à cela. Le législateur en a ainsi décidé. L'opprobre jeté sur celui qui utilise les procédures collectives de paiement comme technique de gestion n'est plus d'actualité. L'anticipation est encouragée ¹⁶³ ». Or, l'anticipation dont il est ici question concerne le risque d'une cessation des paiements du débiteur.

L'arrêt du 8 mars 2011 précité ajoute que méconnaît l'objet du litige la cour d'appel qui, pour rétracter un jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, retient que la société débitrice n'a pas prétendu éprouver de difficultés à poursuivre son activité de bailleuse de bureaux, mais seulement fait état de circonstances imprévues rendant plus onéreuse l'exécution de son obligation de couverture du risque de variation des taux d'intérêts imposée par les contrats de prêt ayant originellement financé son acquisition, alors qu'elle soutenait qu'il lui était impossible de trouver une nouvelle contrepartie pour des contrats de couverture, et que le prix d'un tel produit financier était non seulement insurmontable, mais purement théorique, en l'absence de tout marché à ce moment. En retenant cette motivation, la Cour de cassation – qui statue sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 18 décembre 2008 – rappelle que le critère essentiel de l'ouverture de la sauvegarde demeure les difficultés de nature à le conduire à la cessation des paiements que le débiteur ne peut supporter seul, ce qui laisse à penser que la cour régulatrice exerce un simple contrôle « léger » de légalité, consistant à vérifier que les juges du fond ont bien relevé l'existence de telles difficultés. Là encore, il convient de rappeler que la référence à la notion de « cessation des paiements » est abandonnée pour les sauvegardes ouvertes après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008.

L'arrêt du 8 mars 2011 précise que, s'il résulte de l'article L. 620-1, alinéa 1^{er}, du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008, que la procédure de sauvegarde est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin notamment de permettre la poursuite de l'activité économique, son ouverture n'est pas elle-même subordonnée à l'existence d'une difficulté affectant cette activité. Aussi viole ce texte la cour d'appel qui, pour rétracter des jugements ayant ouvert des procédures de sauvegarde de deux sociétés, ajoute à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, en retenant que l'une n'invoque pas l'existence de difficultés pouvant affecter son activité de bailleuse et que l'autre n'a pas prétendu éprouver de difficultés à poursuivre son activité de gestion de son portefeuille de titres. Par cette motivation, la Cour de cassation dit que peu importe la nature des difficultés rencontrées par le débiteur, et notamment que celles-ci affectent l'activité économique de l'entreprise débitrice. En effet, exiger l'inverse conduirait à ajouter à la loi une condition qu'elle ne comporte pas de nature à freiner l'ouverture d'une sauvegarde.

L'arrêt du 8 mars 2011 indique enfin que, si une société débitrice justifie de difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à la conduire à la cessation des

162. F.-X. Lucas, « Les difficultés des LBO sont-elles solubles dans la sauvegarde ? », in *Bull. Joly Sociétés*, mars 2010, p. 211, éditorial, à propos de CA Paris, 25 février 2010, RG n° 09/22756.

163. P.-M. Le Corre, « La notion de difficultés que le débiteur ne peut surmonter. À propos de CA Paris, pôle 5, ch. 9, 25 février 2010 : affaire Cœur Défense », in *Gaz. Pal.* 2010, p. 771.

paiements, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne peut lui être refusée au motif que ses associés ne seraient pas fondés à éviter, par ce moyen, d'en perdre le contrôle. Méconnaît donc l'article L. 620-1, alinéa 1^{er}, du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008, la cour d'appel qui, pour rétracter des jugements ayant ouvert des procédures de sauvegarde d'une société holding et de sa filiale, retient que l'activité de location immobilière de cette dernière pourrait se poursuivre normalement quelle que soit la composition de son actionnariat. Par cette motivation, la Cour de cassation reconnaît que la procédure de sauvegarde n'a pas pour finalité de protéger seulement la société débitrice, mais aussi ses actionnaires.

À la suite de l'arrêt du 8 mars 2011, « à nouveau, la sauvegarde baigne dans cet océan de bienveillance, dans lequel le législateur l'a plongée dès l'origine, en y ajoutant encore un peu d'adoucissant à l'occasion de l'ordonnance du 18 décembre 2008¹⁶⁴ ».

Chapitre 2. Réparation à finalité préventive : l'indemnisation du risque de préjudice

Indépendamment de l'application qui est parfois faite de la théorie des troubles de voisinage (voir *supra*, livre 1, titre 2, chapitre 2, section 4), la réparation peut intervenir avant une éventuelle réalisation de l'événement craint. C'est ainsi que peuvent être indemnisées sur le fondement du droit commun de la responsabilité les dépenses ayant dû être avancées, en raison de l'inertie de l'intéressé, pour exécuter des travaux afin d'éviter que cet événement se produise (2^e Civ., 15 mai 2008, pourvoi n° 07-13.483, *Bull.* 2008, II, n° 112). Surtout, la réparation du préjudice consistant dans l'angoisse éprouvée en raison de l'exposition à un risque est désormais admise : c'est alors le risque lui-même qui donne lieu à réparation.

Le droit de la responsabilité ne répare que les dommages certains, ce qui n'exclut évidemment pas la réparation des dommages futurs. Mais la prévention d'un dommage futur se heurte en principe à la prohibition de la réparation des dommages hypothétiques, de sorte que c'est généralement le recours à la théorie des troubles anormaux de voisinage qui peut, si les conditions d'application en sont remplies, pallier l'insuffisance de la responsabilité civile. La distinction avec le droit de la responsabilité est parfois ténue et les deux actions paraissent complémentaires : l'action en indemnisation relevant du droit de la responsabilité, il n'y a pas besoin de relever le caractère anormal du trouble de voisinage (3^e Civ., 17 décembre 2002, pourvoi n° 01-14.179) ; réciproquement, un préjudice dont la survenance est aléatoire peut excéder les troubles anormaux du voisinage, ce qui est le cas pour le riverain d'un parcours de golf sans cesse exposé à des tirs de forte puissance le contraignant à vivre sous la menace constante de projections de balles de golf (2^e Civ., 10 juin 2004, pourvoi n° 03-10.434, *Bull.* 2004, II, n° 291). Il en est de même lorsqu'on ne peut viser qu'un risque de préjudice, la deuxième chambre civile ayant admis un « risque indéniable d'incendie » du fait du stockage de paille dans un immeuble voisin, la cour d'appel ayant relevé que la paille possède un pouvoir de combustion particulièrement rapide et important « et

164. P.-M. Le Corre, « La restauration jurisprudentielle du climat de confiance à l'égard de la sauvegarde », note sous Com., 8 mars 2011, *in D.* 2011, p. 925.

qu'une simple étincelle peut suffire à provoquer son embrasement » (2^e Civ., 24 février 2005, pourvoi n° 04-10.362, *Bull.* 2005, II, n° 50).

Il existe par ailleurs des moyens procéduraux de traitement de ce contentieux, un cas d'ouverture des référés étant spécialement consacré à la prévention d'un dommage imminent « en dépit d'une contestation sérieuse sur le fond » (article 809 du code de procédure civile pour le tribunal de grande instance, article 849 du code de procédure civile pour le tribunal d'instance, notamment). L'article 9 du code civil décline cette possibilité à propos des atteintes à la vie privée puisqu'il entre *a priori* dans la définition d'un droit subjectif de permettre à son auteur d'en demander la sanction avant toute atteinte (voir M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 2, Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 2007, p. 102-103).

* Dans ces conditions, le droit de la responsabilité civile, l'article 1382 du code civil en l'occurrence, permet-il d'indemniser les frais engagés par la victime pour faire cesser un préjudice non encore réalisé ? Il y a deux manières de répondre à cette question. Certains auteurs considèrent que le préjudice ne consiste pas dans la menace de dommage, mais dans la dépense faite pour faire cesser cette menace, les frais en question constituant bel et bien un préjudice matériel tout aussi certain qu'aisément évaluable.

La jurisprudence de la deuxième chambre civile a emprunté l'autre voie, plus approximative au plan des principes, qui consiste à affirmer que la condition de certitude du préjudice tolère un certain aléa. Si celui-ci est minime, l'action en indemnisation ne se heurtera pas à la règle excluant le préjudice hypothétique. C'est la raison pour laquelle il convient sans doute de préférer l'expression de « dommage imminent », donc certain, à celle de « risque de préjudice », dont on ne pourrait pas dire qu'il est certain sans consacrer le principe de précaution en droit de la responsabilité. Or une telle consécration ne résulte pas directement de la jurisprudence de la Cour de cassation qui ne retient pas la « faute de précaution » comme fait générateur de responsabilité.

Le choix du fondement n'est pas sans conséquence : l'indemnisation des frais a sans doute un domaine d'application plus important que l'indemnisation d'un préjudice « imminent », qui suppose que l'aléa soit extrêmement ténu pour que la condition de certitude puisse le tolérer, comme en témoignent deux arrêts rendus en 2006. Dans l'arrêt du 19 octobre 2006 (2^e Civ., pourvoi n° 05-16.005) était en cause un collecteur d'eaux pluviales traversant le sous-sol des deux terrains, collecteur que l'un des deux propriétaires avait obturé. L'expert avait estimé que les conséquences de cette obturation pouvaient être « très dommageables dans le temps », ce qui avait conduit la cour d'appel à retenir le défaut de lien de causalité. La cassation intervenue se fonde sur la nécessaire recherche à effectuer par les juges du fond d'un « risque de désordres [...] de nature à entraîner la menace d'un dommage imminent et certain, nécessitant la réalisation de travaux propres à éviter sa réalisation ». Dans l'arrêt du 26 octobre 2006 (2^e Civ., pourvoi n° 05-18.984) étaient concernés des travaux de terrassement en surplomb d'une propriété faisant craindre un risque d'éboulement. L'expert avait retenu qu'il existait « à court terme un risque d'érosion régressive sur les terrains supérieurs et pour le plus ou moins long terme un risque de glissement de terres ». Là encore, la cour d'appel avait rejeté la demande et la cassation prononcée est plus contraignante pour la cour d'appel de renvoi puisque la deuxième chambre civile affirme que la cour d'appel désavouée a refusé d'indemniser un préjudice dont elle a préalablement constaté l'existence, ce qui ne laisse guère de place pour dénier l'existence d'un dommage.

La formulation de ces arrêts, notamment en ce qu'elle fait référence au risque de préjudice, ne doit cependant pas tromper : il résulte soit des faits (notamment de la référence au court terme), soit de la décision (exigence d'un dommage imminent), que l'aléa doit être suffisamment tenu pour entrer dans la catégorie des dommages certains. La première chambre civile a pu employer l'expression de préjudice « grave et imminent » (1^{re} Civ., 28 novembre 2007, pourvoi n° 06-19.405, *Bull.* 2007, I, n° 372). Il en est ainsi dans la jurisprudence la plus récente (2^e Civ., 14 janvier 2010, pourvoi n° 08-14.272 et 2^e Civ., 14 janvier 2010, pourvoi n° 08-14.273), dont il résulte par exemple que la référence au risque d'éboulement d'une falaise mettant en péril la sécurité des personnes doit être mise en relation avec les faits d'où résulte une « mise en péril des propriétés riveraines ». Ces deux dernières décisions comportent une particularité : ce n'est pas la responsabilité du fait personnel qui est ici en cause mais la responsabilité du gardien de la chose sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil. Sur ce point également, la solution n'est pas sans précédent (2^e Civ., 26 septembre 2002, pourvoi n° 00-18.627, *Bull.* 2002, II, n° 198).

* Peut-on réaliser une extension du domaine de cette jurisprudence, qui est à l'évidence liée à la sécurité des personnes, en incluant dans les dommages réparables non plus seulement les dommages imminents, mais également tous les dommages potentiels ?

La distinction proposée consiste à considérer que seuls les dommages virtuels sont hypothétiques (par exemple, 3^e Civ., 14 février 2007, pourvoi n° 06-14.716, *Bull.* 2007, III, n° 23), alors que les dommages potentiels seraient réparables. Pour donner corps à cette distinction en apparence difficile à mettre en œuvre, une doctrine éminente a proposé de définir le dommage potentiel comme celui « qui porte d'ores et déjà en lui toutes les conditions de sa réalisation » (G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1998, p. 67, n° 276). Un arrêt du 15 mai 2008 (2^e Civ., pourvoi n° 07-13.483, *Bull.* 2008, II, n° 112), dans lequel était encore en cause une falaise menaçant de s'écrouler sur un fonds voisin, a repris cette formulation, mais celle-ci a été critiquée, même si le principe de l'extension des possibilités d'indemnisation, en revanche, ne l'a pas été (P. Jourdain, *in RTD Civ.* 2008, p. 679). La solution n'était pas sans précédent. En effet, la deuxième chambre avait déjà eu l'occasion de faire référence, en l'absence de caractère imminent du préjudice causé aux récoltes par la présence excessive de grands gibiers, au dommage « potentiel apparaissant certain » (2^e Civ., 25 octobre 2001, pourvoi n° 00-10.911, *Bull.* 2001, II, n° 160).

TITRE 2. L'ANTICIPATION DU RISQUE SUSPECTÉ

Avec des risques seulement soupçonnés mais hypothétiquement considérables par l'ampleur ou le caractère irréversible de leurs effets, la logique dont le raisonnement juridique se doit d'être empreint vient buter sur le défaut de vérité scientifique. Le dommage n'est que virtuel mais susceptible de déborder alors la catégorie des accidents individuels juxtaposés pour toucher à celle des catastrophes et sa réparation, si le ou les événements pressentis venaient à se produire, irait au-delà des limites tant de ce qui est indemnisable que de ce qui est assurable. C'est là le domaine, relativement nouveau mais en expansion, de la précaution.

Chapitre 1. Le risque d'atteinte à l'environnement

Mieux vaut, bien évidemment, prévenir ce risque, comme tout autre, plutôt que de devoir le réparer. Il convient de préciser que, en dépit de l'attention aujourd'hui portée à l'environnement et à ce qui est susceptible de l'affecter, la troisième chambre civile reste encore relativement rarement saisie de procès relatifs à la protection de l'environnement au sens communément entendu. Sans doute les litiges en la matière sont-ils plus fréquemment portés devant la juridiction administrative (tel est le cas lorsque l'activité susceptible de nuire à l'environnement a été préalablement autorisée par l'autorité administrative : autorisation d'exploiter une installation classée, de défrichement...) et/ou devant la juridiction pénale (les atteintes à l'environnement font l'objet d'un dispositif répressif important). Il reste que le risque environnemental peut toujours être invoqué, les quelques décisions déjà prononcées en témoignent, entre voisins au sens large, et sur le terrain de la prévention ou par la réparation d'un préjudice personnel.

Section 1. Précaution

Depuis quelques années, nos concitoyens et les pouvoirs publics se montrent particulièrement attentifs à prévenir les risques d'atteinte à l'environnement. Cette volonté de prévention a engendré un « principe de précaution » désormais inscrit dans la loi (à l'article L. 110-1 II 1° du code de l'environnement) mais aussi dans la Charte de l'environnement (article 5). Ce principe prescrit, aux « autorités publiques » dans sa forme constitutionnelle, à quiconque dans sa forme législative, de prendre des mesures d'évaluation et de prévention des risques susceptibles d'affecter gravement l'environnement quand bien même leur réalisation serait incertaine.

Le principe de précaution a récemment été invoqué à deux reprises devant la troisième chambre civile, dans un contexte de voisinage.

* L'affaire de la source d'eau minérale (3^e Civ., 3 mars 2010, pourvoi n° 08-19.108, *Bull.* 2010, III, n° 53).

Un exploitant d'une source d'eau minérale naturelle avait saisi le juge civil aux fins de voir ordonner au propriétaire d'un fonds voisin la fermeture d'un forage mis en place pour l'arrosage. Il prétendait, principe de précaution à l'appui, que ce forage risquait de polluer l'eau captée. Son pourvoi a été rejeté, la cour d'appel ayant retenu à bon droit que « le risque de pollution ayant été formellement écarté par l'expert, le principe de précaution ne pouvait trouver application » (l'expertise avait mis en évidence que le forage était improductif, qu'il avait été réalisé en aval du captage et dans le respect des autorisations administratives et qu'il n'existait « aucune possibilité de polluer les eaux exploitées par le captage, même si l'on y précipitait des produits nocifs ou des germes délétères »).

* L'affaire de la ligne à très haute tension (3^e Civ., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-17.645, *Bull.* 2011, III, n° 80).

Un éleveur de bovins entendait obtenir d'un producteur d'électricité réparation de préjudices subis à raison des troubles sanitaires susceptibles d'être provoqués, selon lui, à ses bêtes par les lignes à très haute tension passant au-dessus ou à proximité de son exploitation.

La troisième chambre civile a approuvé la cour d'appel d'avoir rejeté son pourvoi dès lors que « la Charte de l'environnement et le principe de précaution ne [remettent] pas en cause les règles selon lesquelles il [appartient] à celui qui [sollicite] l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude [de passage des lignes] d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci ». Au cours du litige, de nombreuses pièces et expertises avaient, en effet, été produites de part et d'autre, desquelles il ressortait « des incertitudes notables sur [l'incidence possible des courants électromagnétiques sur l'état de l'élevage] ».

Ces deux décisions, intervenues dans des circonstances de fait très différentes, ont en commun de voir succomber celui qui invoquait le principe de précaution, et ce par application du raisonnement généralement utilisé en matière de responsabilité : absence de préjudice pour le premier demandeur cité, de caractérisation d'un lien de causalité suffisamment étroit pour le second. Le caractère incertain de la réalisation du dommage à l'environnement, sur lequel repose le principe de précaution, suppose donc, quand même, certaines démonstrations de la part de celui qui l'invoque.

Ces décisions peuvent certes être regardées comme impartissant à ce principe, aux contours encore largement méconnus, des limites que la loi n'envisage pas expressément. Mais elles tendent à éviter qu'il soit trop facilement invoqué, en rappelant que tout risque potentiel ou putatif n'est pas un risque incertain au sens des textes.

La prévention efficace du risque doit aussi passer par une certaine possibilité donnée aux associations de défense de l'environnement, investies depuis longtemps dans ce domaine, d'ester en justice contre l'auteur du « risque environnemental ». La troisième chambre civile s'est prononcée sur la recevabilité d'une action en réparation du « préjudice moral subi du fait de l'atteinte portée aux intérêts collectifs dont elles assurent la protection » formée par deux associations contre l'exploitant d'une installation classée (un dépôt de produits pétroliers) contrevenant aux prescriptions d'un arrêté préfectoral relatif à la prévention des pollutions des sols et des eaux. Elle a approuvé la cour d'appel d'avoir déclaré recevable cette action au motif que « le non-respect des dispositions de l'arrêté préfectoral pris au titre de la réglementation des installations classées, en ce qu'il était de nature à créer un risque de pollution majeure pour l'environnement, et notamment pour les eaux et les sols, portait atteinte aux intérêts collectifs que les associations avaient pour objet de défendre, et que cette seule atteinte suffisait à caractériser le préjudice moral indirect de ces dernières que les dispositions spécifiques de l'article L. 142-2 du code de l'environnement permettent de réparer » (3^e Civ., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-15.500, en cours de publication ; *Revue Lamy Droit civil* 2011, n° 4341, comm. J.-P. Bugnicourt). Il est à noter que le risque de pollution, qui ne se réalisera peut-être jamais, a été regardé ici comme constituant à lui seul un préjudice indemnissable.

Cette décision enseigne que la frontière entre prévention et réparation du risque est parfois poreuse.

Section 2. Réparation

Lorsque, malheureusement, passé la précaution et la prévention, le risque d'atteinte à l'environnement se matérialise, il reste à la victime à demander réparation à son auteur.

La jurisprudence récente de la troisième chambre civile livre une bonne illustration d'une telle action en réparation, dans le contexte tristement célèbre du naufrage du pétrolier *Erika* survenu en 1999 (3^e Civ., 17 mars 2010, pourvoi n° 08-18.552). L'action en réparation était en l'espèce formée contre le propriétaire du navire et son assureur par une société coopérative de production de sel de Guérande. Cette société prétendait que, à cause de la pollution des côtes de Loire-Atlantique par les hydrocarbures, elle avait reçu des coopérateurs une production moindre de sel (décision a été prise de ne pas produire de sel en 2000), dû puiser dans son stock et s'obliger à restreindre ses ventes avec la diminution de chiffre d'affaires qui en était résultée. Elle demandait par conséquent, notamment, réparation d'un « préjudice commercial ». La cour d'appel l'avait déboutée de cette demande. Le pourvoi a été rejeté au motif que « la décision prise par la coopérative en septembre 2001 de contingenter ses ventes pour éviter une rupture des stocks était prématurée et ne s'imposait pas économiquement, de sorte que la baisse des ventes dans les années ayant suivi le sinistre n'était pas la conséquence de ce dernier mais résultait de cette décision de gestion ». On relèvera incidemment que la Cour a déclaré surabondant le motif de l'arrêt critiqué par le pourvoi suivant lequel la coopérative aurait pu maintenir son niveau de vente en prenant un risque sur ses stocks.

La survenance du risque d'atteinte à l'environnement n'engendre donc pas, à elle seule, l'obligation pour celui qui en est à l'origine d'indemniser tous ceux qui ont pu être d'une façon ou d'une autre confrontés au sinistre. Encore faut-il que ces derniers démontrent un rapport de causalité entre le risque transformé et le préjudice déploré.

Cette décision, qui peut être rapprochée de celles précédemment commentées relatives au principe de précaution, confirme que le droit commun de la responsabilité n'est pas soluble dans le contexte environnemental et que, en conséquence, la prétendue victime d'un risque d'atteinte à l'environnement supporte aussi le « risque de la preuve », pour emprunter à la terminologie des processualistes.

Chapitre 2. Le principe de précaution et son invocation devant les juridictions pénales au titre de l'état de nécessité

Le principe de précaution, dont l'origine conceptuelle est située en Allemagne, dans les années 1970, a été inscrit dans de multiples textes internationaux, communautaires et nationaux, qu'on aurait pu croire à portée purement incantatoire.

Cependant, bien au-delà de l'engouement politique et de l'effet de mode doctrinal, son « énonciation répétitive dans des instruments de droit mou¹⁶⁵ » a fini par produire des fruits tout à fait concrets dans le contentieux de la légalité.

Reprenant pour l'essentiel les termes d'une loi pionnière n° 95-101 du 2 février 1995 et éclairé par le rapport remis en 1999 au Premier ministre par les professeurs Kourilsky et

165. F. Ewald, C. Gollier, N. de Sadeleer, *Le Principe de précaution*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2001, p. 80.

Viney, le Parlement français a adopté en 2004 un texte constitutionnel, la Charte de l'environnement, dont l'article 5 énonce : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. » Est ainsi défini un principe de gouvernement qui oblige les décideurs publics à tenir compte de dangers pour l'environnement non avérés présentant, si le risque s'en réalisait, un caractère de gravité particulier.

Dans le contentieux de la responsabilité porté devant les juridictions de l'ordre judiciaire, on ne peut qu'observer que l'expression de principe de précaution s'est considérablement vulgarisée, ce qui n'est pas la marque de l'effectivité de son contenu juridique : elle sert désormais pour désigner la prudence du chef d'entreprise dans ses décisions de gestion (3^e Civ., 17 mars 2010, pourvoi n° 08-18.552), du médecin dans ses choix thérapeutiques (Crim., 16 septembre 2008, pourvoi n° 07-87.370), du supérieur hiérarchique dans la gestion de son personnel (Crim., 9 octobre 2007, pourvoi n° 06-89.093), ou réciproquement pour appuyer les revendications du salarié quant à ses conditions de travail (Soc., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-40.353).

En matière civile, l'invocation de la charte de l'environnement et du principe de précaution ne suffit pas à altérer les règles ordinaires relatives à la charge de la preuve de la relation de causalité entre la faute et le dommage (3^e Civ., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-17.645, *Bull.* 2011, III, n° 80). Ainsi, dans une affaire où un couple, propriétaire d'un terrain situé à proximité d'une source d'eaux minérales naturelles exploitée, avait fait réaliser un forage pour l'arrosage de son jardin, la Cour de cassation relève que « la cour d'appel, qui a retenu, à bon droit, que le risque de pollution ayant été formellement exclu par l'expert judiciaire, le principe de précaution ne pouvait trouver application, a pu en déduire que les époux X... n'avaient pas commis de faute » (3^e Civ., 3 mars 2010, pourvoi n° 08-19.108, *Bull.* 2010, III, n° 53). De même, lorsque les experts ont exclu la relation de causalité entre un vaccin et la survenance d'une maladie, on ne peut obtenir un renversement de la charge de la preuve, au nom du principe de précaution, en arguant que l'absence de certitude scientifique de l'innocuité du vaccin établit une présomption de défaut (1^{re} Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-16.449, *Bull.* 2009, I, n° 11; 1^{re} Civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 06-18.848; 1^{re} Civ., 27 février 2007, pourvoi n° 06-10.063).

En matière pénale, la précaution peine, dans la définition positive des incriminations d'imprudence, à s'imposer comme un principe original¹⁶⁶. La défense de certains prévenus use d'un outil juridique d'usage aussi traditionnel qu'anecdotique : l'état de nécessité, cause d'irresponsabilité définie à l'article 122-7 du code pénal comme exonérant la personne « qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les

166. D. Roets, « Réflexion sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », in *Rev. sc. crim.* 2007, p. 251.

moyens employés et la gravité de la menace ». Une illustration s'en présente avec les « faucheurs volontaires », militants écologistes ayant adopté comme mode d'action politique la destruction physique de plants de maïs génétiquement modifiés, sur les parcelles agricoles où est menée, sous le contrôle des pouvoirs publics, l'expérimentation de leur culture, qui ont été poursuivis du chef de destruction d'un bien appartenant à autrui en réunion, délit punissable de plusieurs années d'emprisonnement. Invoquant l'état de nécessité, ils ont réclamé devant les juridictions correctionnelles leur relaxe au nom du principe de précaution, faisant valoir que leurs agissements étaient justifiés par le risque pour la santé et l'environnement que présentent les organismes génétiquement modifiés et par la nécessité d'alerter sur ce point l'opinion publique. Tant avant l'adoption de la Charte de l'environnement (Crim., 28 avril 2004, pourvoi n° 03-83.783 ; Crim., 18 février 2004, pourvoi n° 03-82.951 ; Crim., 19 novembre 2002, pourvoi n° 02-80.788) que postérieurement (Crim., 27 mars 2008, pourvoi n° 07-83.009 ; Crim., 31 mai 2007, pourvoi n° 06-86.628 ; Crim., 4 avril 2007, pourvois n° 06-80.512 et n° 05-83.595 ; Crim., 7 février 2007, pourvoi n° 06-80.108), la chambre criminelle a jugé que l'état de nécessité ne pouvait être invoqué par les faucheurs et rejeté les pourvois formés contre les arrêts les ayant déclarés coupables. Elle a notamment approuvé le raisonnement d'une cour d'appel ayant énoncé que la précaution, par construction, ne s'appliquait pas à un péril réel et imminent, et ne conférait pas de droit à commettre une infraction pénale : si la réalité du risque présenté par les OGM fait l'objet d'un débat scientifique qui justifie l'expérimentation qui, en application du principe de précaution, est encadrée par les pouvoirs publics, son degré de certitude n'est pas tel que ce risque puisse être assimilé au péril réel et imminent exigé pour exonérer un individu de toute responsabilité pénale, encore moins lorsque l'action pénalement répréhensible est collective et réfléchie à l'avance.

Ainsi, le principe de légalité, règle d'interprétation de la législation pénale à valeur constitutionnelle, a formé contre l'effet direct du principe de précaution le « rempart naturel » que prévoyaient les professeurs Kourilsky et Viney¹⁶⁷.

167. *Le Principe de précaution. Rapport au Premier ministre*, La Documentation française, Odile Jacob, 2000, p. 168.



QUATRIÈME PARTIE

JURISPRUDENCE

DE LA COUR

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

ARRÊTS RENDUS EN ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET EN CHAMBRE MIXTE

A – Assemblée plénière

Arrêts rendus en matière civile

Concurrence – Autorité de la concurrence – Procédure – Textes applicables – Code de procédure civile – Limite – Disposition expresse contraire du code de commerce

Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvois n° 09-14.667 et n° 09-14.316, Bull. 2011, Ass. plén., n° 1, rapport de M. Bargue et avis de Mme Petit

Sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence.

Dès lors viole la loi la cour d'appel qui, pour rejeter le recours formé contre une décision du Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) ayant prononcé une sanction pour entente contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, retient que les dispositions du code de procédure civile ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui exerce des poursuites à des fins répressives le conduisant à prononcer des sanctions punitives.

Preuve – Règles générales – Moyen de preuve – Administration – Principe de loyauté – Applications diverses – Enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus – Irrecevabilité
Même arrêt

Il résulte des articles 9 du code de procédure civile, 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, que l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve.

Dès lors, une société ayant saisi le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) de pratiques qu'elle estimait anticoncurrentielles, en produisant des cassettes contenant des enregistrements téléphoniques mettant en cause deux fournisseurs qui ont demandé la mise à l'écart de ces enregistrements au motif qu'ils avaient été obtenus de façon déloyale, et le Conseil de la concurrence ayant dit établi que ces deux fournisseurs avaient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce en mettant en œuvre avec leurs distributeurs une entente relative à l'application de prix conseillés et prononcé une sanction pécuniaire à leur encontre, la cour d'appel ne peut, sans violer les textes et le principe précités, rejeter les recours formés par ces deux fournisseurs contre cette décision du Conseil, en retenant que si les enregistrements opérés ont constitué un procédé déloyal à l'égard de ceux dont les propos

ont été insidieusement captés, ils ne doivent être écartés du débat que seulement s'il est avéré que la production de ces éléments a concrètement porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe de la contradiction et aux droits de la défense de ceux auxquels ils sont opposés.

L'exigence du respect de la loyauté dans l'administration des preuves en matière civile résulte d'une jurisprudence constante et convergente des trois chambres civiles, de la chambre commerciale et de la chambre sociale de la Cour de cassation (voir notamment, 2^e Civ., 7 octobre 2004, pourvoi n° 03-12.653, *Bull.* 2004, II, n° 447 ; Com., 25 février 2003, pourvoi n° 01-02.913 ; Soc., 20 novembre 1991, pourvoi n° 88-43.120, *Bull.* 1991, V, n° 519). Se fondant sur l'article 9 du code de procédure civile et/ou sur les articles 6 ou 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ces décisions affirment qu'une juridiction civile ne peut fonder sa décision sur des éléments de preuve tirés d'enregistrements de conversations téléphoniques ou de vidéos opérés à l'insu des personnes enregistrées.

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de l'assemblée plénière concerne le domaine du droit de la concurrence. Un distributeur, s'estimant victime de pratiques anticoncurrentielles de la part de fournisseurs et d'autres distributeurs de produits d'électronique destinés au grand public, avait saisi de ces pratiques le Conseil de la concurrence, devenu depuis l'Autorité de la concurrence. Celle-ci a dit établi que les sociétés productrices mises en cause avaient commis une entente verticale prohibée avec leurs distributeurs en mettant en place un mécanisme d'application de prix conseillés sur un certain nombre de ces produits. Afin d'établir la matérialité des faits reprochés aux intéressés, le Conseil de la concurrence s'est fondé sur des enregistrements de communications téléphoniques réalisés par le plaignant à l'insu des personnes enregistrées.

La cour d'appel de Paris a rejeté, par arrêt du 19 juin 2007, le recours formé contre cette décision par les producteurs condamnés au paiement de sanctions pécuniaires. Elle a estimé qu'en l'absence de texte réglementant, dans le code de commerce, la production des preuves par les parties, l'Autorité de la concurrence, investie d'une mission de protection de l'ordre public économique et d'un pouvoir de sanction dont une efficacité était attendue, bénéficiait d'une autonomie procédurale, qui dérogeait à la règle de la loyauté dérogée par les chambres civiles de la Cour de cassation.

Elle a fait ainsi application de la jurisprudence de la chambre criminelle qui, se fondant sur les dispositions de l'article 427 du code de procédure pénale, juge que, dès lors qu'ils ne sont pas produits par des agents investis de la force publique, les moyens de preuve produits par les parties ne peuvent être écartés des débats au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale, et qu'il appartient seulement au juge d'en apprécier la force probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire.

Cette décision a été cassée par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation au visa de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme au motif que « l'enregistrement d'une communication téléphonique par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve » (Com., 3 juin 2008, pourvois n° 07-17.147 et n° 07-17.196, *Bull.* 2008, IV, n° 112).

La cour d'appel de Paris, statuant comme juridiction de renvoi a, par arrêt du 29 avril 2009, rendu une décision identique à son premier arrêt et a rejeté les recours formés contre la décision de l'Autorité de la concurrence.

Cet arrêt a été cassé par le présent arrêt. L'assemblée plénière a jugé au visa des articles 9 du code de procédure civile et 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi qu'au visa exprès du principe de loyauté dans l'administration de la preuve.

Dans sa décision, cette formation a posé une première règle de principe selon laquelle, sauf disposition contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence. Ainsi se trouve levée l'incertitude parfois entretenue en dépit de la jurisprudence claire de la chambre commerciale (Com., 3 mars 2009, pourvois n° 08-13.767 et n° 08-14.346, *Bull.* 2009, IV, n° 29; Com., 3 mars 2009, pourvois n° 08-14.435 et n° 08-14.464, *Bull.* 2009, IV, n° 30).

Cette première règle, écartant sans ambiguïté les dispositions du code de procédure pénale, conduit à la seconde par laquelle l'assemblée plénière affirme son attachement au principe de la loyauté qui participe pleinement à la réalisation du droit fondamental de toute partie à un procès équitable et qui s'applique en tous points au droit de la concurrence. À cet égard, il convient de souligner que la Commission européenne a écarté des enregistrements et transcriptions de conversations téléphoniques qui avaient été réalisés à l'insu d'entreprises concernées par une enquête (Décision 2000/117/CE de la Commission du 26 octobre 1999, JO L 39 du 14 février 2000, p. 1-28).

Si les enjeux économiques et l'ordre public économique ne doivent pas être étrangers au juge, ils ne peuvent cependant le détourner de l'obligation de statuer suivant les principes fondamentaux qui fondent la légitimité de son action.

Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985) – Redressement judiciaire – Période d'observation – Créanciers – Déclaration des créances – Qualité – Déclaration faite par un tiers – Pouvoir spécial – Justification – Terme
Ass. plén., 4 février 2011, pourvoi n° 09-14.619, Bull. 2011, Ass. plén., n° 2, rapport de Mme Lambremon et avis de M. Le Mesle

La déclaration des créances équivalant à une demande en justice, la personne qui déclare la créance d'un tiers doit, si elle n'est pas avocat, être munie d'un pouvoir spécial, donné par écrit, avant l'expiration du délai de déclaration des créances. En cas de contestation, il peut en être justifié jusqu'au jour où le juge statue.

Dans le présent arrêt, l'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est à nouveau prononcée sur la déclaration de créance faite par un tiers, non avocat, pour le compte d'un créancier, lors d'une procédure collective et, plus précisément, sur la question de savoir si ce tiers pouvait produire le mandat spécial écrit qui lui avait été remis dans le délai légal de déclaration, lors d'une audience de vérification devant le juge-commissaire.

Il résulte en effet de l'article L. 621-43, alinéa 2, du code de commerce, issu de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994, que « la déclaration des créances peut être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix ». La loi de sauvegarde des entreprises

n° 2005-845 du 26 juillet 2005 a repris cette formulation à l'article L. 622-24, alinéa 2, dudit code. Selon une analyse classique, peu contestée, la déclaration de créance équivaut à une demande en justice. Cette assimilation a conduit la Cour de cassation à lui appliquer, notamment, les règles du mandat de représentation en justice dit mandat *ad litem*. Devant le tribunal de commerce, en vertu de l'article 853, alinéas 2 et 3, du code de procédure civile, si les parties ont la faculté de se faire représenter par toute personne de leur choix, le représentant, s'il n'est pas avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial.

C'est dans un arrêt du 19 novembre 1996 (pourvoi n° 94-19.842, *Bull.* 1996, IV, n° 277) que la chambre commerciale a précisé les conditions de validité de ce pouvoir spécial en ces termes : « Mais attendu qu'il résulte de la combinaison des articles 416 et 853 du nouveau code de procédure civile et 175 du décret du 27 décembre 1985 que le pouvoir donné au mandataire *ad litem* doit accompagner la déclaration de créance ou être produit dans le délai de celle-ci. »

Cette solution a été reprise dans un arrêt rendu par la même chambre le 17 décembre 1996 (pourvois n° 94-19.489 et n° 94-19.550, *Bull.* 1996, IV, n° 313), s'agissant des déclarations de créances, faites par le chef de file d'un « pool » bancaire pour le compte des autres sociétés membres du pool, au passif d'une société. Et c'est dans cette dernière affaire que l'assemblée plénière de la Cour de cassation a, par un arrêt du 26 janvier 2001 (pourvoi n° 99-15.153, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 1), jugé que « la recherche d'éléments de preuve d'un mandat tirés des circonstances de la cause ne pouvait suppléer l'absence de production d'un pouvoir spécial et écrit lors de la déclaration des créances ou dans le délai légal de cette déclaration ».

Dans la présente affaire, saisie sur renvoi après cassation par la chambre commerciale (Com., 3 octobre 2006, pourvoi n° 04-11.024) d'un arrêt de la cour d'appel de Caen du 4 décembre 2003 qui avait dit les déclarations de créances régulières, la cour d'appel de Paris avait, par arrêt du 26 février 2009 (3^e ch. B, RG 07/03215), confirmé l'ordonnance du juge-commissaire dans toutes ses dispositions, au motif principal qu'exclure pour le créancier la possibilité de faire la preuve, au-delà du délai pour déclarer, de l'existence d'un pouvoir spécial donné dans ce délai, alors que le débiteur peut soulever l'irrégularité de la déclaration à ce titre en tout état de cause, serait contraire au principe de l'égalité des armes, composante du procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Par arrêt du 8 juin 2010 (pourvoi n° 09-14.619), la chambre commerciale a ordonné le renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière.

Par son arrêt du 4 février 2011, la Cour de cassation a réaffirmé, dans sa formation la plus solennelle, que la déclaration de créances équivaut à une demande en justice et ne peut valablement être faite par un tiers, s'il n'est pas avocat, en l'absence de pouvoir spécial écrit donné par le créancier dans le délai légal de déclaration, mais a considéré que cette règle, propre au mandat de représentation en justice, n'impliquait pas que la justification de ce pouvoir soit enfermée dans le délai précité, et qu'elle pouvait dès lors intervenir, en cas de contestation, jusqu'au jour où le juge statue.

Sans remettre en cause le principe selon lequel le mandataire doit disposer d'un pouvoir spécial au moment de la déclaration ou dans le délai légal de celle-ci, l'arrêt admet donc,

sur le terrain probatoire, que la justification de l'existence d'un pouvoir régulier puisse être rapportée jusqu'à ce que le juge statue.

Le rapport du conseiller rapporteur soulignait que l'assimilation entre existence et justification du pouvoir de déclarer ne découlait pas nécessairement de l'application des règles du mandat *ad litem*, et que des arrêts de la deuxième chambre civile (par exemple, 2^e Civ., 17 avril 2008, pourvoi n° 07-11.333, *Bull.* 2008, II, n° 85) et de la chambre sociale (Soc., 31 mars 2009, pourvoi n° 08-60.517, *Bull.* 2009, V, n° 100) avaient déjà admis la possibilité de justifier d'un pouvoir régulier, passé le délai pour agir.

Contrat de travail, rupture – Licenciement – Cause – Cause réelle et sérieuse – Défaut – Applications diverses – Maladie du salarié – Nécessité de pourvoir au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent le fonctionnement de l'entreprise – Remplacement par une entreprise prestataire de services

Ass. plén., 22 avril 2011, pourvoi n° 09-43.334, Bull. 2011, Ass. plén., n° 3, rapport de M. Feydeau et avis de M. Aldigé

Si l'article L. 1132-1 du code du travail ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié, celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif par l'engagement d'un autre salarié.

Viole en conséquence les articles L. 1132-1 et L. 1235-3 du code du travail, l'arrêt qui juge fondé sur une cause réelle et sérieuse le licenciement notifié pendant une période d'arrêt de travail pour maladie à une gardienne d'immeuble dont le remplacement a été assuré par une entreprise prestataire de services.

Les dispositions de l'article L. 1132-1 (anciennement L. 122-45) du code du travail font interdiction à l'employeur de licencier un salarié en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail.

Toutefois, prenant en compte les impératifs de la bonne marche de l'entreprise sans oublier la nécessaire protection du salarié malade, la Cour de cassation a jugé que ces dispositions ne s'opposaient pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise, qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement (Soc., 16 juillet 1998, pourvoi n° 97-43.484, *Bull.* 1998, V, n° 394; Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 99-40.110, *Bull.* 2001, V, n° 84).

Le bien-fondé de la rupture est donc soumis à deux conditions cumulatives :

- l'employeur doit établir que l'absence du salarié a entraîné des perturbations dans la marche de l'entreprise;
- l'employeur doit démontrer qu'il s'est ainsi trouvé contraint de procéder au remplacement définitif du salarié.

Si la notion de perturbation ne pose pas de problèmes majeurs d'interprétation, il n'en est pas de même de l'exigence du remplacement définitif.

Certes, on voit très bien que le licenciement du salarié absent pour cause de maladie ne peut être valable si ce salarié est remplacé par un travailleur intérimaire, un stagiaire ou un travailleur sous contrat à durée déterminée, ces remplacements étant par nature temporaires. Mais qu'en est-il lorsqu'il est fait appel pour son remplacement à une entreprise prestataire de services avec laquelle peut être conclu un contrat s'inscrivant dans la durée ?

Tel était le cas dans l'affaire soumise à l'assemblée plénière, s'agissant d'une gardienne d'immeuble qui, licenciée pour maladie prolongée rendant nécessaire son remplacement définitif pour assurer un fonctionnement normal du service de gardiennage, contestait la validité de son licenciement, en faisant valoir qu'elle n'avait pas été remplacée par un salarié engagé par contrat à durée indéterminée, mais par une entreprise de nettoyage.

Une première cour d'appel avait estimé que ce licenciement était fondé sur une cause réelle et sérieuse mais la chambre sociale, dans un arrêt du 18 octobre 2007 (pourvoi n° 06-44.251, *Bull.* 2007, V, n° 163) avait cassé cette décision, en énonçant que seul peut constituer un remplacement définitif un remplacement entraînant l'embauche d'un autre salarié.

Saisie en raison de la résistance de la cour d'appel de renvoi à cette doctrine, l'assemblée plénière, dans un arrêt rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général, confirme la position prise par la chambre spécialisée.

Il est ainsi clairement affirmé que seul l'engagement d'un autre salarié sur l'emploi occupé par le salarié malade est de nature à caractériser la nécessité du remplacement définitif de ce dernier ; l'assemblée plénière exclut donc qu'une suppression d'emploi, qui relève du domaine du licenciement économique, puisse intervenir, à l'occasion d'une rupture motivée par la prolongation d'absence du salarié malade.

Procédure civile – Demande – Demande reconventionnelle – Définition – Portée

Ass. plén., 22 avril 2011, pourvoi n° 09-16.008, Bull. 2011, Ass. plén., n° 4, rapport de M. Frouin et avis de M. Azibert

Constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire.

Par suite, ayant relevé que le défendeur à l'instance ne se bornait pas à invoquer la nullité du protocole de cession d'actions dont l'exécution était poursuivie par les demanderessees mais entendait voir tirer les conséquences de cette nullité, la cour d'appel en a déduit à bon droit qu'il s'agissait d'une demande reconventionnelle et qu'elle était irrecevable faute d'avoir été faite à l'encontre des autres parties à l'acte, tiers à l'instance, dans les formes prévues par l'article 68, alinéa 2, du code de procédure civile.

Par l'arrêt du 22 avril 2011, l'assemblée plénière vient apporter quelques précisions sur la distinction entre défense au fond et demande reconventionnelle, dans une hypothèse où la distinction est parfois incertaine.

En apparence, les deux notions sont précisément définies par le code de procédure civile et la distinction ne soulève guère de difficultés : « constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen du fond du droit, la prétention de

l'adversaire » (article 71 du code de procédure civile); « constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la demande principale » (article 64 du même code).

Par-delà l'apparence, la distinction peut être d'appréciation délicate, appliquée notamment au moyen tiré de la nullité d'un acte juridique, opposé en défense à une demande d'exécution de cet acte : que le défendeur oppose au demandeur la nullité de l'acte juridique dont celui-ci se prévaut au soutien de sa demande pour conclure au rejet de la demande et il présente une défense au fond ; que le défendeur réponde par une demande en nullité à une demande initiale en exécution du contrat et il forme une demande reconventionnelle.

La différence entre les deux situations juridiques se comprend parfaitement et recouvre d'ailleurs très précisément les définitions légales respectives de la défense au fond et de la demande reconventionnelle : l'*exception de nullité (stricto sensu)* n'a pour objet que de tenir en échec la demande principale en la faisant apparaître comme non justifiée, ce qui est le propre de la défense au fond (article 71 du code de procédure civile); la *demande en nullité* tend à ce qu'il soit statué *erga omnes* par le juge sur la validité de l'acte en cause, ce qui caractérise la demande reconventionnelle, laquelle a pour critère déterminant la recherche d'un avantage *autre* que le simple rejet de la prétention de son adversaire (article 64 du code de procédure civile).

Mais on voit bien que la distinction ainsi présentée est assez théorique ou, plus exactement, qu'elle n'est claire que parce qu'on l'a envisagée de manière théorique. Dans la pratique contentieuse, la différence est beaucoup plus malaisée et incertaine, tout simplement parce que le moyen de défense tiré de la nullité de l'acte est souvent présenté par son auteur d'une manière telle qu'il ne peut être déterminé à l'évidence si le défendeur a seulement entendu s'opposer à la demande principale pour en obtenir le rejet, ou s'il a entendu demander au juge de se prononcer expressément sur la validité de l'acte et de le dire nul. Et, du reste, force est de reconnaître que la position de la jurisprudence dans ce genre de situations est parfois un peu floue.

Or, la qualification juridique, au regard de la distinction défense au fond/demande reconventionnelle, du moyen tiré de la nullité d'un acte juridique opposé en défense à une demande d'exécution de cet acte peut avoir un intérêt pratique important, comme c'était le cas dans l'espèce soumise à l'assemblée plénière : deux des cinq héritiers de l'actionnaire majoritaire d'une société qui avait cédé ses actions avaient assigné les cessionnaires en paiement du solde du prix ; ces derniers ont opposé à la demande la nullité de l'acte de cession, sans appeler en la cause les trois autres héritiers ; la cour d'appel a considéré que le moyen tiré de la nullité caractérisait une demande reconventionnelle, et que celle-ci était en tant que telle irrecevable comme formée en méconnaissance des dispositions de l'article 68, alinéa 2, du code de procédure civile (qui dispose que les demandes incidentes sont faites à l'encontre des parties défaillantes ou des tiers dans les formes prévues pour l'assignation ; en appel, elles le sont par voie d'assignation).

Reste qu'il est une hypothèse où la qualification de demande reconventionnelle donnée au moyen de défense tiré de la nullité de l'acte ne paraît guère discutable, c'est celle où le moyen de défense est assorti d'une demande de restitution de sommes, qui signifie que

le défendeur entend voir tirer toutes les conséquences juridiques de la nullité, ce qui suppose qu'il ait été statué préalablement et effectivement sur la validité de l'acte. Dans cette hypothèse, la *demande* tendant au prononcé de la nullité, et sa qualification subséquente de demande reconventionnelle, ne font aucun doute.

C'est ce qui est jugé par l'assemblée plénière dans l'arrêt du 22 avril 2011 où celle-ci, après avoir rappelé la définition de la demande reconventionnelle, reprend les constatations de la cour d'appel selon lesquelles le cessionnaire ne se bornait pas à invoquer la nullité du protocole de cession, mais sollicitait la remise des parties dans l'état antérieur à la signature de l'acte et la condamnation des demanderesses à lui payer une certaine somme en restitution du prix déjà payé, pour l'approuver d'en avoir justement déduit qu'il avait ainsi formé une demande reconventionnelle.

La solution se comprend bien : la demande en restitution de sommes caractérise la recherche d'un avantage autre que le simple rejet de la demande principale, qui constitue le critère de la demande reconventionnelle ; par ailleurs, le moyen de défense tiré de la nullité caractérise nécessairement une demande (reconventionnelle) en nullité dès lors qu'il faut passer par une décision sur la validité de l'acte en cause pour qu'il puisse être statué sur la demande en restitution.

Sécurité sociale, prestations familiales – Prestations – Bénéficiaires – Enfant mineur étranger résidant en France – Conditions – Production du certificat médical délivré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration – Portée

Ass. plén., 3 juin 2011, pourvoi n° 09-71.352, Bull. 2011, Ass. plén., n° 5, rapport de Mme Monéger et avis de M. Azibert

La cour d'appel, qui constate que le demandeur aux prestations assume la charge effective et permanente de ses deux enfants et justifie être titulaire d'une carte de résident valable de juin 2001 à juin 2011, en a exactement déduit que jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 19 décembre 2005 qui a modifié les conditions d'attribution des prestations familiales, le bénéficiaire de celles-ci ne pouvait être subordonné à la production d'un certificat de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII).

Convention européenne des droits de l'homme – Article 6 – Respect de la vie familiale – Compatibilité – Code de la sécurité sociale – Article L. 512-2 – Portée

Ass. plén., 3 juin 2011, pourvoi n° 09-71.352, Bull. 2011, Ass. plén., n° 5, Ass. plén., 3 juin 2011, pourvoi n° 09-69.052, Bull. 2011, Ass. plén., n° 6, rapports de Mme Monéger et avis de M. Azibert

Les dispositions des articles L. 512-2 et D. 512-2 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction issue respectivement de la loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005 et du décret n° 2006-234 du 27 février 2006 qui revêtent un caractère objectif justifié par la nécessité dans un État démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants, ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale garanti par les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni ne

méconnaissent les dispositions de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Sécurité sociale, prestations familiales – Prestations – Bénéficiaires – Enfant mineur étranger résidant en France – Régularité du séjour en France – Appréciation – Modalités – Détermination

Ass. plén., 3 juin 2011, pourvoi n° 09-69.052, Bull. 2011, Ass. plén., n° 6, rapport de Mme Monéger et avis de M. Azibert

Les articles L. 512-2 et D. 512-2 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction issue respectivement de la loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005 et du décret n° 2006-234 du 27 février 2006, subordonnent le versement des prestations familiales à la production d'un document attestant d'une entrée régulière des enfants étrangers en France et, en particulier pour les enfants entrés au titre du regroupement familial, du certificat médical délivré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII).

Sécurité sociale, prestations familiales – Prestations – Bénéficiaires – Enfant mineur étranger résidant en France – Conditions – Production du certificat médical délivré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration – Portée

Ass. plén., 3 juin 2011, pourvoi n° 09-69.052, Bull. 2011, Ass. plén., n° 6, rapport de Mme Monéger et avis de M. Azibert

La cour d'appel, qui constate que les demandeurs aux prestations justifient qu'ils résident légalement sur le territoire national français depuis le mois d'octobre 2000, en a exactement déduit que jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 19 décembre 2005 qui a modifié les conditions d'attribution des prestations familiales, le bénéfice de celles-ci ne pouvait être subordonné à la production d'un certificat de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII).

Par ces deux arrêts, la Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, a statué sur le droit aux prestations familiales pour les enfants étrangers entrés en France sans respecter les règles du regroupement familial.

Dans ces espèces, l'attribution des allocations familiales avait été refusée à des parents étrangers d'enfants entrés en France en dehors de la procédure de regroupement familial au motif qu'ils ne produisaient pas le certificat de contrôle médical de leurs enfants délivré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII). Le premier dossier (pourvoi n° 09-69.052) concernait des enfants mineurs, le second (pourvoi n° 09-71.352) concernait des enfants mineurs au moment de leur arrivée en France, devenus majeurs ensuite.

La Cour de cassation a distingué deux périodes.

Première période : avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005

Dans le prolongement d'un précédent arrêt d'assemblée plénière du 16 avril 2004 (pourvoi n° 02-30.157, Bull. 2004, Ass. plén., n° 8), qui avait fait prévaloir le principe du droit aux prestations familiales pour les bénéficiaires étrangers en situation régulière, énoncé à l'article L. 512-2 du code de la sécurité sociale, sur les modalités d'application définies par les articles R. 511-1 et R. 511-2 du même code, elle a jugé qu'antérieurement à l'entrée en

vigueur de la loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005 de financement de la sécurité sociale pour 2006, le bénéfice des prestations familiales ne pouvait être subordonné à la production d'un certificat de l'OFII. Il convenait en effet de ne pas remettre en cause la solution admise sous l'empire des textes antérieurs.

Seconde période : après l'entrée en vigueur de la loi de 2005

L'article 89 de la loi du 19 décembre 2005, déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 15 décembre 2005, décision n° 2005-528 DC), a modifié l'article L. 512-2 du code de la sécurité sociale qui, dans sa nouvelle rédaction, prévoit que les ressortissants étrangers peuvent demander à bénéficier des prestations familiales pour les enfants qui sont à leur charge, sous réserve de l'entrée régulière « dans le cadre de la procédure de regroupement familial des enfants concernés ».

Examinant la conventionnalité de ces nouvelles dispositions, la Cour de cassation a jugé qu'elles revêtaient « un caractère objectif justifié par la nécessité dans un État démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants » et qu'elles ne portaient pas « une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale garanti par les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni ne [méconnaissaient] les dispositions de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ».

Elle en a déduit que, depuis l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, le bénéfice des prestations familiales pouvait être subordonné au respect de la procédure de regroupement familial.

C'est dans le même sens qu'avait conclu l'avocat général.

Jugements et arrêts – Voies de recours – Recevabilité – Conditions – Article 528-1 du code de procédure civile – Exclusion – Décision notifiée

Ass. plén., 7 octobre 2011, pourvois n° 11-11.509 et n° 10-30.191, Bull. 2011, Ass. plén., n° 7, rapport de M. Ballouhey et avis de M. Azibert

Une lettre recommandée adressée par le greffe constitue la notification prévue par l'article 528-1 du code de procédure civile, peu important que celle-ci soit entachée d'une irrégularité.

Par cet arrêt, l'assemblée plénière de la Cour de cassation précise, en matière de procédure ordinaire, la portée des dispositions de l'article 528-1 du nouveau code de procédure civile, aux termes duquel si un jugement n'a pas été notifié dans le délai de deux ans de son prononcé, la partie qui a comparu n'est plus recevable à exercer un recours à titre principal après l'expiration de ce délai.

Deux époux ayant chacun interjeté appel d'un jugement prononçant à leur égard l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, l'intimé avait soulevé leur irrecevabilité en raison de l'expiration du délai de deux ans prévu par l'article 528-1 du code de procédure civile, en l'absence de notification du jugement faute de remise de la lettre recommandée de notification aux destinataires. La cour d'appel, qui avait constaté que le jugement avait été notifié dans des conditions irrégulières, avait déclaré les appels irrecevables sur le fondement de cet article. Cet arrêt avait été cassé (2^e Civ., 21 février 2008, pourvoi n° 06-14.726)

au motif que le jugement dont il était relevé appel avait été notifié, et qu'il importait peu que la notification fût entachée d'une irrégularité susceptible d'en affecter l'efficacité.

Devant la cour de renvoi, les époux se prévalaient à nouveau de la notification irrégulière au soutien de la recevabilité de leurs appels. L'arrêt a retenu que la lettre recommandée, adressée par le greffe du tribunal aux appelants pour leur notifier le jugement, qui avait été retournée à son expéditeur pour correction de l'identité de son destinataire, ne constituait pas une notification au sens de l'article 665 du code de procédure civile, et qu'il n'était pas établi que le jugement avait été notifié aux époux dans les deux ans de son prononcé.

Cette interprétation du texte est censurée par l'arrêt du 7 octobre 2011 : une lettre recommandée adressée par le greffe constitue la notification prévue par ce texte, peu important que celle-ci soit entachée d'une irrégularité. En abandonnant à cette occasion l'expression « susceptible d'en affecter l'efficacité » figurant dans les précédents arrêts, la Cour de cassation entend donner une portée générale à sa décision, et rappeler aux juges du fond qu'ils ne doivent s'attacher qu'à l'acte de notification, et non aux modalités de sa remise.

Par le présent arrêt, l'assemblée plénière conforte la position prise par d'autres chambres de la Cour de cassation, sans distinction entre procédure avec représentation ou sans représentation (notamment, Soc., 10 novembre 1998, pourvoi n° 96-42.749, *Bull.* 1998, V, n° 487 ; 2^e Civ., 2 mars 2000, pourvoi n° 98-13.648, *Bull.* 2000, II, n° 38, *Rapport* 2000, p. 424 ; 2^e Civ., 9 novembre 2000, pourvoi n° 99-11.137 ; 2^e Civ., 7 juillet 2005, pourvoi n° 03-13.943, *Bull.* 2005, II, n° 184).

Travail réglementation, durée du travail – Travail effectif – Temps assimilé à du travail effectif – Exclusion – Temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage – Contreparties – Bénéfice – Conditions – Détermination
Ass. plén., 18 novembre 2011, pourvoi n° 10-16.491, Bull. 2011, Ass. plén., n° 8, rapport de M. Buisson et avis de M. Legoux

Selon l'article L. 3121-3 du code du travail, le bénéfice des contreparties au temps d'habillage et de déshabillage impliqué par l'obligation de port d'une tenue de travail est subordonné à la réalisation cumulative des deux conditions qu'il édicte.

Doit donc être approuvé l'arrêt qui, pour débouter les salariés demandant de telles contreparties, relève qu'ils n'avaient pas l'obligation de revêtir et d'enlever sur leur lieu de travail l'uniforme au port duquel ils étaient astreints par le contrat de travail.

Embauchés en qualité d'employés de bord par la Compagnie internationale des wagons-lits et du tourisme, des salariés avaient saisi la juridiction prud'homale pour demander notamment, en application de la convention collective pour le personnel d'exploitation et les employés en France du 4 août 1938, le paiement du temps de travail non pris en compte pour l'habillage et le déshabillage liés au port de la tenue de service auquel ils étaient obligés à leur arrivée sur le lieu de travail.

Par jugement prononcé le 15 septembre 2004, cette juridiction a déclaré applicable ladite convention et, avant dire droit, ordonné une expertise pour déterminer le montant des primes dues à chaque salarié.

La cour d'appel de Paris a, par arrêt en date du 28 avril 2006, réformé ce jugement et rejeté la demande en relevant que l'article L. 212-4 du code du travail alors applicable impose que l'habillage et le déshabillage aient lieu dans l'entreprise ou sur le lieu de travail pour faire l'objet de contreparties et que la note de service du 5 juillet 2000, selon laquelle l'employé de bord devait se présenter en tenue à sa prise de service, ne permettait pas d'affirmer que les employés en cause remplissaient les conditions prévues par cet article pour prétendre à une prime en contrepartie du temps d'habillage et de déshabillage.

Par arrêt rendu le 5 décembre 2007 (pourvoi n° 06-43.888), la chambre sociale a cassé cette décision au motif qu'elle était fondée sur le constat « qu'une note de service [...] prescrit à l'employé de bord de se présenter en tenue à sa prise de service », « alors que lorsque le port d'une tenue de travail est obligatoire, l'habillage et le déshabillage doivent se réaliser dans l'entreprise ou sur le lieu du travail ».

Statuant sur renvoi, la cour d'appel de Paris a, par arrêt du 23 février 2010, infirmé le jugement déferé et débouté les salariés, au motif que « le bénéficiaire [des] [...] contreparties [prévues par l'article L. 212-4, alinéa 3, devenu article L. 3121-3 du code du travail] est subordonné à la réalisation des deux conditions cumulatives prévues par ce texte et qu'à défaut, sous réserve de dispositions plus favorables, le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage ne peut être pris en compte dans la durée du travail », alors qu'« en l'espèce, il n'est pas invoqué de dispositions contractuelles, conventionnelles ou autres assimilant le temps d'habillage ou de déshabillage à du temps de travail effectif et il n'est pas démontré que les salariés avaient l'obligation de se changer dans l'entreprise ou sur le lieu de travail, ce qui ne résulte ni des contrats de travail, ni des dispositions conventionnelles applicables ».

Ainsi, saisie en application d'une jurisprudence antérieure, la cour d'appel a jugé conformément à celle qui est issue du revirement intervenu depuis le pourvoi.

En effet, après avoir considéré en 2005 que « lorsque le port d'une tenue de travail est obligatoire, l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail, de sorte que les dispositions de l'article L. 212-4, alinéa 3, du code du travail sont applicables » (Soc., 26 janvier 2005, pourvoi n° 03-15.033, *Bull.* 2005, V, n° 34), position reprise dans la décision du 4 décembre 2007 précitée, la chambre sociale a censuré une cour d'appel pour avoir accueilli une demande de compensation des temps d'habillage et de déshabillage « alors qu'elle avait constaté que les salariés, astreints en vertu du règlement intérieur au port d'une tenue de travail, n'avaient pas l'obligation de la revêtir et l'enlever sur leur lieu de travail » (Soc., 26 mars 2008, pourvoi n° 05-41.476, *Bull.* 2008, V, n° 73 ; *BICC* n° 685 du 1^{er} juillet 2008, titres et sommaires d'arrêts, n° 1198).

À raison de la volonté législative qui, clairement exprimée dans les travaux préparatoires, expliquait sans ambiguïté la lettre du texte applicable, l'assemblée plénière énonce dans le présent arrêt que « selon l'article L. 3121-3 du code du travail, les contreparties au temps d'habillage et de déshabillage sont subordonnées à la réalisation cumulative des deux conditions qu'il édicte ».

C'est dire que les employés ne peuvent obtenir le bénéfice de ces contreparties que s'ils sont soumis à la double obligation suivante :

- un port exigé par des dispositions légales, réglementaires, conventionnelles ou contractuelles ;
- un habillage et un déshabillage imposés dans l'entreprise ou sur le lieu du travail.

Consécutivement, l'assemblée plénière relève :

- d'une part, qu'en l'espèce, seule était remplie la première de ces deux conditions, le port d'un uniforme imposé par une clause de leur contrat de travail, puisque les demandeurs devaient en être revêtus dès leur arrivée sur le lieu de travail en application d'une note de service exigeant corrélativement un habillage et déshabillage à domicile ;
- d'autre part, que l'appréciation de cette note au regard des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail ne leur ayant pas été demandée, les juges du fond n'avaient pas à statuer sur ce point.

Elle consacre ainsi le revirement de jurisprudence.

Arrêts rendus en matière pénale

Garde à vue – Droits de la personne gardée à vue – Assistance de l'avocat – Exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme – Détermination – Portée

Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-17.049, Bull. crim. 2011, Ass. plén., n° 1, Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-30.242, Bull. crim. 2011, Ass. plén., n° 2, Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-30.313, Bull. crim. 2011, Ass. plén., n° 3, Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-30.316, Bull. crim. 2011, Ass. plén., n° 4, rapports de Mme Bardy et avis de Mme Petit

Pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales soit effectif et concret, il faut, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires.

Convention européenne des droits de l'homme – Cour européenne des droits de l'homme – Arrêts – États adhérents à la Convention – Autorité – Détermination

Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-17.049, Bull. crim. 2011, Ass. plén., n° 1, Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-30.313, Bull. crim. 2011, Ass. plén., n° 3, Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-30.316, Bull. crim. 2011, Ass. plén., n° 4, rapports de Mme Bardy et avis de Mme Petit

Les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation.

Par quatre arrêts du 15 avril 2011, l'assemblée plénière a été appelée à statuer, d'une part, sur la compatibilité des dispositions du code de procédure pénale relatives à la garde à vue (dispositions antérieures à celles issues de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 portant réforme de la garde à vue) avec les exigences du procès équitable et, plus particulièrement, sur l'assistance effective d'un avocat, et, d'autre part, sur l'effet immédiat ou différé de ses décisions en cas de non-conformité.

L'assemblée plénière était saisie de trois pourvois formés par le procureur général près la cour d'appel de Rennes contre trois ordonnances rendues par le premier président de cette cour d'appel, statuant sur recours formés contre des décisions d'un juge des libertés et de la détention rendues en application de l'article L. 552-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, et du pourvoi formé par Mme X... à l'encontre de l'ordonnance rendue par le premier président de la cour d'appel de Lyon sur le recours formé contre l'ordonnance d'un juge des libertés et de la détention en pareille matière.

En l'espèce, ces quatre personnes, toutes en situation irrégulière en France, avaient été interpellées puis placées en garde à vue, à l'issue de laquelle elles étaient placées en rétention administrative après notification de l'arrêté de reconduite à la frontière et de placement en rétention pris par le préfet du département à l'encontre de chacune d'elles.

Le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rennes, saisi par le préfet, avait dit la procédure irrégulière et n'y avoir lieu à rétention des trois personnes interpellées. Sur recours du procureur général près la cour d'appel de Rennes, le premier président avait confirmé les décisions du juge des libertés et de la détention.

Le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lyon, jugeant la procédure régulière, avait ordonné la prolongation de la rétention de Mme X... pour une durée de quinze jours, sa décision étant confirmée par ordonnance du premier président de la cour d'appel de Lyon.

Pour faire échec à la prolongation de la rétention administrative, ces quatre personnes avaient soutenu, pour certaines avec succès, qu'elles n'avaient pas, durant la garde à vue précédant immédiatement leur placement en rétention, bénéficié des garanties prévues à l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, notamment, de l'assistance d'un avocat durant leur interrogatoire.

À l'appui de ses pourvois, le procureur général de Rennes soutenait que les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ne s'appliquaient pas directement en droit interne des pays tiers au litige et que, par application de l'article 46 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, un État est tenu uniquement de se conformer aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme rendues dans les litiges auxquels il est partie, que les dispositions des articles 64 et 63-4 du code de procédure pénale sont d'interprétation stricte, que, même à admettre que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme soit revêtue d'une autorité de chose interprétée et trouverait, immédiatement, application en droit interne, aux cas d'espèce, les intéressés avaient tous bénéficié d'un entretien avec un avocat qui n'avait déposé aucune observation, de sorte qu'il n'en résultait aucun grief.

Au soutien de son pourvoi, Mme X... développait une thèse inverse en se prévalant des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme dépassant la simple autorité *inter partes*, de ce que les États qui conservent dans leur ordre juridique respectif des dispositions contraires à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter cette jurisprudence sans attendre d'être attaqués, de ce que le dispositif législatif interne ne répondait pas aux exigences fixées par la Cour européenne des droits de l'homme pour garantir aux justiciables l'effectivité du droit à un procès

équitable, consacré par l'article 6 § 1 qui impose le bénéfice de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de l'interrogatoire et le bénéfice d'une vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil.

L'assemblée plénière a rejeté les pourvois du procureur général près la cour d'appel de Rennes et, accueillant le pourvoi de Mme X..., a cassé, sans renvoi, l'ordonnance du premier président de la cour d'appel de Lyon.

Tenant compte de ce que le juge judiciaire tire de l'article 55 de la Constitution l'obligation et le devoir de contrôler la conformité d'une loi aux engagements internationaux de la France, de ce que la France avait ratifié la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dont les dispositions s'imposent au juge français, de ce que la conformité de la loi française aux dispositions conventionnelles s'apprécie à la lumière des arrêts de la Cour européenne qui juge que les États qui conservent dans leur ordre juridique respectif une ou des normes nationales similaires à celles qui ont été déclarées contraires à la Convention de sauvegarde sont tenus de respecter cette jurisprudence sans attendre d'être attaqués devant la Cour européenne (CEDH, 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, requête n° 15070/89), l'assemblée plénière a rappelé, d'abord, que « les États adhérents à [la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ».

S'appuyant sur les arrêts rendus par la Cour européenne qui ont, au fil du temps, instauré une véritable charte des droits de la personne gardée à vue (CEDH, 8 février 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, requête n° 18731/92; CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, requête n° 36391/01; CEDH, 13 octobre 2009, *Dayanan c. Turquie*, requête n° 7377/03; CEDH, 14 octobre 2010, *Brusco c. France*, requête n° 1466/07), elle a, ensuite, énoncé que, « pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales soit effectif et concret, il faut, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires ».

Se prononçant enfin sur la question de l'effet dans le temps des décisions statuant sur la non-conformité de dispositions législatives à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'assemblée plénière a jugé, contrairement à la chambre criminelle dans ses arrêts du 19 octobre 2010 (Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n° 10-82.902, *Bull. crim.* 2010, n° 164; pourvoi n° 10-85.582, *Bull. crim.* 2010, n° 166; pourvoi n° 10-82.306, *Bull. crim.* 2010, n° 163), n'y avoir lieu à différer dans le temps les effets de ses décisions, sauf à priver les intéressés du bénéfice des droits fondamentaux dont ils sont reconnus, dans le même temps, créanciers.

Question prioritaire de constitutionnalité – Code de procédure pénale – Articles 7, 8, 9 et 203 – Infractions connexes – Prévisibilité de la loi pénale – Légalité de la procédure pénale – Égalité devant la loi pénale – Présomption d’innocence – Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel – Caractère sérieux – Défaut

Ass. plén., 20 mai 2011, pourvoi n° 11-90.042, Bull. crim. 2011, Ass. plén., n° 5, Ass. plén., 20 mai 2011, pourvoi n° 11-90.033, Bull. crim. 2011, Ass. plén., n° 6, Ass. plén., 20 mai 2011, pourvoi n° 11-90.025, Bull. crim. 2011, Ass. plén., n° 7, Ass. plén., 20 mai 2011, pourvoi n° 11-90.032, Bull. crim. 2011, Ass. plén., n° 8, rapports de M. Prétot et avis de M. Cordier

La Cour de cassation a été saisie, au cours des premiers mois de l’année, de quatre questions prioritaires de constitutionnalité relatives à la prescription de l’action publique en matière délictuelle et criminelle : trois de ces questions ont été soulevées, respectivement, devant les tribunaux correctionnels de Paris (pourvoi n° 11-90.025) et de Nanterre (pourvois n° 11-90.032 et n° 11-90.033), dans des affaires de complicité d’abus de confiance et de complicité de détournement de fonds publics (TGI Paris) et d’abus de confiance et d’abus de bien social (TGI Nanterre); la quatrième question a été soulevée devant la chambre de l’instruction de la cour d’appel de Versailles dans une affaire d’assassinat, recel de vol avec arme et complicité des mêmes infractions (pourvoi n° 11-90.042). Se rapportant également à la conformité à la Constitution des dispositions des articles 7 et 8 du code de procédure pénale, telles qu’interprétées par référence aux dispositions de l’article 203 du même code, les quatre questions ont été renvoyées à l’assemblée plénière.

I. – S’agissant des trois questions prioritaires de constitutionnalité renvoyées, respectivement, par les tribunaux de grande instance de Paris et de Nanterre, la Cour de cassation a été saisie d’une requête tendant au renvoi sans examen au Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité « aux motifs que lorsqu’elle examine une question prioritaire de constitutionnalité qui intervient dans le cadre d’une procédure portant sur une accusation en matière pénale, il existe un risque que la Cour de cassation ne soit pas considérée comme un organe satisfaisant pleinement l’exigence d’impartialité objective au sens de l’article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, dès lors que la question prioritaire de constitutionnalité porte sur une interprétation jurisprudentielle dont la Cour de cassation est l’auteur et qu’elle a appliquée constamment et à de très nombreuses reprises ».

La Cour de cassation a jugé qu’une telle requête ne pouvait être accueillie. Suivant les dispositions de l’article L. 411-1 du code de l’organisation judiciaire, lesquelles reprennent d’ailleurs une règle constante de l’organisation des juridictions en France depuis l’institution du Tribunal de cassation en 1790, « il y a, pour toute la République, une Cour de cassation ». Il en résulte que la Cour de cassation ne saurait faire l’objet d’une telle demande.

Le Conseil d’État a d’ailleurs adopté, quelques mois plus tard, une position de même facture, la circonstance qu’il ait antérieurement fixé sur certains points, dans ses formations contentieuses, l’interprétation à donner de dispositions législatives qui font l’objet d’une question prioritaire de constitutionnalité, ne faisant pas obstacle à ce qu’il statue, conformément

à ce que lui prescrit l'article 61-1 de la Constitution, sur le bien-fondé du renvoi de la question au Conseil constitutionnel (CE, 12 septembre 2011, n° 347444).

2. – Les questions prioritaires de constitutionnalité soumises à l'assemblée plénière se rapportaient à la conformité à la Constitution des dispositions des articles 7 et 8 du code de procédure pénale relatives à la prescription de l'action publique en matière criminelle et délictuelle. Il était soutenu que ces dispositions, notamment dans l'interprétation qu'en retient la jurisprudence dans leurs rapports avec les dispositions de l'article 203 du même code relatives à la connexité, méconnaissaient plusieurs dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle. Était en cause, en définitive, l'interprétation retenue, de longue date, de ces dispositions, qui conduit à reporter, lorsque l'infraction est dissimulée, le point de départ de la prescription de l'action publique à la date à laquelle, l'infraction étant connue, elle peut être constatée et l'action publique dûment engagée.

Si l'assemblée plénière a relevé que les dispositions critiquées étaient applicables aux litiges portés devant les juridictions du fond et qu'elles n'avaient pas été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans le dispositif ou les motifs de l'une de ses décisions, elle a retenu toutefois que les questions n'étaient pas nouvelles, ni sérieuses et n'avaient, dès lors, pas à être renvoyées devant le Conseil constitutionnel.

2.1. – Il était en effet soutenu, en premier lieu, que les questions revêtaient le caractère d'une question nouvelle, dès lors qu'était invoquée la méconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République touchant la prescription de l'action publique.

Selon le Conseil constitutionnel, une question est nouvelle et doit, dès lors, lui être renvoyée par la Cour de cassation ou par le Conseil d'État, lorsqu'elle tend à « l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas eu encore l'occasion de faire application » (Cons. const., 3 décembre 2009, décision n° 2009-595 DC, considérant n° 21, Rec. CC, p. 206). Tendait non à l'interprétation d'une *disposition* constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas eu encore à connaître, mais à la consécration d'un *principe fondamental reconnu par les lois de la République*, les questions ne revêtaient pas le caractère de questions nouvelles, de sorte que la Cour de cassation devait s'assurer de leur sérieux avant de les renvoyer, le cas échéant, au Conseil constitutionnel.

2.2. – À l'appui des trois questions transmises par les tribunaux de grande instance de Paris et de Nanterre, il était soutenu que les dispositions des articles 7 et 8 du code de procédure pénale, telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour de cassation, portaient atteinte à un principe fondamental reconnu par les lois de la République de prescription de l'action publique.

La théorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République trouve son siège dans les dispositions du premier alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Elle conduit à reconnaître le caractère de principes de valeur constitutionnelle à des principes qui, consacrés par des lois adoptées sous des Républiques antérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution du 27 octobre 1946, ont reçu ensuite une application continue. Procédant en définitive d'une démarche éminemment subjective, la qualification s'applique ainsi, selon le Conseil constitutionnel, à des principes tels que la liberté d'association,

la continuité du service public, la compétence des juridictions de l'ordre administratif ou encore les principes propres au droit pénal des mineurs.

La prescription de l'action publique en matière pénale procède-t-elle d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République ? C'est par la négative que l'assemblée plénière a répondu à la question. Il s'avère en effet, en premier lieu, que les dispositions relatives à la prescription de l'action publique sont issues du code d'instruction criminelle de 1811, dont l'adoption est intervenue sous le Premier Empire, avant d'être reprises par les dispositions de l'actuel code de procédure pénale, lui-même issu de la loi n° 57-1426 du 31 décembre 1957. Au demeurant, la prescription de l'action publique a été assortie, à l'occasion, d'exceptions, notamment pour certains crimes et délits commis en temps de guerre (par exemple, désertion). En second lieu, le Conseil constitutionnel a reconnu, lors de l'examen du traité portant statut de la Cour pénale internationale, la conformité à la Constitution de stipulations rendant imprescriptibles les crimes susceptibles de faire l'objet de la saisine de la Cour pénale internationale (Cons. const., 22 janvier 1999, décision n° 98-408 DC, considérants 19 et 20, Rec. CC, p. 29). En affirmant sobrement « qu'aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'interdit l'imprescriptibilité des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale », le Conseil constitutionnel a pris une position qui mérite d'autant plus l'attention que, saisi trois ans plus tôt du même texte, le Conseil d'État avait retenu, dans son avis, l'existence en la matière d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République de prescription « des crimes dont la nature n'est pas d'être imprescriptibles » (CE, Section de l'intérieur, 29 février 1996, n° 358.597, Avis « Cour pénale internationale », 5°). On ne saurait soutenir utilement, dans ces conditions, que la prescription de l'action publique découle, dans son principe, *a fortiori*, dans son aménagement, d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. On ajoutera que, saisi postérieurement aux arrêts rendus par l'assemblée plénière d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la prescription de l'action disciplinaire devant les juridictions ordinaires, le Conseil constitutionnel a écarté le grief tiré de ce que les dispositions contestées méconnaîtraient un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de prescription des poursuites disciplinaires, dès lors qu'aucune loi de la République antérieure à la Constitution de 1946 n'a fixé le principe selon lequel de telles poursuites sont nécessairement soumises à une règle de prescription (Cons. const., 25 novembre 2011, décision n° 2011-199 QPC, considérant n° 5, JO du 26 novembre 2011, p. 20016).

L'assemblée plénière a précisé, par ailleurs, que la prescription ne procède pas davantage des dispositions des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ni d'aucune autre disposition, règle ou principe de valeur constitutionnelle.

2.3. – À l'appui des trois mêmes questions, il était également soutenu que les dispositions légales critiquées, telles qu'interprétées par la jurisprudence, méconnaissaient le principe selon lequel la loi pénale doit être « légalement appliquée », principe qui découle des dispositions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

L'assemblée plénière a jugé le grief dépourvu de caractère sérieux : si les dispositions de l'article 8 de la Déclaration de 1789 ont pour objet de garantir toute personne poursuivie contre une application arbitraire de la loi répressive (« nul ne peut être puni qu'en vertu

d'une loi [...] légalement appliquée »), cette exigence est satisfaite par le droit à un recours effectif devant une juridiction qui découle de l'article 16 de la même Déclaration.

2.4. – À l'appui des quatre questions, il était également soutenu que les dispositions légales critiquées méconnaissent le principe de prévisibilité de la loi en matière de procédure pénale.

S'il est exact que le Conseil constitutionnel consacre, principalement sur le fondement de l'article 34 de la Constitution, les principes et objectifs de valeur constitutionnelle de clarté, d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, le principe de prévisibilité de la loi ne paraît pas compter au nombre des principes dont le respect s'impose au législateur.

Sans entrer dans le débat, l'assemblée plénière a jugé le grief dépourvu de caractère sérieux dès lors que « les règles relatives au point de départ de la prescription de l'action publique et à l'incidence que la connexité des infractions peut exercer sur elle, sont anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs ».

2.5. – À l'appui de la question transmise par la cour d'appel de Versailles, il était soutenu enfin que les dispositions légales critiquées méconnaissent les principes de la légalité des délits et des peines et de la présomption d'innocence tels qu'ils résultent des dispositions des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ainsi que le principe d'égalité. Aucun de ces griefs n'a été jugé revêtir un caractère suffisamment sérieux pour justifier le renvoi de la question au Conseil constitutionnel.

Si le principe de la légalité des délits et des peines implique du législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les règles concernant la procédure pénale, qu'il fixe lui-même le champ d'application de la loi pénale, les dispositions critiquées répondent à cette exigence, dès lors que les règles de prescription de l'action publique et de la connexité découlent de dispositions dûment édictées par la loi. Ces dispositions ne méconnaissent pas, au demeurant, les exigences du principe d'égalité devant la loi, lequel ne fait pas obstacle à l'application de règles distinctes à des situations distinctes au regard de l'objectif poursuivi par la loi.

Enfin, s'il est exact que, selon l'article 9 de la Déclaration de 1789, tout homme est présumé innocent tant qu'il n'a pas été déclaré coupable, l'application des règles de la prescription de l'action publique et de la connexité est sans incidence sur la présomption d'innocence.

On précisera que ces arrêts, publiés au BICC (BICC n° 745 du 1^{er} juillet 2011, p. 5, rapp. X. Prétot et avis F. Cordier) ont donné lieu à de nombreux commentaires doctrinaux : *D.* 2011, p. 1346, note A. Lienhard, et 1426, note D. Chagnollaude ; *Dr. pén.* 2011, comm. n° 95, note J.-H. Robert ; *Gaz. Pal.*, 31 mai 2011, n° 151, p. 7, note D. Rousseau ; *JCP* 2011, éd. G, n° 24, 13 juin 2011, 670, note B. Mathieu ; *Petites affiches*, n° 135, 8 juillet 2011, p. 8, note J. Roux ; *Procédures* n° 7, juillet 2011, comm. 242, note A.-S. Chavent-Leclère ; *RD publ.* 2011, p. 1380, rapp. X. Prétot ; p. 1438, note G. Drago ; p. 1446, note Y. Mayaud, et p. 1464, note D. Rousseau.

B – Chambre mixte

...

I – DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE

A – Chose jugée

Chose jugée – Décision dont l'autorité est invoquée – Décision du Conseil constitutionnel – Motifs – Condition

1^{re} Civ., 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-27.473, en cours de publication

Un enfant, né en 1988 atteint d'une anophtalmie bilatérale avait, ainsi que ses parents et ses frères et sœurs, recherché la responsabilité de deux médecins qui avaient suivi la grossesse et de la clinique où l'accouchement s'était déroulé. L'arrêt attaqué était un arrêt avant dire droit, ordonnant une expertise sur la responsabilité et emportant sursis à statuer. Il était frappé de pourvoi par l'un des médecins concernés, en ce qu'il avait estimé que l'article 1^{er} de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 dite « loi anti-Perruche », devenu l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, n'était pas applicable à l'espèce, puisque la naissance avait eu lieu avant son entrée en vigueur, fixée au 7 mars 2002.

La question de l'application dans le temps de ces dispositions a donné lieu à un contentieux interne et européen. En effet, le législateur avait décidé, dans des dispositions reprises au 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, non codifié, que la nouvelle loi s'appliquait immédiatement, y compris « aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 précitée, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation ».

La Cour européenne des droits de l'homme, saisie par des familles, avait cependant jugé, dans ses arrêts du 6 octobre 2005 (Draon et Maurice c. France, requêtes n° 1513/03 et n° 11810/03) que l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002, en ce qu'il avait été déclaré applicable aux instances en cours, était contraire à l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme (protection des biens), car il privait les parents d'enfants handicapés d'une créance d'indemnisation qu'ils pouvaient légitimement attendre.

Comme l'indique le *Rapport annuel* de la Cour de cassation pour 2008 (rubrique jurisprudence de la Cour, responsabilité contractuelle), la Cour de Strasbourg n'avait toutefois pas indiqué s'il s'agissait d'écarter l'application de l'article 1^{er} aux seules instances en cours ou, plus largement, aux situations en cours. La première chambre civile avait opté pour l'interprétation large dans un arrêt du 8 juillet 2008 (pourvoi n° 07-12.159, *Bull.* 2008, I, n° 190), estimant que la loi nouvelle n'était pas applicable dans le cas « d'un dommage survenu antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi susvisée, indépendamment de la date de l'introduction de la demande en justice ». C'est cette jurisprudence qu'avait suivie la cour d'appel dans l'arrêt attaqué (CA Amiens, 5 octobre 2010), les parents n'ayant intenté leur action qu'en 2006.

La critique formulée par la première branche du moyen unique tendait à faire revenir la Cour de cassation sur la solution, laquelle serait désormais incompatible avec la décision 2010-2 QPC du Conseil constitutionnel, du 11 juin 2010, dont l'autorité est absolue en

vertu du dernier alinéa de l'article 62 de la Constitution. Rendue peu de temps avant l'arrêt de la cour d'appel, cette décision avait abrogé les dispositions transitoires précitées, jugées contraires au principe constitutionnel de sécurité juridique, mais son considérant n° 23 comportait les motifs suivants :

« si les motifs d'intérêt général précités pouvaient justifier que les nouvelles règles fussent rendues applicables aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement, ils ne pouvaient justifier des modifications aussi importantes aux droits des personnes qui avaient, antérieurement à cette date, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice ».

S'il avait été possible de déduire de l'arrêt du Conseil constitutionnel, comme le soutenait le pourvoi, que l'abrogation avait laissé subsister le principe de l'application immédiate de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles sauf pour les instances introduites lors de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, alors le pourvoi aurait mis en jeu des questions délicates relatives à l'articulation entre le contrôle de la constitutionnalité, confié au seul Conseil constitutionnel et le contrôle de la conventionnalité, traditionnellement réservé au juge judiciaire. Si l'application immédiate de la loi, sauf aux instances déjà engagées lors de son entrée en vigueur, avait été validée *erga omnes* au regard du principe de sécurité juridique par le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation conservait-elle le pouvoir de l'écartier dans le litige qui lui était soumis, comme contraire au respect des biens ?

L'arrêt du 15 décembre 2011 n'emprunte pas cette voie. En effet, le dispositif de la décision du 11 juin 2010 abroge purement et simplement les dispositions transitoires précitées. Quant aux motifs, ils ne sauraient être revêtus de l'autorité absolue que comporte le dispositif que s'ils en sont le support nécessaire. Or la lecture de ces motifs révèle que leur portée demeure ambiguë, en ce qu'ils peuvent s'adresser seulement au législateur, lui indiquant qu'il aurait pu, sans encourir la censure, prévoir expressément que la loi était applicable immédiatement, pourvu que ce ne soit pas aux instances en cours. Et comme l'a relevé l'avocat général Pierre Chevalier dans ses observations, le Conseil constitutionnel aurait pu prévoir de retarder l'abrogation, pour permettre au Parlement de légiférer à nouveau selon ses préconisations, ce qu'il n'a pas fait.

L'ensemble des dispositions transitoires mises en place par les lois du 4 mars 2002 et du 11 février 2005 étant abrogé sans limitation dans le dispositif, il n'était donc pas possible de soutenir, au regard de motifs qui n'indiquaient pas clairement la volonté du Conseil constitutionnel de limiter cette abrogation, une quelconque incompatibilité entre la décision et l'arrêt de la cour d'appel d'Amiens. Dès lors, la solution de l'arrêt se trouvait justifiée, abstraction faite de la référence à l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 de la CEDH, laquelle était devenu inutile, puisque les dispositions transitoires jugées contraires à ce texte avaient disparu. C'est pour cette raison que les deux autres branches du pourvoi devaient être également rejetées.

L'interprétation faite par la Cour de cassation de la décision du Conseil constitutionnel se démarque de celle qui en a été faite par le Conseil d'État. En effet, dans un arrêt du 13 mai 2011 (CE, 13 mai 2011, n° 317808, publié au *Recueil Lebon*) rendu le même jour que la décision n° 329290 (ce dernier dossier ayant donné lieu, selon décision du Conseil d'État

n° 329290 du 14 avril 2010, à la saisine du Conseil constitutionnel ayant abouti à la décision 2010-2 QPC précitée), le Conseil d'État a estimé « qu'il résulte de la décision du Conseil constitutionnel [2010-2 QPC du 11 juin 2010] et des motifs qui en sont le support nécessaire qu'elle n'emporte abrogation, conformément au deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution, du 2 du II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 que dans la mesure où cette disposition rend les règles nouvelles applicables aux instances en cours au 7 mars 2002 ».

B – État civil

État civil – Acte de l'état civil – Acte dressé à l'étranger – Transcription – Refus – Cas – Contrariété à l'ordre public international français – Applications diverses – Procréation ou gestation pour le compte d'autrui

1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-66.486, Bull. 2011, I, n° 71,

1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053, Bull. 2011, I, n° 72

Contrats et obligations conventionnelles – Nullité – Atteinte à l'ordre public – Procréation ou gestation pour le compte d'autrui

1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, Bull. 2011, I, n° 70

Par trois arrêts rendus le 6 avril 2011, la première chambre civile de la Cour de cassation a statué sur la question des effets pouvant être reconnus en France, au regard du droit de la filiation, de conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui, interdites en France mais licites dans le pays où elles sont intervenues.

Les trois cas soumis à la Cour de cassation présentent une situation de fait assez proche : des époux français ont conclu, conformément au droit étranger en cause (ici, celui de deux États des États-Unis), une convention de gestation pour autrui, homologuée par le juge étranger, prévoyant qu'après la naissance de l'enfant, ils seraient déclarés, dans les actes d'état civil étrangers, être les parents de cet enfant. Les actes de naissance étrangers ayant été transcrits sur les registres d'état civil français, le ministère public a demandé l'annulation de cette transcription pour contrariété à l'ordre public international français.

Dans le premier dossier (pourvoi n° 09-66.486), concernant un enfant né de l'embryon issu des gamètes des deux époux, le parquet a limité, dès l'origine, sa demande d'annulation, à la seule mention relative à la filiation maternelle de l'enfant ; en revanche, dans le deuxième dossier (pourvoi n° 10-19.053), dans lequel le mari a été déclaré « père génétique » de l'enfant et l'épouse « mère légale », le ministère public a demandé l'annulation de la transcription de l'acte d'état civil français en son entier ; enfin, le troisième dossier (pourvoi n° 09-17.130) est un peu différent : la transcription de l'acte d'état civil américain de l'enfant sur les registres français ayant été refusée par le consulat, à leur retour en France, les époux ont obtenu du juge des tutelles un acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant légitime de l'enfant à leur égard, dont ils ont ensuite demandé en justice la transcription sur les registres des actes d'état civil.

Dans ces trois cas, les cours d'appel ont annulé ces transcriptions ou en ont refusé la transcription en France, en considérant que l'ordre public français s'y opposait.

Les pourvois posaient deux questions essentielles :

- la conception française de l'ordre public international s'oppose-t-elle à la reconnaissance, en France, d'actes d'état civil d'enfants issus d'une gestation pour autrui régulièrement mise en œuvre à l'étranger ?
- dans l'affirmative, les impératifs des conventions internationales sur l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3 § 1 de la Convention de New York) ou sur le droit à une vie de famille (article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme) permettent-ils ou non d'écarter les effets de cette contrariété à l'ordre public ?

Sur l'ordre public international français, la Cour de cassation a repris la définition consacrée par son arrêt du 8 juillet 2010 (1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-21.740, *Bull.* 2010, I, n° 162) : est contraire à l'ordre public international français la décision étrangère qui comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français. Alors que, dans cet arrêt, il avait été jugé qu'il n'en était pas ainsi d'une décision étrangère qui partageait l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante de l'enfant, dans les trois arrêts de ce jour, la première chambre civile décide « qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public ».

La Cour de cassation juge, en outre, que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes fait aussi obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation, dès lors qu'elle est la conséquence d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, même si celle-ci était licite et reconnue dans le pays étranger. En effet, il est de principe, en droit français, que la mère de l'enfant est celle qui accouche.

Faisant ensuite une application concrète des conventions internationales invoquées, les décisions relèvent que les enfants ne sont pas privés d'une filiation maternelle et paternelle que le droit étranger leur reconnaît, ni empêchés de vivre avec les requérants, de sorte que les impératifs du respect de la vie privée et familiale prévus à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ou la prise en compte primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par la Convention de New York ne commandent pas, en l'espèce, que la contrariété à l'ordre public international français de ces jugements étrangers soit écartée.

Les affaires ont été prononcées sur avis conforme de l'avocat général pour deux d'entre elles (pourvois n° 09-66.486 et n° 09-17.130), et sur avis non conforme pour la troisième (pourvoi n° 10-19.053).

C – Filiation

Filiation – Dispositions générales – Modes d'établissement – Possession d'état – Constatation – Preuve – Exclusion – Cas – Expertise biologique
1^{re} Civ., 16 juin 2011, pourvoi n° 08-20.475, *Bull.* 2011, I, n° 116

Une enfant, née en 1972 sans filiation paternelle connue, a été légitimée plus de dix ans après sa naissance par le mariage de sa mère avec un homme lequel, par la suite, a fait

annuler sa reconnaissance. L'enfant a alors assigné en constatation de possession d'état son père biologique présumé. En première instance, elle a été déboutée de sa demande au motif qu'elle ne justifiait pas d'une possession d'état continue et dépourvue d'ambiguïté. Toutefois, la cour d'appel, avant dire droit, a ordonné un examen comparé des sangs.

La première chambre civile de la Cour, par son arrêt du 16 juin 2011, pris sur le fondement des articles 311-1, 311-12 et 334-8 du code civil dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, a jugé qu'en matière de constatation de possession d'état, il ne peut y avoir lieu à prescription d'une expertise biologique.

Cet arrêt vient préciser une précédente décision du 6 décembre 2005 (1^{re} Civ., 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-15.588, *Bull.* 2005, I, n° 476), en excluant, pour les actions en constatation de possession d'état, le recours à l'expertise biologique, la preuve de la réalité d'une filiation biologique n'ayant pas à intervenir dans une action visant à constater une possession d'état.

Cependant, la constatation d'une possession d'état ne saurait être invoquée à la suite d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui. Dans son arrêt du 6 avril 2011 (pourvoi n° 09-17.130, *Bull.* 2011, I, n° 70), la première chambre, après avoir relevé qu'il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, a décidé que ce principe fait obstacle aux effets, en France, d'une possession d'état venant au soutien de l'établissement d'une filiation (voir *infra*).

D – Presse

Presse – Abus de la liberté d'expression – Bonne foi – Éléments constitutifs – Appréciation – Sujet d'intérêt général – Portée

1^{re} Civ., 3 février 2011, pourvoi n° 09-10.301, *Bull.* 2011, I, n° 21

Les griefs invoqués par le pourvoi dirigé contre la décision attaquée reposaient sur l'idée que les limites habituelles de la bonne foi, s'agissant notamment de la prudence dans l'expression des propos, peuvent être repoussés lorsque est traité un sujet d'intérêt général. En refusant le bénéfice de la bonne foi à M. X..., alors que les ouvrages et le reportage incriminés, traitant de sujets d'intérêt général relatifs aux mécanismes dévoyés et incontrôlés de la finance internationale et à leur implication dans la circulation mondiale de l'argent sale, ne dépassaient pas les limites de la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'arrêt attaqué restait dans l'approche traditionnelle de la bonne foi, sans s'interroger sur le point de savoir si le caractère d'intérêt général du sujet traité justifiait, ou non, d'aller au-delà des limites habituelles de la liberté d'expression. Reste que le concept de sujet d'intérêt général est apparu récemment dans la jurisprudence tant européenne que française. Il était aussi délicat de l'ignorer que de faire reproche à la cour d'appel de n'en avoir pas tenu compte. En pareille hypothèse la CEDH admet que l'on soit quelque peu immodéré dans ses propos mais elle exige néanmoins qu'on ne dépasse pas certaines limites quant au respect de la réputation et des droits d'autrui. Le préjugé favorable qu'elle manifeste à l'égard de l'activité journalistique

commande de distinguer entre les affirmations factuelles, qui doivent être étayées sur des données objectives susceptibles d'être prouvées, et les jugements de valeur, qui doivent seulement se fonder sur une base factuelle suffisante pour constituer une assertion objective eu égard à l'article 10 de la convention précitée.

La Cour de cassation a estimé que la publication de renseignements et la formulation d'appréciations sur des procédés de blanchiment et de traitement occulte des transactions financières poursuivant des buts criminels ou frauduleux dont se rendrait coupable un établissement bancaire de renommée internationale se rapporte à une matière de nature à éveiller l'attention du public et à légitimer, comme l'a d'ailleurs reconnu la cour d'appel, la diffusion de telles informations. L'intérêt général qui s'attache aux sujets abordés imposait que soit reconnu un niveau élevé de protection au livre, et c'est ce niveau de protection élevé qui devait guider la cour d'appel dans son appréciation des critères de la bonne foi, en ce compris le récent critère de proportionnalité introduit par la Cour de cassation.

Cependant la seule circonstance que le reportage et les ouvrages incriminés portent sur un sujet d'intérêt général ne peut affranchir un journaliste du devoir de livrer des informations exactes et dignes de crédit et de respecter ses obligations déontologiques.

Mais le sérieux de l'enquête n'est pas subordonné à la vérité des faits et le bénéfice de la bonne foi ne saurait être refusé au prétexte qu'une telle vérité ne serait pas établie. C'est pour n'avoir pas tiré des éléments analysés les conséquences qui devaient lui permettre de considérer que l'enquête était suffisamment sérieuse pour admettre son auteur au bénéfice de la bonne foi que l'arrêt de la cour d'appel a été censuré. Même si la cour d'appel pouvait subordonner le fait justificatif de la bonne foi à la prudence dans l'expression de la pensée, elle devait autoriser une certaine dose de provocation voire d'immodération dans les propos.

E – Propriété littéraire et artistique

Propriété littéraire et artistique – Contrefaçon – Bénéfice de non-responsabilité – Cas – Communication au public en ligne – Prestataire technique – Définition

Propriété littéraire et artistique – Contrefaçon – Bénéfice de non-responsabilité – Cas – Communication au public en ligne – Prestataire technique – Conditions – Défaut de connaissance effective des faits litigieux
1^{re} Civ., 17 février 2011, pourvoi n° 09-67.896, Bull. 2011, I, n° 30

La Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, dite « directive sur le commerce électronique » ayant instauré un régime de responsabilité limitée au profit des intermédiaires techniques de l'internet et en particulier des fournisseurs d'hébergement, ce régime dérogatoire a été instauré en droit français par l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique dite LCEN, et prévoit que le fournisseur d'hébergement n'est responsable civilement que si, ayant effectivement connaissance du caractère illicite des activités ou des informations stockées par son service, ou de faits ou circonstances faisant apparaître ce caractère, il n'agissait pas promptement pour retirer les données en cause ou rendre leur accès impossible.

Après une première décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 21 octobre 2008 (pourvoi n° 07-14.979), est intervenu l'arrêt dit Tiscali le 14 janvier 2010 (1^{re} Civ., 14 janvier 2010, pourvoi n° 06-18.855, *Bull.* 2010, I, n° 8) qui déniait à la société éponyme, sur le fondement de la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant elle-même la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, la qualité d'hébergeur de pages personnelles de ses clients internautes.

Par trois arrêts du 20 mai 2008 (pourvoi n° 06-15.136, *Bull.* 2008, IV, n° 101 ; pourvoi n° 05-14.331 ; pourvoi n° 06-20.230), la chambre commerciale de la Cour de cassation a renvoyé à la Cour de justice un ensemble de questions préjudicielles portant essentiellement sur le droit des marques, mais aussi, fût-ce à titre subsidiaire, sur l'application à Google du statut d'hébergeur, notamment celle-ci : le prestataire de service de référencement payant peut-il être considéré comme fournissant un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, au sens de l'article 14 de la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, de sorte que sa responsabilité ne pourrait être recherchée avant qu'il ait été informé par le titulaire de marque de l'usage illicite du signe par l'annonceur ?

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, *Google France SARL et Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA e.a.*, 23 mars 2010, affaires jointes C-236/08 à C238/08) a jugé en réponse que la société exploitant le site Google et offrant un service de référencement payant (service Adwords permettant à tout opérateur économique, moyennant la réservation de mots clefs, de faire apparaître en cas de concordance entre ce ou ces mots et celui ou ceux contenus dans la requête adressée par un internaute au moteur de recherches un lien promotionnel vers son site, dans la rubrique « liens commerciaux ») peut se prévaloir du régime de responsabilité spécifique des hébergeurs à supposer que sa responsabilité soit recherchée du fait d'informations stockées à la demande de tiers et sans que la société Google en ait eu connaissance. Elle précise que « l'article 14 de la directive [...] doit être interprété en ce sens que la règle y énoncée s'applique au prestataire d'un service de référencement sur internet lorsque ce prestataire n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées » (§ 120) et que « la seule circonstance que le service de référencement soit payant, que Google fixe les modalités de rémunération, ou encore qu'elle donne des renseignements d'ordre général à ses clients, ne saurait avoir pour effet de priver Google des dérogations en matière de responsabilité prévues par la Directive 2000/31 (§ 116) ». Il s'ensuit que l'exploitation commerciale d'un site n'est pas nécessairement exclusive d'une activité d'hébergement. Dès le 13 juillet 2010 (pourvoi n° 06-20.230, *Bull.* 2010, IV, n° 124 ; pourvoi n° 05-14.331 ; pourvoi n° 06-15.136, *Bull.* 2010, IV, n° 123 ; pourvoi n° 08-13.944, *Bull.* 2010, IV, n° 122), la chambre commerciale a fait application de cette jurisprudence.

Le 6 mai 2009 la cour d'appel de Paris avait confirmé la décision des juges de première instance qui avaient, notamment, reconnu la qualité d'hébergeur à la société Dailymotion. Le 17 février 2011, dans deux espèces différentes, la Cour de cassation a statué en contemplantation de l'article 6 I 2 de la LCEN qui propose une définition de l'hébergement consistant dans « le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par les destinataires de ces services en vue de leur mise à disposition du public par

des services de communication au public en ligne ». Dans le présent arrêt rendu le 17 février 2011, elle approuve la cour d'appel au motif que les différentes opérations techniques réalisées par le site sur les contenus dont le stockage n'était pas discuté n'induisaient en rien une sélection de ces contenus et qu'elles ne commandaient pas un quelconque choix desdits contenus.

Par un arrêt du même jour (pourvoi n° 09-13.202, *Bull.* 2011, I, n° 31), elle a retenu la qualification d'hébergeur de l'exploitant du site qui proposait un référencement d'informations sous forme de titres et de liens hypertextes établis par les internautes en utilisant le critère de détermination et de vérification des contenus. En approuvant la cour d'appel d'avoir retenu que l'exploitation du site ou sa rémunération par la commercialisation d'espaces publicitaires n'induisait pas une capacité d'action du service sur les contenus mis en ligne, la Cour de cassation a ainsi validé les distinctions entre qualifications d'hébergeur et d'éditeur ou mieux, de créateur, en germe dans l'arrêt de la CJCE.

Il se déduit tant des travaux parlementaires que de la directive qu'il peut y avoir confusion de plusieurs activités de prestations dans une même personne juridique... l'édition du site ne se confondant pas avec le contrôle de son contenu.

En ce qui concerne le stockage, la LCEN propose une définition de l'hébergeur sensiblement différente de celle précédemment retenue puisque l'hébergement ne consiste plus en un « stockage direct et permanent » de contenus (article 43-8 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 créé par la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000, abrogé par la LCEN) mais en un « stockage » de contenus fournis par des destinataires du service (article 6 I 2 de la LCEN). En supprimant les termes « direct et permanent », la seconde définition ne s'attache plus autant au caractère technique de la prestation de l'hébergeur.

Quant à la gratuité, si l'arrêt Tiscali a refusé d'accorder le statut d'hébergeur au prestataire qui affichait des bandeaux publicitaires sur les pages personnelles qu'il stockait, l'article 43-8 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 tout comme l'article 6 I 2 de la LCEN visent toutes personnes « physiques ou morales » qui assurent leur prestation de stockage « à titre gratuit ou onéreux ». Il s'ensuit que le législateur n'avait pas entendu exclure de ce statut les sociétés commerciales qui doivent trouver moyen de percevoir une rémunération en contrepartie de la prestation offerte, que ce soit directement auprès des utilisateurs, ou par l'affichage d'une publicité. Ce financement du service par la vente d'espaces publicitaires satisfait l'exigence de neutralité dès lors qu'elle n'induit pas une capacité d'action sur les contenus mis en ligne par les internautes, aucune publicité ne figurant sur les espaces personnels des utilisateurs.

Enfin, s'agissant du rôle actif ou passif, il se déduit de la définition de l'éditeur et de celle de l'hébergeur telles que relevées ci-dessus que l'éditeur est actif puisqu'il réunit les contenus, sélectionne ceux qu'il publie, met en forme, etc. Il est le partenaire actif de la publication. L'hébergeur semble plus passif, il fournit aux tiers désireux de mettre des contenus en ligne un service essentiellement, mais pas exclusivement, technique. Cette distinction résulte de la LCEN puisque les termes « stockage » de contenus fournis par les destinataires du service suggèrent le rôle passif de l'hébergeur qui se contente de stocker à la demande de l'internaute. La preuve réside dans les alinéas 2 des articles 6 I 2 et 6 I 3 qui

précisent que l'hébergeur ne bénéficie plus de la limitation de responsabilité lorsque les destinataires du service agissent sous son autorité et sous son contrôle, ce dont il se déduit que, contrairement à l'éditeur, il ne commande pas les contenus devant être publiés, ni ne les sélectionne, ni ne les modifie, et n'entretient aucun lien de subordination avec le destinataire du service. Enfin ce critère a été adopté dans l'arrêt de la CJUE du 23 mars 2010 *Adwords* précité qui s'appuie sur le considérant 42 de la directive selon lequel « Les dérogations en matière de responsabilité prévues par la présente directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire [...] revêt un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire [...] n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées ». Dans le présent arrêt, la chambre civile approuve la cour d'appel qui a retenu que l'ensemble des moyens techniques (formatage et réencodage informatiques des fichiers mis en ligne), esthétiques (cadre de présentation, agencement) et pratiques (outils de tri, d'organisation et d'évaluation) proposés par Dailymotion ne faisait que rendre accessible le contenu mis en ligne dans de meilleures conditions pour l'utilisateur, sans lui commander un quelconque choix quant au contenu mis en ligne.

Un autre aspect du présent arrêt concerne l'obligation de suppression du contenu « manifestement illicite » incombant à l'hébergeur qui est liée, en vertu de l'article 6 I 2 de la LCEN, à la connaissance effective de l'illicéité du contenu. Il s'ensuit que la notification prévue par l'article 6 I 5 doit détailler les mentions que doit comporter la description des faits litigieux, leur localisation précise et les motifs de droit et de fait justifiant le caractère illicite du contenu, mais aussi que l'ensemble des mentions prévues est obligatoire, sauf à exclure la responsabilité de l'hébergeur qui est supposé n'avoir pas une connaissance effective du contenu litigieux.

Propriété littéraire et artistique – Droit d'auteur – Droits patrimoniaux – Monopole – Limitation – Inclusion fortuite d'une œuvre sur un autre support – Définition – Présentation de l'œuvre accessoire au sujet traité
1^{re} Civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 08-20.651, Bull. 2011, I, n° 87

Nouvel épisode du film *Être et avoir*, dont le propos était de présenter au public la vie quotidienne de la classe unique d'une petite école de moyenne montagne. Ce film documentaire, qui connut un vif succès et atteignit une notoriété inespérée, a donné lieu à une série de litiges, dont celui-ci est le dernier en date.

Les faits sont simples. Y..., illustrateur de la méthode de lecture « Gafi le fantôme », reprochait au réalisateur de ce film documentaire, ainsi qu'au producteur, d'avoir reproduit, sans autorisation, les planches d'illustrations de la méthode de lecture que l'instituteur avait accrochées aux murs de sa classe. Faisant application de la théorie de l'accessoire, la cour d'appel l'a débouté de ses prétentions formées au titre de la contrefaçon.

La Cour de cassation rejette le pourvoi.

Elle relève que l'arrêt attaqué avait constaté que les illustrations de l'artiste figurant dans le film documentaire et dans les bonus des DVD n'étaient que balayées par la caméra et vues de manière furtive, que plus fréquemment elles se trouvaient situées à l'arrière-plan, les personnages des élèves et du maître étant seuls mis en valeur, qu'à aucun moment elles

n'étaient présentées dans leur utilisation par le maître, qu'elles faisaient corps avec le décor dont elles constituaient un élément habituel, apparaissant par brèves séquences mais n'étant jamais représentées pour elles-mêmes, et approuve la cour d'appel d'en avoir déduit qu'une telle présentation de l'œuvre litigieuse était accessoire au sujet traité, résidant dans la représentation documentaire de la vie et des relations entre maître et élèves d'une classe unique de campagne, de sorte qu'elle devait être regardée comme l'illustration fortuite d'une œuvre, constitutive d'une limitation au monopole d'auteur, au sens de la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, jugeant sur ce point, référence faite aux travaux préparatoires de la loi de transposition, que le législateur avait entendu transposer cette limitation au monopole d'auteur en considération du droit positif existant. La Cour de cassation estime donc que l'exception au monopole d'auteur résultant de l'inclusion fortuite d'une œuvre, prévue à titre facultatif par la directive de 2001 précitée (article 5), a bel et bien été transposée par le législateur, dont elle interprète la volonté au regard des travaux préparatoires de la loi de transposition.

La théorie de l'accessoire, dont le fondement prêtait à discussion, relève ainsi manifestement des exceptions au monopole du droit d'auteur.

F – Protection des consommateurs

Protection des consommateurs – Association de défense des consommateurs – Action en justice – Action en suppression de clauses abusives – Clause d'un modèle de contrat – Clause tendant à exclure la détention d'un animal familial dans un contrat de location saisonnière

1^{re} Civ., 3 février 2011, pourvoi n° 08-14.402, Bull. 2011, I, n° 23

Par cet arrêt, la première chambre civile affirme clairement que l'action préventive en suppression des clauses abusives ouverte aux associations agréées de défense des consommateurs a vocation à s'appliquer aux modèles types de contrats destinés aux consommateurs et rédigés par des professionnels en vue d'une utilisation généralisée.

Il s'agissait en l'espèce d'un modèle de contrat de location saisonnière proposé par des associations en assurant la diffusion sous un certain label. Les juges du fond avaient retenu l'irrecevabilité de l'action préventive dont ils étaient saisis en relevant notamment qu'il n'était pas contesté que ces associations, ayant la qualité de professionnels participant à l'industrie du tourisme et des loisirs, ne procédaient elles-mêmes à aucune location et n'intervenaient pas directement auprès des locataires, pour en déduire qu'il ne pouvait être envisagé que des consommateurs soient victimes d'abus de leur part.

Cette analyse, qui s'inspirait de solutions précédemment retenues avant les modifications de l'article L. 421-6 du code de la consommation issues de l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 et de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 (voir 1^{re} Civ., 4 mai 1999, pourvoi n° 97-14.187, *Bull.* 1999, I, n° 147), a été censurée. La nécessaire protection des consommateurs, recherchée par les directives communautaires applicables et mise en œuvre par le législateur, conduit à permettre aux associations agréées de défense des consommateurs d'obtenir, par une action préventive, la suppression de clauses abusives au sens de

l'article L. 132-1 du code de la consommation, figurant dans des formulaires édités par des professionnels, sans attendre l'utilisation qui pourra être faite de ceux-ci. Il ne saurait être tiré argument de ce que, à la faveur d'une telle action, des clauses abusives peuvent être supprimées de modèles de contrats qui seront peut-être en certains cas ultérieurement utilisés entre des parties dont aucune ne peut être qualifiée de professionnel. Le droit d'action ainsi reconnu plus largement qu'auparavant aux associations considérées doit permettre l'éradication des contrats types proposés ou destinés aux consommateurs des stipulations traduisant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Parallèlement, l'arrêt ici commenté, rendu par la première chambre civile après avis de la troisième chambre consultée à cet égard, donne une illustration du champ d'application de l'action préventive en suppression des clauses illicites ouverte aux associations agréées de défense des consommateurs, qu'il définit dans des termes correspondant exactement à ceux utilisés s'agissant des clauses abusives. Est à cette occasion approuvée la décision des juges du fond qui avaient ordonné la suppression du modèle de contrat de location saisonnière soumis à leur examen d'une clause offrant la faculté au bailleur d'interdire la détention d'animaux familiers dans les locaux d'habitation donnés en location, dès lors qu'une telle clause contrevient aux dispositions impératives de l'article 10 I de la loi n° 70-598 du 9 juillet 1970 modifiant et complétant la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel, s'appliquant, par la généralité de leurs termes, aux locations saisonnières portant sur des locaux d'habitation.

G – Santé publique

Santé publique – Protection des personnes en matière de santé – Réparation des conséquences des risques sanitaires – Risques sanitaires résultant du fonctionnement du système de santé – Indemnisation par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales – Exclusion – Cas – État de santé antérieur du patient

1^{re} Civ., 31 mars 2011, pourvoi n° 09-17.135, Bull. 2011, I, n° 69

La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 a mis en place un système relatif aux dommages résultant des accidents médicaux, reposant sur une dualité entre responsabilité des professionnels de santé d'une part et indemnisation par la solidarité nationale d'autre part, assurée par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM). Pour ce qui est des actes de prévention, de diagnostic et de soins – les infections nosocomiales étant soumises à un régime particulier –, l'article L. 1142-1 I du code de la santé publique dispose :

I. – « Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. [...] »

En vertu du II du même article, « lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire [...] ».

L'arrêt du 31 mars 2011 apporte une importante contribution à la délimitation du champ de l'accident médical relevant de la solidarité nationale. En l'espèce, les ayants droit d'un patient, devenu paraplégique à la suite d'une complication hémorragique survenue à l'occasion d'une opération du rachis subie après l'entrée en vigueur de la loi, et décédé depuis, avaient été déboutés de leur demande en indemnisation auprès de l'ONIAM. La cour d'appel avait constaté en effet que le défunt, en raison de ses antécédents vasculaires, était particulièrement exposé à la complication survenue, laquelle n'était dès lors pas anormale compte tenu de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci. Le pourvoi soutenait, selon des modalités différentes dans ses deux branches, que le dommage anormal, dont la réparation par la solidarité nationale est exclue, s'entend de celui qui est en relation directe et certaine, voire exclusive, avec l'état antérieur du patient. Or en l'espèce, il ressortait des constatations des experts que la paralysie survenue n'était pas due exclusivement à cet état antérieur, puisque c'est l'intervention chirurgicale qui en avait été à l'origine.

En rejetant le pourvoi, la Cour de cassation confirme que, selon la volonté du législateur, la solidarité nationale ne prend pas en charge l'ensemble des accidents non fautifs, même directement imputables à des actes médicaux, quand bien même ils revêtiraient le degré de gravité prévu par la loi et par son décret d'application, mais seulement ceux qui revêtent un caractère anormal au regard de l'état antérieur de la victime et de l'évolution prévisible de cet état. La loi s'est en effet inspirée, avec des conditions tout de même plus favorables à la victime, de la jurisprudence Bianchi du Conseil d'État (CE, 9 avril 1993, n° 69336, publié au *Recueil Lebon*), qui, contrairement à la jurisprudence judiciaire, admettait la réparation de certains aléas thérapeutiques. Il en résulte qu'il existe, lorsque la faute d'un professionnel de santé n'est pas établie, une zone de non-indemnisation pour les victimes d'accidents médicaux lorsque le dommage subi ne revêt pas de caractère anormal au sens de l'article L. 1142-1 II, notamment lorsque la victime y était, comme dans la présente espèce, particulièrement exposée.

Les prédispositions pathologiques de la victime, qui, lorsque la responsabilité d'un professionnel de santé est établie, ne sont pas de nature à réduire son droit d'obtenir l'indemnisation de son préjudice lorsque l'affection n'a été provoquée ou révélée que par le fait dommageable (jurisprudence constante, voir, en dernier lieu, 1^{re} Civ., 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-20.571), peuvent donc en revanche faire obstacle à l'indemnisation par l'ONIAM des dommages non imputables à une telle faute.

Santé publique – Transfusions sanguines – Contamination par le virus d’immunodéficience humaine (VIH) – Indemnisation – Indemnisation par l’Office national d’indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) – Offre de l’ONIAM – Refus de l’offre par la victime – Effets – Caducité de l’offre – Portée
1^{re} Civ., 6 janvier 2011, pourvoi n° 09-71.201, Bull. 2011, I, n° 4

La charge de l’indemnisation des victimes de contamination transfusionnelle par le VIH, qui avait été confiée au fonds d’indemnisation des transfusés et hémophiles par la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991, a été transférée à l’ONIAM par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004. Un patient hémophile, déjà indemnisé partiellement de son préjudice spécifique par le fonds, s’était adressé à l’ONIAM en 2008 pour obtenir réparation de son préjudice moral et des troubles dans ses conditions d’existence du fait de la contamination de ses proches, lesquels demandaient également réparation de leur préjudice. Une offre lui avait été adressée par le directeur de l’ONIAM après avis de la commission d’indemnisation, supprimée depuis. Les victimes, n’acceptant pas cette proposition, avaient saisi la cour d’appel de Paris. L’ONIAM avait alors indiqué qu’il maintenait toutes ses propositions antérieures, sauf en ce qui concernait le préjudice moral du transfusé. Cette position était motivée par les circonstances de fait ayant abouti à la contamination de l’épouse du patient hémophile et de celle, par voie de conséquence, de leur enfant. L’arrêt de la cour d’appel de Paris avait estimé qu’aucune disposition n’autorisant l’ONIAM à retirer une offre faite dans le temps transactionnel de la procédure, cette faculté devait lui être refusée. En effet, selon la cour d’appel, « en faisant une offre, l’ONIAM a nécessairement reconnu le principe d’un préjudice et [...] lui reconnaître la possibilité de retirer son offre serait contradictoire avec cette reconnaissance et constituerait nécessairement une menace potentielle pour la victime de ne pas être indemnisée de son préjudice dès lors qu’elle en conteste le quantum ».

Les textes permettaient-ils de résoudre la question posée ? L’article L. 3122-3 du code de la santé publique ne comporte que deux types d’indications :

- « la victime ne dispose du droit d’action en justice contre l’office que si sa demande d’indemnisation a été rejetée, si aucune offre ne lui a été présentée dans le délai mentionné à l’article L. 3122-5 ou si elle n’a pas accepté l’offre qui lui a été faite » (alinéa 2) ;
- « L’acceptation de l’offre de l’office par la victime vaut transaction au sens de l’article 2044 du code civil » (alinéa 3).

La première branche du pourvoi invitait à interpréter le silence des textes sur le sort de l’offre amiable, en sens exactement inverse de celui de l’arrêt. La thèse de la cour d’appel de Paris reviendrait à priver de liberté la juridiction saisie qui ne pourrait contester la proposition de l’office alors même que les conditions de l’indemnisation ne seraient pas réunies. En outre, si l’offre de l’ONIAM constituait un minimum acquis définitivement à la victime, on voit mal l’intérêt qu’elle aurait à l’accepter puisque son action devant la cour d’appel ne lui ferait courir aucun risque.

La Cour de cassation a tranché en répondant à la fois sur la première branche et sur la deuxième, tirée de la caducité de l’offre en vertu de la théorie générale du contrat. On pouvait hésiter, en raison du caractère d’ordre public de la procédure d’indemnisation mise en œuvre par le législateur, à reconnaître à l’offre acceptée par la victime un caractère contractuel. La référence à la transaction a cependant déterminé la solution de l’arrêt selon lequel « alors que le refus de l’offre, par la victime, la rend caduque, de sorte que l’ONIAM s’en trouve délié, la cour d’appel, à laquelle il appartient alors de statuer tant sur l’existence que sur l’étendue des droits du demandeur, a violé par fausse application le texte susvisé ».

II – DROIT DU TRAVAIL

Introduction

Au regard des statistiques générales de la chambre sociale pour l'année 2011, qui comportent plus de 6 000 affaires jugées, dont 307 arrêts ont fait l'objet d'une décision de publication au *Bulletin* en raison de leur intérêt juridique particulier, les 52 arrêts sélectionnés pour une mention au *Rapport annuel* de la Cour représentent une sélection, certes rigoureuse mais significative, de la jurisprudence de cette chambre qui tend, en donnant leur plein effet aux règles de droit applicables, à assurer le respect des objectifs poursuivis par le législateur, interne ou supranational, et à proposer une conciliation aussi satisfaisante que possible des droits et obligations des parties à la relation de travail.

En l'état d'une législation axée sur la promotion de la négociation collective comme base fondamentale du droit du travail, les arrêts relatifs aux élections professionnelles, à la représentativité syndicale et aux accords collectifs mettent en exergue la question de la légitimité des acteurs de cette négociation et soulignent l'importance majeure du processus électif, avec les responsabilités essentielles qui incombent dans son organisation et sa réalisation à l'ensemble des partenaires sociaux.

L'émergence des droits fondamentaux des salariés est une autre caractéristique de l'évolution récente du droit du travail.

Le droit au respect de la vie privée et à la dignité, le droit à la santé et à la sécurité, le droit à la protection de l'emploi et à l'égalité de traitement constituent autant de restrictions, constitutionnellement justifiées, à la liberté d'entreprendre et à l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur, dans des conditions et limites dont la fixation incombe au juge.

Les arrêts les plus significatifs rendus en 2011 sont, selon la présentation adoptée désormais par la chambre, classés en huit grandes rubriques : Contrat de travail, organisation et exécution du travail – Durée du travail et rémunérations – Santé et sécurité au travail – Égalité de traitement, discrimination, harcèlement – Accords collectifs et conflits collectifs du travail – Représentation du personnel et élections professionnelles – Rupture du contrat de travail – Actions en justice.

- La rubrique A, à savoir « Contrat de travail, organisation et exécution du travail », comporte tout ce qui concerne la nature et la définition en sens large du contrat de travail (apprentissage, principaux contrats de travail, statuts particuliers), les prérogatives et devoirs des parties au contrat de travail (pouvoirs de l'employeur quant aux modifications des conditions de travail et du contrat de travail et pouvoir disciplinaire, sanctions, mise à pied, engagement unilatéral), ainsi que les droits et obligations du salarié. Y figurent aussi les difficultés afférentes aux modifications de la situation juridique de l'employeur et au transfert du contrat de travail (article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, devenu L. 1224-1 du code du travail). Aucun arrêt notable n'a été rendu cette année dans ces matières.

- La rubrique B, à savoir « Durée du travail et rémunérations », concerne les questions afférentes à la notion de travail effectif, aux heures d'équivalence, aux congés divers, aux

accords de réduction du temps de travail, aux rémunérations (en donnant à ce terme le sens large de l'article 141 du Traité CE devenu l'article 157 du Traité CE dans sa rédaction résultant du Traité d'Amsterdam, c'est-à-dire « le salaire ou traitement ordinaire de base minimal et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier »), ce qui inclut notamment l'intéressement et les « stocks-options ». La protection particulière des rémunérations (AGS, procédures collectives) relève aussi de cette rubrique. Figure dans cette rubrique l'arrêt du 29 juin 2011 (pourvoi n° 10-11.699, *Bull.* 2011, V, n° 169) rappelant les conditions de validité d'une convention de forfait en jours.

- La rubrique C s'intitule « Santé et sécurité au travail » et englobe la protection particulière des salariés malades ou accidentés par le fait ou hors le fait du travail, et la maternité. Le statut des salariés handicapés (COTOREP), la médecine du travail, les examens médicaux et le reclassement entrent aussi dans cette rubrique. Sont commentés dans cette rubrique, notamment, les arrêts mettant en exergue l'autonomie des régimes de sécurité sociale et de droit du travail en matière d'accident du travail et de maladie professionnelle (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-11.699, *Bull.* 2011, V, n° 169; Soc., 7 décembre 2011, pourvoi n° 10-22.875, en cours de publication), et un arrêt rappelant l'obligation pour les employeurs d'employés de maison d'organiser la surveillance médicale prévue par le code du travail (Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-14.284, en cours de publication).

- La rubrique D, intitulée « Égalité de traitement, discrimination, harcèlement », évoque le droit des salariés au respect d'une égalité de traitement, d'une non-discrimination, et contient également les décisions rendues en matière de harcèlement matériel ou moral. Elle comprend cette année plusieurs arrêts très importants, et notamment les arrêts du 8 juin 2011 (pourvois n° 10-11.933 et n° 10-13.663, *Bull.* 2011, V, n° 143 et pourvoi n° 10-14.725, *Bull.* 2011, V, n° 155) précisant le contrôle par le juge du principe d'égalité de traitement dans les accords collectifs.

- La rubrique E, « Accords collectifs et conflits collectifs du travail » est relative pour l'essentiel à la négociation, à la conclusion, à la révision, et à la dénonciation des accords, ainsi qu'aux usages, à la grève et à l'application et l'interprétation de conventions collectives. On y trouvera le commentaire d'un arrêt rappelant l'interdiction de recourir à des salariés intérimaires pour accomplir le travail des salariés grévistes (Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-13.634, *Bull.* 2011, V, n° 54).

- La rubrique F, « Représentation du personnel et élections professionnelles », concerne les élections professionnelles et le processus électoral, les représentants syndicaux, les élus des diverses institutions représentatives, leur protection particulière (salariés dits protégés), l'unité économique et sociale (UES) et les établissements distincts. Cette rubrique, comme les deux années précédentes, comprend de très nombreuses décisions portant application de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 sur la réforme de la démocratie sociale. Y figure notamment une série d'arrêts sur les situations de désaffiliation syndicale (Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.300, *Bull.* 2011, V, n° 121; Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-21.705, *Bull.* 2011, V, n° 124; Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.273, *Bull.* 2011, V, n° 123; Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.069, *Bull.* 2011, V, n° 125; Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.264,

Bull. 2011, V, n° 126 et Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-26.545, en cours de publication; Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-26.762, en cours de publication).

- La rubrique G, « Rupture du contrat de travail », regroupe toutes les questions relatives à la rupture amiable du contrat de travail, à la prise d'acte de la rupture, à la démission, aux licenciements disciplinaires, pour motif personnel ou économique. On y trouvera notamment commenté l'arrêt du 9 mars 2011 relatif aux ruptures conventionnelles s'inscrivant dans un contexte de licenciements économiques collectifs (Soc., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-11.581, *Bull.* 2011, V, n° 70).

- Enfin la rubrique H, « Actions en justice », concerne la saisine des juridictions (CPH, cours d'appel, Cour de cassation), les règles de procédure, la prescription, la règle de l'unicité de l'instance, l'exigence d'impartialité. Elle ne contient pas cette année de décisions particulièrement notables.

A – Contrat de travail, organisation et exécution du travail

1 – Emploi et formation

...

2 – Droits et obligations des parties au contrat de travail

...

3 – Modification dans la situation juridique de l'employeur

...

4 – Contrats particuliers

Employés à domicile, visites médicales

Statuts professionnels particuliers – Emplois domestiques – Employés de maison – Surveillance médicale – Bénéficiaires – Employés de maison à temps partiel – Nécessité – Détermination

Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-14.284, en cours de publication

Voir commentaire *infra*, rubrique C – Santé et sécurité au travail

B – Durée du travail et rémunérations

1 – Durée du travail, repos et congés

Modulation du temps de travail et congé sans solde

Travail réglementation, durée du travail – Heures supplémentaires – Calcul – Modulation annuelle du temps de travail – Prise en compte des absences pour congé sans solde – Exclusion – Cas

Soc., 9 février 2011, pourvoi n° 09-42.939, Bull. 2011, V, n° 46

Le problème posé à la Cour de cassation dans la présente affaire est celui de l'incidence des absences pour congé sans solde sur la détermination des heures supplémentaires dans un système de modulation annuelle de la durée du travail avec lissage de la rémunération.

Dans un tel système où des périodes de haute et de basse activité peuvent se succéder, les unes compensant les autres, les conventions ou accords collectifs prévoient en effet un lissage des rémunérations sur la base de la durée hebdomadaire moyenne de la modulation afin que soit toujours versé le même salaire, qu'il s'agisse de période de haute ou de basse activité. Dans l'hypothèse d'un nombre d'heures travaillées inférieur ou supérieur à la durée correspondant au salaire lissé, une régularisation est faite en fin de période, les absences donnant lieu à récupération devant être décomptées en fonction de la durée du travail que le salarié aurait dû accomplir.

Rappelons que, pour l'appréciation du seuil de déclenchement des heures supplémentaires, le concept de travail effectif au sens de l'article L. 3121-1 du code du travail est essentiel : « La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles. » Ainsi, seules les heures effectivement travaillées et les temps assimilés à du travail effectif par des dispositions légales ou conventionnelles se cumulent.

La Cour de cassation a donc statué en faveur de l'exclusion des jours fériés de l'assiette de calcul des droits à majoration et bonification en repos pour heures supplémentaires, en précisant qu'ils ne pouvaient être assimilés à du temps de travail effectif (*Soc.*, 1^{er} décembre 2004, pourvoi n° 02-21.304, *Bull.* 2004, V, n° 318). Cette position de principe a été confirmée pour les jours de congés payés et d'absence dans des arrêts postérieurs du 24 septembre 2008 (*Soc.*, 24 septembre 2008, pourvoi n° 06-46.048) et du 20 janvier 2010 (pourvois n°s 08-42.821, 08-42.822 et 08-42.823).

La chambre, fondant sa décision sur la notion de travail effectif, reprend les solutions dégagées par les arrêts du 24 septembre 2008 et du 20 janvier 2010 relatifs aux jours fériés et aux congés payés, en étendant le principe aux congés sans solde pris dans un système de modulation annuelle du temps de travail.

La situation est différente lorsqu'il s'agit de décompter les jours d'absence pour maladie, la chambre sociale ayant dégagé une solution spécifique s'agissant de l'incidence, sur le calcul effectué en fin d'année pour faire le bilan des heures effectivement réalisées, des

absences pour maladie en période de haute activité, car il était impératif de faire échec à la discrimination indirecte qui résulterait d'un traitement identique des absences pour maladie survenues tant en période de haute activité qu'en période de basse activité (Soc., 13 juillet 2010, pourvoi n° 08-44.550, *Bull.* 2010, V, n° 177).

2 – Rémunérations

Géolocalisation et contrôle du temps de travail

Contrat de travail, exécution – Employeur – Pouvoir de direction – Contrôle et surveillance des salariés – Procédés de contrôle – Système de géolocalisation – Conditions – Détermination – Portée

Soc., 3 novembre 2011, pourvoi n° 10-18.036, en cours de publication

La géolocalisation est certes un moyen particulièrement efficace pour le suivi du véhicule, dans le cadre du contrôle de la durée du travail, mais elle peut être particulièrement intrusive dans la vie privée du salarié puisqu'elle va notamment permettre de suivre l'ensemble de ses déplacements, la durée des trajets, les lieux d'arrêts, la durée de ceux-ci, et de faciliter certaines déductions. Réciproquement, lorsque les tâches du salarié ne sont pas liées exclusivement à la conduite du véhicule, le contrôle est constant, mais parcellaire, puisque la géolocalisation ne permet pas de suivre l'exécution du contrat de travail lorsque le véhicule n'est plus en mouvement. Le risque que représente la géolocalisation pour les libertés individuelles du salarié, et notamment le respect de sa vie privée, implique donc un encadrement strict de ce système informatique et la vérification d'une utilisation pertinente et conforme des informations obtenues.

Avec le présent arrêt, la chambre sociale tranche la question inédite des conditions d'utilisation d'un système de géolocalisation pour le contrôle de la durée du travail. S'appuyant sur les dispositions de l'article L. 1121-1 du code du travail, aux termes desquelles nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché, la Cour de cassation a posé les principes régissant le recours à la géolocalisation et le cadre dans lequel celle-ci peut être utilisée.

Retenant un principe de subsidiarité, et rejoignant la position adoptée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) (délibération n° 2006-06 du 16 mars 2006), la chambre sociale a tout d'abord retenu que la géolocalisation ne pouvait être utilisée que lorsqu'aucun autre moyen ne pouvait être utilisé. L'employeur doit donc privilégier le mode de contrôle le plus respectueux de la vie privée du salarié et ne recourir à la géolocalisation qu'à défaut d'autres possibilités. En l'espèce, le contrat de travail avait prévu que le salarié était tenu de faire des comptes-rendus détaillés, lesquels faisaient preuve de son activité. Les prévisions contractuelles, qui organisaient la preuve de la durée du travail, excluaient de ce fait tout recours à la géolocalisation à cette fin.

La Cour de cassation a énoncé par ailleurs que la géolocalisation était exclue lorsque le salarié disposait d'une liberté dans son organisation. Il paraît en effet antinomique d'assurer

une telle liberté au salarié, tout en le soumettant à un système de contrôle aussi contraignant que la géolocalisation. En l'espèce, le salarié étant libre de son organisation, le recours à un tel système de contrôle de la durée du travail n'était pas justifié.

Enfin, comme tout système de fichier informatique, la géolocalisation ne peut pas être utilisée à d'autres fins que celles qui ont été déclarées auprès de la CNIL et qui ont été portées à la connaissance du salarié. L'employeur ayant indiqué au salarié que la géolocalisation avait été installée afin de mieux gérer les frais liés aux déplacements, il lui était impossible d'utiliser les informations ainsi recueillies pour d'autres finalités, en l'espèce pour contrôler la durée du travail et calculer la rémunération du salarié. Dès lors, l'utilisation de la géolocalisation étant illicite, le salarié était bien fondé à contester le calcul de la rémunération auquel l'employeur avait procédé grâce à elle, et la prise d'acte de la rupture du contrat de travail était justifiée.

Validité d'une convention de forfait en jours

*** Validité d'une convention de forfait en jours et droit au repos**

Travail réglementation, durée du travail – Convention de forfait – Convention de forfait sur l'année – Convention de forfait en jours sur l'année – Validité – Conditions – Détermination – Portée

Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, Bull. 2011, V, n° 181

La loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 a donné aux employeurs la possibilité de conclure avec leurs salariés cadres une convention de forfait en jours, à la condition qu'elle soit prévue par un accord collectif qui doit préciser les catégories bénéficiaires – les salariés concernés étant nécessairement ceux dont la durée du travail ne peut pas être prédéterminée du fait de la nature de leurs fonctions, des responsabilités qu'ils exercent et du degré d'autonomie dont ils bénéficient dans l'organisation de leur emploi du temps – accord collectif qui doit déterminer le contenu de ces conventions de forfait, les modalités de contrôle et leur suivi. La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises a élargi le dispositif aux salariés non cadres disposant d'une autonomie quantitative et qualitative dans l'organisation de leur temps de travail.

Un cadre ayant conclu avec son employeur une convention de forfait en jours soutenait que la convention individuelle de forfait, qui lui avait été appliquée de 2001 à 2006, lui était inopposable parce que l'employeur n'avait pas respecté les dispositions de l'accord collectif. L'entreprise relevait de l'accord du 28 juillet 1998 étendu sur l'organisation du travail dans la métallurgie, modifié par les avenants des 29 janvier 2000 et 14 avril 2003, qui autorise le recours au système du forfait en jours et contient des stipulations relatives au contrôle et au suivi telles que prévues par le législateur dans la loi du 19 janvier 2000.

La chambre sociale dans un arrêt du 27 septembre 2007 (pourvoi n° 05-42.293, *Bull.* 2007, V, n° 147, *Rapport annuel* 2007, p. 347), sur un moyen relevé d'office, a jugé que n'était pas susceptible d'être soumis à une convention de forfait en jours le salarié dont l'emploi du temps était fixé par sa hiérarchie et qui ne disposait d'aucune liberté dans le choix de ses jours de repos. Par cet arrêt, la Cour de cassation a invité les juges du fond à une surveillance

renforcée de l'application du régime de forfait en jours, cette surveillance étant justifiée par l'importance des dérogations au droit commun de la durée du travail que ce régime entraîne.

Dans le présent litige, la cour d'appel avait suffisamment constaté que le salarié était un cadre autonome dont la durée du travail ne pouvait être prédéterminée et que la convention individuelle de forfait était régulière. Le débat portait sur l'inobservation par l'employeur de ses obligations de contrôle du nombre de jours travaillés et de suivi de l'organisation et de la charge du travail, la cour d'appel ayant jugé que la convention de forfait signée excluait l'application des dispositions sur la durée légale du travail.

L'arrêt du 29 juin 2011 procède à une analyse du régime du forfait en jours tel que prévu par l'article L. 3121-45 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, et les stipulations de l'accord de branche de la métallurgie.

Il rappelle d'abord l'importance du droit à la santé et au repos du travailleur sur le fondement de l'article 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui se réfère à la Charte sociale européenne révisée ainsi qu'à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989. Il affirme la nécessité pour l'accord collectif de garantir le respect des durées maximales de travail et des repos tant journaliers qu'hebdomadaires telles que définies par le code du travail, la Directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, la Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, dont les articles 17 § 1 et 19 ne permettent aux États membres de déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs. L'arrêt rappelle les termes de l'article 14 de l'accord du 28 juillet 1998 étendu qui prévoit des stipulations relatives au contrôle du nombre de journées et demi-journées travaillées, des temps de repos hebdomadaires, des congés conventionnels et jours de RTT, ainsi que des congés payés et des règles relatives au suivi régulier de l'organisation du travail, de la charge de travail et de l'amplitude des journées d'activité du cadre bénéficiaire de la convention de forfait en jours.

L'arrêt décide qu'il résulte de l'ensemble de toutes ces dispositions que, lorsque l'employeur ne respecte pas les garanties conventionnelles, la convention individuelle de forfait est privée d'effet, le salarié pouvant alors prétendre au paiement d'heures supplémentaires dont le juge doit vérifier l'existence et le nombre.

L'arrêt du 29 juin 2011 opère ainsi un revirement de jurisprudence. En effet, la chambre sociale avait jugé le 13 janvier 2010 (pourvoi n° 08-43.201, *Bull.* 2010, V, n° 14) qu'en cas d'inobservation par l'employeur des modalités de suivi de l'organisation du travail, la convention de forfait restait valide, le salarié ayant droit à des dommages-intérêts. Le revirement de jurisprudence est justifié par la prise en compte, par la chambre sociale, du principe constitutionnel du droit à la santé et au repos du travailleur, principe également protégé par les textes européens cités, rappelés dans le visa et le chapeau de cet important arrêt de cassation.

Le présent arrêt s'est prononcé sur le dispositif antérieur à la modification apportée par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 dont les dispositions sont codifiées aux articles L. 3121-43 et suivants du code du travail. Les faits de l'espèce étaient également antérieurs à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne permettant l'invocation directe de la Charte des droits

fondamentaux de l'Union européenne, qui a certes été intégrée au visa de l'arrêt, mais au titre de l'interprétation du droit national à la lumière du droit de l'Union.

* *Validité d'une convention de forfait en jours et rôle du juge*

Statut collectif du travail – Conventions et accords collectifs – Conventions diverses – Bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs-conseils et sociétés de conseils – Convention nationale du 15 décembre 1987 – Accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail – Convention de forfait en jours – Bénéficiaires – Conditions – Détermination – Portée

Soc., 3 novembre 2011, pourvoi n° 10-14.637, en cours de publication

La chambre juge que, pour que soit appliquée à un salarié une convention de forfait en jours, celui-ci doit remplir les conditions prévues par la loi et par l'accord collectif qui prévoit la possibilité de recourir à ce mode dérogatoire de décompte du temps de travail. Cela concerne aussi bien la nécessaire autonomie du salarié dans son emploi du temps (Soc., 31 octobre 2007, pourvoi n° 06-43.876, *Bull.* 2007, V, n° 180), que sa classification conventionnelle (Soc., 5 avril 2006, pourvoi n° 05-43.061, *Bull.* 2006, V, n° 142). Faute de respecter ces conditions essentielles, la convention de forfait en jours ne peut pas être opposée au salarié et ce dernier est en droit de demander le paiement des heures supplémentaires effectuées.

Par le présent arrêt (voir également Soc., 3 novembre 2011, pourvoi n° 10-14.638, rendu le même jour), la chambre fait application de cette jurisprudence dans un contexte particulier puisque le salarié ne contestait pas la validité de la convention de forfait en jours, bien qu'il ne remplisse pas la condition de classification requise par la convention collective Syntec, mais réclamait, à l'inverse, le bénéfice de cette classification.

La chambre infirme l'arrêt de la cour d'appel qui avait fait droit à la demande du salarié, en réaffirmant sa jurisprudence. Le salarié n'étant pas classé au moins à la position 3.1 de la convention applicable, il ne pouvait être soumis à une convention de forfait en jours. Sa demande ne pouvait donc s'appuyer sur l'illicéité de cette convention pour obtenir la classification revendiquée, celle-ci relevant de critères de qualification et d'ancienneté que le salarié ne remplissait pas.

C – Santé et sécurité au travail

Visite de reprise, initiative

Contrat de travail, exécution – Harcèlement – Harcèlement moral – Existence – Faits établis par le salarié la faisant présumer – Effets – Preuve à rapporter par la partie défenderesse

Contrat de travail, exécution – Maladie du salarié – Maladie ou accident non professionnel – Arrêt de travail – Visite de reprise – Initiative de l'examen – Détermination

Soc., 25 janvier 2011, pourvoi n° 09-42.766, Bull. 2011, V, n° 30

I – La première partie de l'arrêt est commentée *infra*, rubrique D 3 – Harcèlement

II – Selon l'article R. 241-51 devenu R. 4624-21 du code du travail, le salarié bénéficie d'un examen de reprise du travail après une absence d'au moins vingt et un jours pour cause de maladie ou d'accident non professionnel, après une absence d'au moins huit jours pour cause d'accident du travail et après une absence pour cause de maladie professionnelle.

Seule la visite de reprise qui a lieu lors de la reprise du travail marque la fin de la suspension du contrat de travail (Soc., 12 novembre 1997, pourvoi n° 94-43.839, *Bull.* 1997, V, n° 365; pourvoi n° 94-40.912, pourvoi n° 95-40.632, *Bull.* 1997, V, n° 366) même si le salarié continue à bénéficier d'un arrêt de travail de son médecin traitant (Soc., 6 avril 1999, pourvoi n° 96-45.056, *Bull.* 1999, V, n° 157).

En l'absence d'examen médical de reprise, le contrat de travail reste suspendu même si le salarié est déclaré consolidé par la caisse primaire d'assurance maladie et s'il est pris en charge par les organismes sociaux au titre de la maladie (Soc., 16 mai 2000, pourvois n° 98-42.942 et n° 98-44.450, *Bull.* 2000, V, n° 180).

L'article R. 4624-23 permet au salarié de saisir le médecin du travail en cours de suspension du contrat de travail alors que la reprise n'est pas encore effective; le médecin doit alors seulement rechercher les mesures facilitant la reprise.

La chambre sociale a jugé depuis 1997 que, lorsque le salarié saisit le médecin du travail en avertissant son employeur, cette visite constitue une visite de reprise (Soc., 12 novembre 1997, pourvoi n° 94-43.839, *Bull.* 1997, V, n° 365; pourvoi n° 94-40.912, pourvoi n° 95-40.632, *Bull.* 1997, V, n° 366; Soc., 10 mars 1998, pourvoi n° 95-43.871, *Bull.* 1998, V, n° 133).

Selon la jurisprudence, tout dépend du comportement du salarié :

- si le salarié continue à envoyer des avis d'arrêt de travail du médecin traitant et n'a pas demandé à reprendre le travail, il s'agira d'une visite de préreprise (Soc., 4 juin 1998, pourvoi n° 95-45.311, *Bull.* 1998, V, n° 297); toutefois, la circonstance que le salarié continue à adresser à l'employeur des avis de prolongation d'arrêt de son médecin traitant ne permet pas à elle seule d'exclure la qualification de visite de reprise à un examen médical subi par le salarié à sa demande (Soc., 6 avril 1999, pourvoi n° 96-45.056, *Bull.* 1999, V, n° 157; Soc., 19 janvier 2005, pourvoi n° 03-41.479, *Bull.* 2005, V, n° 8; Soc., 19 janvier 2005, pourvoi n° 03-41.904, *Bull.* 2005, V, n° 9);
- à l'inverse, lorsque le salarié a demandé à reprendre le travail et à être reclassé dans l'entreprise à l'issue de cet examen médical, la visite peut être qualifiée de visite de reprise (Soc., 10 mars 1998, pourvoi n° 95-43.871, *Bull.* 1998, V, n° 133).

S'agissant de l'obligation pour l'employeur de faire passer les visites de reprise, la chambre sociale a jugé que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat, ne peut laisser un salarié reprendre le travail après une absence pour maladie ou pour accident du travail sans lui faire passer la visite de reprise (Soc., 13 décembre 2006, pourvoi n° 05-44.580, *Bull.* 2006, V, n° 373).

Selon la chambre sociale, l'employeur doit programmer la visite de reprise obligatoire s'il résulte des courriers échangés entre les parties que le salarié a manifesté son intention de reprendre le travail (Soc., 21 mai 2008, pourvoi n° 07-41.225) ou s'il ressort des documents

produits par le salarié qu'il avait très clairement manifesté sa volonté de reprendre son travail (Soc., 21 juin 2006, pourvoi n° 04-48.220).

Il appartient donc au salarié de manifester sans ambiguïté sa volonté de reprendre son travail, ce qui est le cas lorsqu'il se présente à son travail (Soc., 4 février 2009, pourvoi n° 07-44.498, *Bull.* 2009, V, n° 38; Soc., 26 janvier 2005, pourvoi n° 03-40.893, *Bull.* 2005, V, n° 24) ou lorsqu'il adresse des lettres non équivoques à l'employeur pour demander à reprendre le travail (Soc., 9 juillet 2003, pourvoi n° 01-42.906).

La présente décision vient conforter cette jurisprudence en apportant une précision importante : en effet, il arrive très souvent que le salarié qui a été classé en invalidité deuxième catégorie par la caisse primaire d'assurance maladie en informe son employeur en lui demandant de l'informer de ses droits, sans pour autant demander à reprendre expressément le travail. La mise en invalidité étant une notion de sécurité sociale, celle-ci n'a aucune incidence sur le contrat de travail et n'autorise pas l'employeur à licencier le salarié.

Elle vient également clarifier certaines situations. Désormais, dès lors que le salarié informe son employeur de son classement en invalidité deuxième catégorie et ne s'est pas opposé à la reprise du travail, il appartient à l'employeur de prendre l'initiative de faire procéder à une visite de reprise. Or, en l'espèce, alors que la salariée avait demandé à son employeur de l'informer des perspectives qu'il envisageait de prendre au mieux de ses intérêts, l'employeur s'était contenté de l'inviter à prendre rendez-vous auprès de la médecine du travail sans organiser lui-même la visite de reprise. Ce n'est que un an plus tard que cette visite de reprise avait été effectuée à la demande de la salariée. Un tel retard dans l'organisation de ces visites est, pour la chambre sociale, imputable à l'employeur. Dans une telle hypothèse en effet, la carence fautive de l'employeur engage sa responsabilité (Soc., 2 juillet 2002, pourvoi n° 00-42.562).

Ce n'est que si le salarié a manifesté sa volonté de ne pas reprendre le travail que l'employeur sera dégagé de l'obligation d'organiser la visite de reprise. Le salarié ne pourra donc plus prendre acte de la rupture ou demander la résiliation judiciaire du contrat de travail pour manquement de l'employeur à ses obligations dans une telle hypothèse.

Inaptitude d'origine professionnelle d'un salarié en contrat à durée déterminée

Contrat de travail, durée déterminée – Accident du travail ou maladie professionnelle – Inaptitude au travail – Obligation de reclassement – Impossibilité – Effets – Saisine du juge d'une demande de résiliation judiciaire par l'employeur – Possibilité – Portée

Soc., 25 mai 2011, pourvoi n° 10-10.515, Bull. 2011, V, n° 127

Le salarié engagé sous contrat à durée déterminée et victime d'une inaptitude d'origine professionnelle peut-il, à défaut de reclassement, prétendre au versement de sa rémunération à l'issue du délai de un mois à compter de la date de la visite de reprise? Telle était la question principale posée par cette affaire à la chambre sociale.

La chambre sociale avait, antérieurement, eu à statuer dans le cas d'un salarié victime d'une inaptitude d'origine non professionnelle et avait jugé, dans un arrêt du 8 juin 2005 (pourvoi n° 03-44.913, *Bull.* 2005, V, n° 193, *Rapport annuel* 2005, p. 249), que les dispositions de l'article L. 122-24-4, nouvellement L. 1226-4, du code du travail, imposant à l'employeur de verser au salarié sa rémunération à l'expiration du délai de un mois à compter de la date de la visite de reprise à défaut de reclassement ou de licenciement, n'étaient pas applicables au contrat à durée déterminée.

Une telle solution se justifiait pour mettre fin à l'impasse dans laquelle se trouvait l'employeur d'un salarié engagé selon un contrat à durée déterminée et victime d'une inaptitude d'origine non professionnelle. En effet, d'une part, et sauf accord des parties, un contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure. Or, il est évident que l'inaptitude ne peut être considérée comme une faute grave, et la chambre sociale a jugé à plusieurs reprises qu'elle ne pouvait pas non plus être assimilée à un cas de force majeure (Soc., 12 juillet 1999, pourvoi n° 97-41.131, *Bull.* 1999, V, n° 344; Soc., 12 février 2003, pourvoi n° 00-46.660, *Bull.* 2003, V, n° 50). L'employeur ne peut pas plus, dans une telle hypothèse, saisir le juge d'une demande de « résolution » judiciaire du contrat de travail pour impossibilité de reclassement ou refus du salarié d'accepter le reclassement proposé, la Cour de cassation ayant, dans un avis n° 02-00.001 rendu le 29 avril 2002 (*Bull.* 2002, Avis, n° 3), retenu que l'action en résolution judiciaire prévue à l'article L. 1226-20 du code du travail exigeait que l'inaptitude physique du salarié ait une origine professionnelle. Et, d'autre part, l'article L. 1226-4 du code du travail prévoit qu'à l'issue du mois suivant la visite de reprise, l'employeur est tenu, à défaut de reclassement ou de licenciement, de verser au salarié l'intégralité de sa rémunération. La chambre sociale avait ainsi adopté une solution selon laquelle si l'employeur est tenu, dans l'hypothèse d'un salarié engagé selon un contrat à durée déterminée et victime d'une inaptitude d'origine non professionnelle, d'une obligation de reclassement, il n'est cependant pas tenu de l'obligation de reprendre le paiement des rémunérations à l'issue du mois suivant la deuxième visite de reprise lorsque le reclassement est impossible ou a été refusé par le salarié.

Qu'en est-il pour un salarié engagé selon un contrat à durée déterminée et victime d'une inaptitude d'origine professionnelle ?

La chambre sociale énonce, dans son arrêt du 25 mai 2011 rendu au visa des articles L. 1226-11, L. 1226-20 et L. 1226-21 du code du travail, qu'il résulte de la combinaison de ces textes que, lorsqu'à l'issue d'un délai de un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise, le salarié sous contrat à durée déterminée, victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle n'est pas reclassé dans l'entreprise, l'employeur doit reprendre le paiement du salaire correspondant à l'emploi qu'il occupait avant la suspension du contrat de travail. Une telle différence de solution s'explique par le fait que l'employeur, dans l'hypothèse d'un salarié victime d'une inaptitude d'origine professionnelle, n'est pas dans l'impossibilité absolue de rompre le contrat de travail à durée déterminée puisque, en application des dispositions de l'article L. 1226-20 du code du travail, il peut saisir le juge d'une demande en « résolution » judiciaire du contrat de travail.

Il sera enfin observé qu'au moment même où la chambre sociale rendait cette décision, la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 modifiait les dispositions de l'article L. 1226-20 du code

du travail en créant un nouveau cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée, l'incapacité, qu'elle soit d'origine professionnelle ou non professionnelle, lorsque l'employeur est dans l'impossibilité de reclasser le salarié ou que celui-ci refuse le poste de reclassement, la rupture du contrat de travail ouvrant alors droit à une indemnité dont le montant ne peut être inférieur au double de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1243-9 du code du travail.

Cette loi met ainsi fin au régime distinct de l'incapacité, selon son origine professionnelle ou non professionnelle, pour les salariés engagés selon un contrat à durée déterminée, que rappelaient les décisions rendues par la chambre sociale les 8 juin 2005 et 25 mai 2011.

Employés à domicile, visites médicales

Statuts professionnels particuliers – Emplois domestiques – Employés de maison – Surveillance médicale – Bénéficiaires – Employés de maison à temps partiel – Nécessité – Détermination

Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-14.284, en cours de publication

L'article L. 7221-2 du code du travail prévoit que sont applicables aux employés de maison les dispositions concernant la surveillance médicale des gardiens d'immeuble prévues à l'article L. 7214-1, c'est-à-dire l'examen médical d'embauche, les visites médicales périodiques renouvelées à intervalles n'excédant pas un an, les visites de reprise à la suite d'interruptions de travail intervenues pour des raisons médicales.

Le décret n° 75-882 du 22 septembre 1995, portant notamment règlement d'administration publique pour l'application de l'article L. 771-9 devenu L. 7211-4 du code du travail, renvoie en son article 3 à un règlement d'administration publique pour la fixation des règles applicables à la surveillance médicale des salariés exerçant à temps partiel l'activité de gardien d'immeuble à usage d'habitation ou d'employé de maison.

À ce jour ce règlement n'est pas intervenu.

La surveillance médicale des salariés du particulier employeur exerçant à temps complet, est, elle, prévue par l'article 22 de la convention collective du particulier employeur étendue par arrêté du 2 mars 2000 selon laquelle « les dispositions du code du travail concernant la surveillance médicale sont obligatoirement applicables aux salariés du particulier employeur employés à temps complet :

- un examen médical d'embauche ;
- une visite médicale périodique obligatoire ;
- une visite médicale de reprise après absence de plus de 3 semaines pour cause de maladie, au retour de congé maternité, et après absence d'au moins 8 jours pour cause d'accident du travail ».

La chambre sociale a d'abord pris acte de cet état des textes pour refuser au salarié employé de maison à temps partiel le bénéfice de la surveillance médicale dont relève le salarié employé de maison à temps complet (Soc., 4 novembre 1988, pourvoi n° 86-43.246, *Bull.* 1988, V, n° 569 ; Soc., 30 mai 2007, pourvoi n° 06-41.749).

Interrogée par le ministère public à l'occasion de la présente affaire, la direction générale du travail a indiqué qu'aucun décret en Conseil d'État (ancien règlement d'administration publique) n'était à l'ordre du jour, soulignant la difficulté d'organiser le régime de suivi médical des salariés concernés et le partage des coûts entre les employeurs.

Dans ces conditions, la chambre sociale a estimé que, quelles que soient les difficultés pratiques d'organisation dont elle a bien conscience, cette situation discriminatoire ne pouvait perdurer et, au visa de l'article L. 3123-11 du code du travail qui dispose que « le salarié à temps partiel bénéficie des droits reconnus au salarié à temps complet par la loi, et les conventions ou accords collectifs d'entreprise ou d'établissement », affirme désormais que les salariés employés de maison à temps partiel doivent bénéficier, comme les salariés employés de maison à temps complet, de la surveillance médicale prévue par l'article L. 7214-1 du code du travail.

Le législateur est récemment intervenu notamment pour organiser la surveillance médicale de catégories particulières de travailleurs, dont les salariés du particulier employeur, laissant aux partenaires sociaux le soin d'en déterminer les modalités pratiques. Ainsi, l'article 10 de la loi n° 2011-867 du 20 juillet 2011 a créé un article L. 4625-2 du code du travail, ainsi rédigé : « Un accord collectif de branche étendu peut prévoir des dérogations aux règles relatives à l'organisation et au choix du service de santé au travail ainsi qu'aux modalités de surveillance de l'état de santé des travailleurs dès lors que ces dérogations n'ont pas pour effet de modifier la périodicité des examens médicaux définie par le présent code.

Ces dérogations concernent les catégories de travailleurs suivantes :

- 1° Artistes et techniciens intermittents du spectacle ;
- 2° Mannequins ;
- 3° Salariés du particulier employeur ;
- 4° Voyageurs, représentants et placiers.

L'accord collectif de branche étendu après avis du Conseil national de l'ordre des médecins peut prévoir que le suivi médical des salariés du particulier employeur et des mannequins soit effectué par des médecins non spécialisés en médecine du travail qui signent un protocole avec un service de santé au travail interentreprises. Ces protocoles prévoient les garanties en termes de formation des médecins non spécialistes, les modalités de leur exercice au sein du service de santé au travail ainsi que l'incompatibilité entre la fonction de médecin de soin du travailleur ou de l'employeur et le suivi médical du travailleur prévu par le protocole. Ces dispositions ne font pas obstacle à l'application de l'article L. 1133-3.

En cas de difficulté ou de désaccord avec les avis délivrés par les médecins mentionnés au septième alinéa du présent article, l'employeur ou le travailleur peut solliciter un examen médical auprès d'un médecin du travail appartenant au service de santé au travail interentreprises ayant signé le protocole. »

Accidents du travail et maladies professionnelles : droit de la sécurité sociale et droit du travail

*** Autonomie des régimes de sécurité sociale et droit du travail**

Contrat de travail, exécution – Maladie du salarié – Accident du travail ou maladie professionnelle – Protection – Étendue

Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-11.699, Bull. 2011, V, n° 169

Selon une jurisprudence constante de la chambre sociale, les règles protectrices applicables aux victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle s'appliquent dès lors que l'incapacité du salarié, quel que soit le moment où elle est constatée ou invoquée, a, au moins partiellement, pour origine cet accident ou cette maladie, et que l'employeur avait connaissance de cette origine professionnelle au moment du licenciement ; l'application de l'article L. 1226-10 du code du travail n'est en effet pas subordonnée à la reconnaissance par la caisse primaire d'assurance maladie du lien de causalité entre l'accident du travail et l'incapacité (Soc., 9 juin 2010, pourvoi n° 09-41.040, *Bull.* 2010, V, n° 131 ; Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-40.436, *Bull.* 2002, V, n° 237). La mise en œuvre du régime protecteur est seulement subordonnée à l'origine professionnelle de l'accident et à sa connaissance par l'employeur. La chambre en tire comme conséquence que le juge prud'homal doit rechercher lui-même le lien de causalité entre l'accident du travail et l'incapacité du salarié (Soc., 9 mai 1995, pourvoi n° 91-44.918, *Bull.* 1995, V, n° 148).

C'est cette solution qui est réaffirmée aujourd'hui par la chambre sociale en sa formation plénière lorsque le licenciement intervient non pas à la suite d'une déclaration d'incapacité, mais au cours de la suspension du contrat de travail due à un accident du travail. Pour la chambre, la loi ne soumet pas l'application des dispositions légales protectrices à la reconnaissance par la caisse primaire d'assurance maladie de l'accident au titre de la législation professionnelle. Il importe donc peu que la caisse ait admis le caractère professionnel ou non de l'accident pour refuser l'application des règles protectrices, et ce en raison de l'autonomie du droit de la sécurité sociale et du droit du travail (Soc., 8 juin 1994, pourvoi n° 90-43.689, *Bull.* 1994, V, n° 188).

La chambre avait d'ailleurs déjà jugé que le fait qu'une décision admettant le caractère professionnel de la maladie soit déclarée inopposable à l'employeur dans ses rapports avec la caisse était indifférent quant aux droits du salarié à la protection de la législation spécifique s'il était établi que l'employeur connaissait l'origine professionnelle de la maladie (Soc., 8 juin 1994, pourvoi n° 90-43.689, *Bull.* 1994, V, n° 188).

De même, la protection s'applique dès que l'employeur a eu connaissance de la nature professionnelle de la maladie ou de l'accident, même si la constatation par la sécurité sociale n'est pas encore intervenue ou n'a pas été sollicitée (Soc., 21 novembre 1995, pourvoi n° 92-41.944).

La chambre avait d'ailleurs jugé qu'était nul le licenciement d'un salarié dès lors que l'employeur, connaissant la volonté de celui-ci de faire reconnaître le caractère professionnel de sa maladie, n'invoquait pas l'un des motifs prévus à l'article L. 122-32-2, devenu L. 1226-9, du code du travail (Soc., 17 janvier 2006, pourvoi n° 04-41.754, *Bull.* 2006, V, n° 14).

Les juges du fond ont donc le pouvoir d'apprécier le caractère professionnel de la maladie ou de l'accident même en présence d'une décision de la caisse (Soc., 9 juillet 2003, pourvoi n° 01-41.514, *Bull.* 2003, V, n° 227).

En l'espèce, l'accident était survenu au temps et au lieu du travail en présence de l'employeur : la chambre en tire comme conséquence que l'employeur connaissait l'origine professionnelle de l'accident, peu important le refus de prise en charge par la caisse primaire d'assurance maladie de l'accident au titre de la législation professionnelle.

Revenant sur sa jurisprudence antérieure selon laquelle l'employeur pouvait échapper à la législation professionnelle s'il ignorait, au moment du licenciement, l'existence d'un recours du salarié contre une décision de refus de prise en charge (Soc., 16 avril 1992, pourvoi n° 88-45.041, *Bull.* 1992, V, n° 282 ; Soc., 7 juillet 2004, pourvoi n° 02-43.700, *Bull.* 2004, V, n° 200 ; Soc., 30 novembre 2010, pourvoi n° 09-41.623), la chambre sociale décide désormais que dès lors que l'accident est survenu au temps et au lieu du travail, comme en l'espèce, la législation professionnelle s'applique, peu important la décision de refus prise par la caisse primaire d'assurance maladie et la connaissance ou non par l'employeur de l'exercice d'un recours du salarié.

Cette jurisprudence consacre à nouveau l'autonomie du droit du travail et du droit de la sécurité sociale.

** Responsabilité civile contractuelle de l'employeur*

Contrat de travail, exécution – Maladie du salarié – Maladie ou accident non professionnel – Action en réparation du salarié – Fondement – Droit commun de la responsabilité contractuelle – Détermination

Soc., 7 décembre 2011, pourvoi n° 10-22.875, en cours de publication

Le problème posé à la chambre sociale, pour la première fois, était de savoir si une salariée française, expatriée en Côte d'Ivoire, victime d'une agression lors d'un retrait d'argent effectué par son conjoint qu'elle accompagnait et qui avait entraîné son inaptitude puis son licenciement, pouvait réclamer à son employeur la réparation de son préjudice en application de l'article L. 4121-1 du code du travail.

Les Français expatriés sont affiliés au régime local de sécurité sociale et ne sont plus soumis au régime français obligatoire de sécurité sociale lorsqu'une convention bilatérale de sécurité sociale est conclue avec la France, ce qui est le cas de la Côte d'Ivoire, qui a conclu une convention de sécurité sociale le 16 janvier 1985.

Cependant, ils ont la faculté de s'assurer contre les risques de maladie, maternité, invalidité et, pour le risque accident du travail et maladie professionnelle, auprès de la caisse des Français de l'étranger.

Selon l'article L. 762-8 du code de la sécurité sociale, l'assurance volontaire accident du travail et maladie professionnelle donne droit à l'ensemble des prestations prévues par le livre IV dudit code. La loi ne renvoie par conséquent qu'aux prestations légales (soins, rentes, indemnités journalières) et non aux prestations, indemnités et majorations, comme

le prévoit par exemple l'article 40-1 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 relatif aux victimes de l'amiante.

L'employeur ne peut donc pas être tenu des conséquences d'une affiliation à laquelle il est étranger puisqu'il s'agit d'une affiliation volontaire, par le seul fait du salarié, qui doit assumer les obligations de l'employeur selon l'article R. 762-24 du code de la sécurité sociale.

C'est la raison pour laquelle, en l'espèce, par un premier arrêt devenu définitif, la demande de la salariée tendant à la réparation de son préjudice sur le fondement de la faute inexcusable de l'employeur a été déclarée irrecevable. La salariée avait fait valoir, dans un premier temps, devant le tribunal des affaires de sécurité sociale puis la cour d'appel, que l'employeur n'avait donné aucune suite à ses demandes de rapatriement alors que la situation en Côte d'Ivoire devenait très dangereuse pour les ressortissants français.

Dans une seconde instance, qui a donné lieu à la présente décision, la salariée a intenté une action en responsabilité contre son employeur devant la juridiction prud'homale sur le fondement de l'article L. 4121-1 du code du travail instaurant une obligation de sécurité et de protection à l'égard des salariés.

Pour rejeter le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel qui a retenu la responsabilité de l'employeur, la chambre sociale, faisant application d'une jurisprudence constante sur ce point, rappelle que le salarié dont l'affection n'est pas prise en charge au titre de la législation sur les accidents du travail ou les maladies professionnelles peut engager une action contre son employeur sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile contractuelle.

C'est ainsi que, statuant sur le cas d'un salarié n'ayant pu obtenir la prise en charge de son arrêt de travail à la suite de douleurs au niveau du genou et ayant demandé la réparation de son préjudice à son employeur, la chambre avait décidé que l'affection, qui, en vertu de la législation alors applicable, n'avait pu être prise en charge au titre des maladies professionnelles, pouvait donner lieu à mise en cause de la responsabilité contractuelle de l'employeur s'il était établi que cette affection était liée aux mauvaises conditions de son travail imposées par l'employeur (Soc., 11 octobre 1994, pourvoi n° 91-40.025, *Bull.* 1994, V, n° 269).

De même, dans une autre décision où un salarié prétendait que son affection était due à de mauvaises conditions de travail, la chambre avait décidé que le salarié, dont l'affection ne peut pas être prise en charge au titre de la législation sur les accidents du travail ou les maladies professionnelles, peut engager une action contre son employeur selon le droit commun de la responsabilité civile contractuelle (Soc., 28 octobre 1997, pourvois n° 95-40.272 et n° 95-40.509, *Bull.* 1997, V, n° 339).

Rappelons également que, pour la chambre sociale, lorsqu'un salarié est licencié en raison d'une inaptitude consécutive à une maladie professionnelle qui a été jugée imputable à une faute inexcusable de l'employeur, il a droit à une indemnité réparant la perte de son emploi due à cette faute de l'employeur (Soc., 17 mai 2006, pourvoi n° 04-47.455, *Bull.* 2006, V, n° 176).

En l'espèce, la responsabilité civile de l'employeur était encourue dès lors que ce dernier n'avait apporté aucune réponse aux craintes exprimées par la salariée et n'avait nullement pris en compte le danger encouru par elle.

La décision est d'autant plus importante que la salariée était en mission à l'étranger et que l'agression dont elle avait été victime était survenue à l'occasion d'un retrait d'argent effectué par son conjoint en dehors de son temps de travail, comme le faisait valoir la deuxième branche du moyen.

Un tel argument ne pouvait cependant qu'être rejeté : en effet, l'employeur est toujours tenu de veiller sur la sécurité du salarié qu'il envoie en mission pour l'entreprise. L'accident survenu en dehors de l'exécution proprement dite du contrat de travail engage néanmoins la responsabilité de l'employeur lorsqu'il est survenu par le fait du travail (2^e Civ., 22 février 2007, pourvoi n° 05-13.771, *Bull.* 2007, II, n° 54). Désormais, en effet, le salarié effectuant une mission a droit à la protection pendant tout le temps de la mission qu'il accomplit pour son employeur, peu important que l'accident survienne à l'occasion d'un acte professionnel ou d'un acte de la vie courante, sauf possibilité pour l'employeur ou la caisse primaire de rapporter la preuve que le salarié a interrompu sa mission pour un motif personnel (Soc., 19 juillet 2001, pourvoi n° 99-21.536, pourvoi n° 99-20.603, *Bull.* 2001, V, n° 285 ; 2^e Civ., 16 septembre 2003, pourvoi n° 02-30.009, *Bull.* 2003, II, n° 267). De même, ne pouvait qu'être rejetée la quatrième branche du moyen faisant allusion à un événement constitutif de force majeure, la cour d'appel ayant relevé que le dommage était prévisible.

D – Égalité de traitement, discrimination, harcèlement

1 – Égalité de traitement

Conventions collectives et égalité de traitement

Travail réglementation, rémunération – Salaire – Égalité des salaires – Atteinte au principe – Défaut – Cas – Différence dans l'attribution d'un avantage motivée par une différence de catégorie professionnelle – Condition

Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-14.725, *Bull.* 2011, V, n° 155,

Soc., 8 juin 2011, pourvois n° 10-11.933 et n° 10-13.663, *Bull.* 2011, V, n° 143

Représentation des salariés – Règles communes – Statut protecteur – Période de protection – Expiration – Moment – Détermination – Cas – Annulation des élections professionnelles

Soc., 8 juin 2011, pourvois n° 10-11.933 et n° 10-13.663, *Bull.* 2011, V, n° 143

Représentation des salariés – Règles communes – Contrat de travail – Licenciement – Mesures spéciales – Inobservation – Indemnisation – Évaluation

Soc., 8 juin 2011, pourvois n° 10-11.933 et n° 10-13.663, *Bull.* 2011, V, n° 143

Deux ans après avoir affirmé, par un arrêt du 1^{er} juillet 2009 (pourvoi n° 07-42.675, *Bull.* 2009, V, n° 168), s'agissant d'un accord collectif, qu'en application du principe d'égalité de traitement, « la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même

justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence », la chambre sociale était saisie de deux pourvois qui lui donnaient l'occasion de préciser et d'affiner cette jurisprudence.

La première décision (pourvoi n° 10-14.725) examinait un arrêt ayant fait droit à la demande d'un salarié qui, récemment promu cadre, revendiquait la prime conventionnelle d'ancienneté que la convention collective de l'industrie pharmaceutique prévoyait au bénéfice des seuls salariés assimilés cadres. La cour d'appel avait estimé qu'aucune raison objective ne pouvait justifier la disparité de traitement entre les cadres et les assimilés cadres, s'agissant de la prise en compte de l'ancienneté. La seconde décision (pourvois n° 10-11.933 et n° 10-13.663) examinait un arrêt qui, pour condamner un employeur à verser à un salarié relevant de la catégorie « ETAM » l'indemnité conventionnelle de préavis et l'indemnité conventionnelle de licenciement prévues pour les cadres, avait fondé sa décision sur la simple évocation des principes d'égalité de traitement et de prohibition des discriminations.

Ces deux affaires permettaient donc à la chambre sociale de préciser, d'une part, dans quelle mesure une convention collective pouvait éventuellement fonder des différences de traitement entre des salariés appartenant à des catégories professionnelles distinctes prévues par ladite convention, et, d'autre part, l'office du juge dans ce type de contentieux.

Consciente de l'importance des enjeux de cette question, la chambre sociale avait recueilli, en amont du traitement de ces affaires, l'avis des principales organisations syndicales de salariés et d'employeurs, ainsi que de plusieurs personnalités.

Dans ces deux arrêts du 8 juin 2011, la chambre sociale réaffirme d'abord, conformément à l'attendu de principe de l'arrêt du 1^{er} juillet 2009, que le principe d'égalité de traitement doit être respecté par les accords collectifs, ce qui a pour conséquence que la seule référence à l'appartenance à des catégories professionnelles ne saurait en elle-même suffire à justifier les disparités de traitement.

Toutefois, elle précise, ensuite, que la différence de catégorie professionnelle peut constituer un élément objectif et pertinent de différenciation de traitement entre salariés, dès lors que la différence de traitement correspond à la prise en compte, par l'accord collectif, des spécificités des situations des salariés relevant de catégories professionnelles distinctes, notamment en ce qui concerne les conditions d'exercice des fonctions, l'évolution de carrière ou les modalités de rémunération. Ainsi, dès lors que les différences de traitement, prévues par une convention collective, sont fondées sur les différences de catégories professionnelles, il appartient au juge, saisi d'une demande fondée sur l'illicéité d'une différence de traitement au regard du principe d'égalité de traitement, de vérifier si ces différences ont pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités des situations des salariés appartenant à chacune de ces catégories.

Dans les deux affaires dont elle était saisie, la chambre sociale censure donc pour défaut de base légale les arrêts qui avaient retenu que les différences de traitement n'étaient pas justifiées, en reprochant aux juges du fond de ne pas avoir recherché si les différences de traitement résultant des conventions collectives applicables n'avaient pas pour objet ou pour

but de prendre en compte les spécificités des situations des salariés relevant de chacune des catégories professionnelles définies par les conventions collectives.

2 – Discrimination

Discrimination en raison de l'état de santé

Contrat de travail, exécution – Employeur – Discrimination entre salariés – Discrimination fondée sur l'état de santé ou le handicap – Prohibition – Portée

Soc., 25 janvier 2011, pourvoi n° 09-72.834, Bull. 2011, V, n° 29

Le présent arrêt combine l'application de plusieurs dispositions légales et réglementaires pour retenir que le salarié en cause, engagé par contrat à durée déterminée, a fait l'objet d'une mesure discriminatoire directe du fait du non-renouvellement de son contrat de travail à son terme en raison de son état de santé.

Il résulte de l'article L. 1132-1 du code du travail qu'aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de renouvellement de contrat, en raison de son état de santé.

En l'espèce, un salarié, engagé dans le cadre d'un contrat relatif aux activités d'adultes relais pour une durée déterminée de trois ans renouvelable une fois, avait vu son contrat non renouvelé à son terme au motif que le médecin du travail, qui l'avait examiné après un arrêt de travail, avait émis des restrictions quant à son aptitude à son emploi.

Pour juger que le salarié n'avait pas fait l'objet d'une mesure discriminatoire, la cour d'appel, faisant application du mécanisme probatoire prévu par l'article L. 1134-1 du code du travail, avait d'abord considéré que le salarié présentait des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination dès lors qu'il était établi au dossier que la plupart des autres personnes engagées en même temps que lui par voie de contrat adultes relais avaient vu leur contrat renouvelé à son terme. Mais, ensuite, estimant que les réserves émises par le médecin du travail sur l'aptitude du salarié constituaient des raisons objectives, nécessaires et appropriées pour l'employeur de ne pas renouveler son contrat, elle avait jugé que la mesure de non-renouvellement était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en s'appuyant sur les dispositions de l'article L. 1133-3, selon lesquelles les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées.

La solution pouvait sembler rigoureuse en droit si ce n'est que l'article L. 1133-3 du code du travail pose comme condition de son application des différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé. Or, en l'espèce, le médecin du travail n'avait pas constaté l'inaptitude du salarié dans les conditions prévues par l'article R. 4624-31 du code du travail mais avait seulement exprimé des réserves sur son aptitude à réaliser son travail dans toutes ses dimensions et exigences. À partir du moment où l'inaptitude du salarié n'avait pas été constatée, l'article L. 1133-3 ne

pouvait trouver à s'appliquer et, s'il ne pouvait trouver à s'appliquer, il en découlait que le non-renouvellement du contrat du salarié pour un motif tenant à son état de santé avait le caractère d'une mesure discriminatoire au sens de l'article L. 1132-1.

Discrimination en raison de l'âge

Contrat de travail, rupture – Retraite – Mise à la retraite – Conditions – Âge – Discrimination fondée sur l'âge – Possibilité – Dispositions réglementaires autorisant la mise à la retraite à un certain âge – Portée

Contrat de travail, exécution – Employeur – Discrimination entre salariés – Discrimination fondée sur l'âge – Justifications – Objectif légitime – Moyens nécessaires et appropriés de réalisation – Office du juge

Soc., 16 février 2011, pourvoi n° 10-10.465, Bull. 2011, V, n° 50

Union européenne – Travail – Principe de non-discrimination – Directive n° 2000/78/CE, du 27 novembre 2000 – Application directe – Application directe dans les rapports entre particuliers – Portée

Soc., 16 février 2011, pourvoi n° 09-72.061, Bull. 2011, V, n° 52

L'arrêt EDF (pourvoi n° 09-72-061) rendu au visa de l'article 6 § 1 de la Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail n'apporte rien de nouveau par rapport au droit antérieur. En jugeant qu'une différence fondée sur l'âge de mise à la retraite, en fonction des catégories d'emplois dans une même entreprise, devait être objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif devaient être appropriés et nécessaires, il reprend en effet une solution adoptée dans de précédentes décisions (Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 08-45.307, *Bull.* 2010, V, n° 105; Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 08-43.681, *Bull.* 2010, V, n° 105). Parce qu'il tranche une question inédite, l'arrêt SNCF (pourvoi n° 10-10-465) est en revanche novateur.

Une salariée mise à la retraite avait saisi le juge administratif d'une demande d'annulation d'une décision du ministre chargé des transports refusant d'abroger le décret n° 54-24 du 9 janvier 1954 portant règlement d'administration publique pour l'application aux agents de la SNCF du décret n° 53-711 du 9 août 1953 relatif au régime des retraites des personnels de l'État et des services publics, plus particulièrement son article 2 qui permet à la SNCF de prononcer d'office l'admission à la retraite des agents qui remplissent la double condition d'âge et d'ancienneté de services prévue par l'article 7 du règlement des retraites, c'est-à-dire à cinquante-cinq ans pour les agents sédentaires ayant comptabilisé vingt-cinq années de services et pouvant bénéficier d'une pension de retraite normale. Par un arrêt du 19 mai 2006 (n° 274692, mentionné aux tables du *Recueil Lebon*), le Conseil d'État avait rejeté la requête de l'intéressée en jugeant que « la possibilité ouverte à la SNCF par les dispositions litigieuses de mettre d'office à la retraite tout agent qui remplit les conditions d'âge et de durée de services valables définies par le règlement de retraites, ne constitue pas une discrimination interdite par l'article L. 122-45 du code du travail ».

Mais l'intéressée avait aussi saisi le juge judiciaire en soutenant que si le texte réglementaire sur le fondement duquel l'employeur l'avait mise à la retraite pouvait ne pas être considéré comme constitutif d'une discrimination fondée sur l'âge, encore fallait-il que l'employeur établisse que la décision individuelle prononçant sa mise à la retraite était étrangère à toute discrimination fondée sur l'âge. Aux termes de l'article 2 du décret du 9 janvier 1954 précité, la mise à la retraite d'office est en effet une décision que la SNCF peut prendre ou ne pas prendre et, à ce titre, entre bien dans les prévisions de la Directive 2000/78/CE (CJCE, 16 octobre 2007, affaire n° C-411/05; CJCE, 5 mars 2009, affaire n° C-388/07).

L'arrêt du 16 février admet que si des dispositions réglementaires autorisant, à certaines conditions, la mise à la retraite d'un salarié à un âge donné peuvent ne pas constituer, par elles-mêmes, une discrimination interdite par l'article L. 1132-1 du code du travail, il n'en résulte pas que la décision de l'employeur de faire usage de la faculté de mettre à la retraite un salarié déterminé est nécessairement dépourvue de caractère discriminatoire. Or, en l'espèce, la SNCF n'avait aucun motif précis à l'appui de cette décision individuelle et se contentait de se prévaloir de l'arrêt du Conseil d'État devant lequel il avait soutenu que cette décision avait pour but « de lui permettre d'adapter ses effectifs à l'évolution du contexte dans lequel elle se situe » et que la mise à la retraite d'office constituait une mesure destinée « à apporter à l'entreprise publique une souplesse durable dans la gestion de ses effectifs, en fonction de l'évolution de son organisation et de son activité ». La chambre sociale rejette le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel qui, faisant application de l'article L. 1133-1 du code du travail aux termes duquel les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime, notamment de politique de l'emploi, et lorsque les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires, et après avoir relevé que la SNCF ne précisait pas l'objectif poursuivi par la mise à la retraite de la salariée, juge que la généralité du motif invoqué devant le juge administratif ne permettait pas de considérer la mise à la retraite de l'intéressée comme étant justifiée par un objectif légitime, de sorte qu'elle était constitutive d'une discrimination fondée sur l'âge et qu'elle devait être annulée.

3 – Harcèlement

Preuve du harcèlement moral

Contrat de travail, exécution – Harcèlement – Harcèlement moral – Existence – Faits établis par le salarié la faisant présumer – Effets – Preuve à rapporter par la partie défenderesse

Contrat de travail, exécution – Maladie du salarié – Maladie ou accident non professionnel – Arrêt de travail – Visite de reprise – Initiative de l'examen – Détermination

Soc., 25 janvier 2011, pourvoi n° 09-42.766, Bull. 2011, V, n° 30

I – Depuis une série de trois arrêts rendus le 24 septembre 2008 (pourvois n°s 06-45.794 et n° 06-45.747; n° 06-45.579; n° 06-43.504, *Bull.* 2008, V, n° 175) la chambre sociale a décidé de contrôler la qualification du harcèlement moral, affirmant ainsi sa volonté de vérifier

comment les juges du fond recherchaient la preuve du comportement incriminé. La volonté de la chambre sociale a été, en effet, d'harmoniser les pratiques des différentes cours d'appel et de préciser les règles qui conduisent à la recherche de la preuve.

Interprétant l'article L. 1152-1 du code du travail à la lumière de la Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, la chambre a affirmé que, dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à l'employeur, au vu de ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Le salarié doit donc établir la matérialité des faits qu'il invoque et les juges doivent appréhender ces faits dans leur globalité et rechercher s'ils permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral. Il revient ensuite à l'employeur d'établir que ces faits ne caractérisent pas une situation de harcèlement.

La présente décision rendue par la chambre conforte cette analyse. La chambre rappelle en particulier que lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui un harcèlement, il appartient aux juges d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Or, en l'espèce, la cour d'appel avait débouté la salariée de sa demande de dommages-intérêts pour harcèlement moral après avoir analysé séparément chacun des faits. Une telle méthode est condamnable car il appartenait à la cour d'appel de se prononcer sur l'ensemble des éléments retenus afin de dire s'ils laissaient présumer l'existence d'un harcèlement moral.

II – La seconde partie de l'arrêt est commentée *supra*, rubrique C – Santé et sécurité au travail.

Salarié protégé, inaptitude liée à un harcèlement, principe de séparation des pouvoirs

Contrat de travail, exécution – Harcèlement – Harcèlement moral – Préjudice – Réparation – Cas – Salarié protégé – Salarié licencié pour inaptitude physique – Demande d'indemnisation devant le juge prud'homal – Possibilité – Détermination – Portée

Soc., 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-10.687, en cours de publication

Soc., 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-30.463, en cours de publication

Soc., 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-18.417, en cours de publication

Voir le commentaire *infra*, rubrique F – 3 – Protection des représentants du personnel.

E – Accords collectifs et conflits collectifs du travail

1 – Accords et conventions collectifs

Application dans le temps de la loi du 4 mai 2004 autorisant des dérogations au principe de faveur

Statut collectif du travail – Conventions et accords collectifs – Dispositions générales – Principe de faveur – Dérogation prévue par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 – Application dans le temps – Non-rétroactivité – Portée
Soc., 9 mars 2011, pourvoi n° 09-69.647, Bull. 2011, V, n° 73

La Cour de cassation était appelée à statuer pour la première fois – ce qui en soi est assez étonnant – sur l’interprétation de l’article 45 de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, qui prévoit la non-rétroactivité des dispositions issues de cette loi qui autorisent à déroger par un accord collectif d’entreprise, même par des clauses moins favorables, à un accord collectif de niveau supérieur.

On sait qu’il s’agit là d’un grand bouleversement dans la hiérarchie des normes, puisque la loi du 4 mai 2004 a posé le principe de la supplétivité des dispositions conventionnelles issues des conventions de branche par rapport aux dispositions des accords collectifs d’entreprise. À l’exception de certaines matières, l’accord d’entreprise peut, depuis l’entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, prévoir des dispositions différentes de celles d’un accord de niveau supérieur, même dans un sens moins favorable.

C’est donc une double innovation qu’apporte la loi du 4 mai 2004. D’une part, l’accord d’entreprise prévaut sur l’accord de niveau supérieur, même s’il lui est contraire, et cela, sauf si l’accord de branche prévoit expressément qu’il ne peut y avoir dérogation. D’autre part, l’accord d’entreprise peut déroger même sans respect du principe de faveur, qui était jusque-là admis comme condition incontournable d’une dérogation par une norme inférieure à une norme supérieure. Ces nouvelles dispositions ont été soumises au Conseil constitutionnel, qui, dans sa décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, les a validées en s’appuyant notamment sur l’absence d’effet rétroactif de la loi expressément évoquée par l’article 45 de ladite loi.

La question soumise à la Cour de cassation par le présent pourvoi portait sur l’interprétation de cet article. Quel sens donner à la disposition prévoyant que « la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords conclus avant l’entrée en vigueur de la présente loi demeure opposable aux accords de niveaux inférieurs ? ». À l’instar de la plupart des commentaires doctrinaux publiés au sujet de cette loi (voir notamment B. Teyssié, « Le maintien de la “valeur hiérarchique” des conventions et accords collectifs antérieurs à la loi du 4 mai 2004 », in *Semaine sociale Lamy* 2004, n° 1175), la chambre sociale affirme que les dispositions de la loi nouvelle ne s’appliquent que pour autant que la convention collective à laquelle il veut être dérogé a été conclue après l’entrée en vigueur de la loi, et cela, sauf si les signataires de la convention collective de niveau supérieur ont expressément donné une valeur hiérarchique différente aux accords collectifs.

Il en résulte qu'il reste impossible de prévoir des dispositions moins favorables dans un accord collectif d'entreprise dès lors que la convention collective applicable au niveau supérieur a été conclue avant le 4 mai 2004.

Conventions collectives et égalité de traitement

Travail réglementation, rémunération – Salaire – Égalité des salaires – Atteinte au principe – Défaut – Cas – Différence dans l'attribution d'un avantage motivée par une différence de catégorie professionnelle – Condition

Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-14.725, *Bull.* 2011, V, n° 155

Soc., 8 juin 2011, pourvois n° 10-11.933 et n° 10-13.663, *Bull.* 2011, V, n° 143

Représentation des salariés – Règles communes – Statut protecteur – Période de protection – Expiration – Moment – Détermination – Cas – Annulation des élections professionnelles

Soc., 8 juin 2011, pourvois n° 10-11.933 et n° 10-13.663, *Bull.* 2011, V, n° 143

Représentation des salariés – Règles communes – Contrat de travail – Licenciement – Mesures spéciales – Inobservation – Indemnisation – Évaluation

Soc., 8 juin 2011, pourvois n° 10-11.933 et n° 10-13.663, *Bull.* 2011, V, n° 143

Voir commentaire *supra*, rubrique D – 1 – Égalité de traitement.

Avantages individuels acquis, qualification

Statut collectif du travail – Conventions et accords collectifs – Dispositions générales – Dénonciation – Effets – Conclusion d'un nouvel accord – Défaut – Maintien des avantages individuels acquis – Domaine d'application – Exclusion – Cas – Avantage collectif

Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 09-42.807, *Bull.* 2011, V, n° 146

Cet arrêt apporte une précision importante quant à la définition de l'avantage individuel acquis qui demeure applicable au salarié en cas de mise en cause d'un accord collectif non suivi de la conclusion d'un accord de substitution (article L. 2261-14 du code du travail). La chambre juge que constitue un avantage individuel acquis au sens de cet article « celui qui, au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif [ou de la mise en cause], procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel » (*Soc.*, 28 avril 2006, pourvoi n° 04-41.863, *Bull.* 2006, V, n° 155). Mais la distinction entre avantage individuel et avantage collectif peut être délicate.

Par le présent arrêt, la chambre décide que constitue un avantage collectif, et non un avantage individuel acquis, celui dont le maintien est incompatible avec le respect par l'ensemble des salariés concernés de l'organisation collective du temps de travail qui leur est

désormais applicable. Il s'agissait en l'occurrence d'une pause de quarante-cinq minutes que le nouvel employeur avait décidé de ne plus rémunérer. Les salariés, estimant avoir droit au maintien de cet avantage, partaient quarante-cinq minutes avant la fin du travail. La chambre juge en conséquence que le maintien de l'avantage était incompatible avec le respect de l'horaire collectif.

Il convient cependant de rappeler que, dans un arrêt antérieur (Soc., 16 septembre 2008, pourvoi n° 07-43.580), il avait été jugé que « tant le niveau que la structure de la rémunération résultant d'un accord collectif dénoncé constitue à l'expiration des délais précités un avantage individuel acquis qui est incorporé au contrat de travail des salariés employés par l'entreprise à la date de la dénonciation ». Cette affaire assez similaire à celle commentée, puisqu'il s'agissait là aussi de la suppression de la rémunération d'une pause, s'en distinguait cependant nettement en ce que cette suppression n'avait eu aucun impact sur l'horaire collectif de travail.

Ces deux jurisprudences de la chambre sociale ont donc vocation à coexister et à s'appliquer en fonction des effets du maintien de l'avantage acquis sur l'organisation collective de travail.

Ainsi, si son maintien est incompatible avec l'organisation collective du travail, l'avantage sera considéré comme collectif et ne pourra être maintenu. En revanche, si le maintien de l'avantage n'est nullement incompatible avec l'organisation collective du travail, il sera considéré comme un avantage individuel acquis. Et il devra continuer à bénéficier aux salariés.

2 – Conflits du travail

L'interdiction du recours aux salariés intérimaires pour accomplir le travail des salariés grévistes

Conflit collectif du travail – Grève – Effets – Remplacement des grévistes – Remplacement par des salariés intérimaires – Prohibition – Portée
Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-13.634, Bull. 2011, V, n° 54

Une société a eu recours, pendant les grèves de ses salariés, à des travailleurs engagés avant celles-ci dans l'entreprise, par contrats de travail temporaire. Soutenant qu'il avait été porté atteinte au droit de grève des salariés, un syndicat a saisi la juridiction civile d'une demande indemnitaire pour le préjudice distinct causé à la profession. La cour d'appel ayant accueilli cette demande, la question essentielle posée par le pourvoi de la société portait sur un aspect fondamental et rarissime en jurisprudence du droit de la grève : à quelles conditions un employeur peut-il avoir recours à des travailleurs temporaires engagés antérieurement au déclenchement du conflit collectif pour faire fonctionner l'entreprise ?

Les faits étaient différents de ceux ayant donné lieu à un arrêt remarqué de la première chambre civile (1^{re} Civ., 19 mai 1998, pourvoi n° 97-13.916, *Bull.* 1998, I, n° 182), qui avait statué, avec une approche différente de celle du Conseil d'État (CE, Ass., 18 janvier 1980, n° 07636, publié au *Recueil Lebon*), dans une affaire où La Poste avait engagé, après le déclenchement d'une grève, du personnel en contrats de travail à durée déterminée.

L'article L. 1251-10, alinéa premier, du code du travail, ne proscriit pas le recours pendant un conflit collectif à des travailleurs intérimaires. Le législateur n'ayant pas édicté d'infraction d'entrave au droit de grève, cet article implique de concilier deux droits de nature constitutionnelle : d'une part, le droit de grève des salariés, d'autre part, la liberté du commerce et de l'industrie de l'employeur. Cette conciliation doit par ailleurs prendre en compte le droit au travail des salariés temporaires, lesquels, engagés avant une grève, n'ont pas à subir les conséquences d'un conflit collectif auquel ils ne participent pas.

L'article L. 1251-10, alinéa premier, du code du travail a donc pour objet d'interdire à l'employeur de recourir au travail temporaire dans le dessein de remplacer des salariés dont le contrat de travail est suspendu en raison de leur participation à une grève et de priver leur action d'efficacité. Ayant constaté, dans la présente espèce, que l'employeur avait fait accomplir aux salariés intérimaires, en plus de leur travail habituel, celui de salariés grévistes, leur amplitude horaire ayant été augmentée, la cour d'appel en a exactement déduit que la société avait violé ce texte.

Un arrêt de la chambre criminelle (Crim., 2 décembre 1980, pourvoi n° 80-90.149, *Bull. crim.* 1980, n° 330) avait admis le recours au travail temporaire par l'employeur dès lors que les salariés, engagés avant une grève qui était imprévisible, avaient été employés conformément à leur qualification professionnelle. Mais cet arrêt avait déclaré irrecevable, comme nouveau, le moyen tiré d'une affectation des salariés à des tâches en dehors de leur contrat de travail initial.

L'arrêt de la chambre sociale apporte ainsi une précision fondamentale sur ce dernier point. Il s'en déduit que, l'affectation du salarié temporaire au-delà des termes de sa mission initiale signant la violation de cet article, la prohibition devrait aussi s'appliquer lorsque le travailleur temporaire, sortant de sa mission, est chargé d'exercer l'emploi d'un gréviste accomplissant une tâche temporaire.

La violation de l'article L. 1251-10, alinéa premier, du code du travail, apparaît donc possible indépendamment du respect de l'article L. 1251-5 de ce code, que l'employeur avait, en l'espèce, également méconnu. La solution dégagée par la chambre sociale vaudra également pour le contrat de travail à durée déterminée puisque les articles L. 1251-10, alinéa premier, et L. 1242-6, du code du travail, sont rédigés dans les mêmes termes.

F – Représentation du personnel et élections professionnelles

1 – Élections professionnelles

Procédure de contestation des élections professionnelles

Élections professionnelles – Comité d'entreprise et délégué du personnel
 – Opérations électorales – Modalités d'organisation et de déroulement
 – Régularité – Contestation – Saisine du tribunal d'instance – Forme –
 Déclaration écrite adressée au secrétariat-greffe – Date – Détermination –
 Portée

Soc., 6 janvier 2011, pourvoi n° 09-60.398, Bull. 2011, V, n° 7

Cet arrêt constitue un revirement de jurisprudence. Les décisions antérieures jugeaient que le recours en contestation de la régularité des élections professionnelles ou de la désignation d'un délégué syndical, lorsqu'il était fait par lettre adressée au secrétariat-greffe du tribunal d'instance, avait pour date la date de réception de cette lettre. L'arrêt du 6 janvier 2011 juge, au contraire, que le recours prévu par l'article R. 2314-28 du code du travail a pour date celle de l'envoi de la déclaration. Quoique rendu dans une espèce concernant les seuls délégués du personnel, il ne fait pas de doute que la solution vaut aussi, notamment, pour la contestation de l'élection des membres du comité d'entreprise ou de la désignation des représentants syndicaux au comité, celle des membres du CHSCT et celle de la désignation des délégués syndicaux (articles R. 2324-24, R. 4613-11 et R. 2143-5 du code du travail).

La chambre sociale s'aligne ainsi sur la jurisprudence de la deuxième chambre civile, qui, dans le cadre du contentieux de l'élection des conseillers prud'homaux, retient également la date d'expédition de la déclaration (voir 2^e Civ., 3 septembre 2009, pourvoi n° 09-60.008, *Bull.* 2009, II, n° 204). Certes, les textes relatifs à la contestation de l'élection des conseillers prud'homaux prévoient expressément la saisine du tribunal d'instance par voie de déclaration orale ou écrite, faite, remise ou adressée au greffe (articles R. 1441-55, R. 1441-73 et R. 1441-175 du code du travail), tandis que les articles R. 2314-28, R. 2324-24, R. 4613-11 et R. 2143-5, relatifs, respectivement, aux délégués du personnel, aux membres élus du comité d'entreprise, aux membres du CHSCT et aux délégués syndicaux, ne font pas mention des modalités par lesquelles peut être « faite » cette déclaration. Mais dès lors que la déclaration par voie postale est admise par la jurisprudence, les dispositions de l'article 668 du code de procédure civile, aux termes desquelles « la date de la notification par voie postale est, à l'égard de celui qui y procède, celle de l'expédition », deviennent applicables.

Validité du protocole préélectoral, fixation des modalités du scrutin

Élections professionnelles – Comité d'entreprise et délégué du personnel
– Opérations préélectorales – Modalités d'organisation et de déroulement
– Protocole d'accord préélectoral – Validité – Conditions – Détermination –
Portée

Soc., 6 octobre 2011, pourvoi n° 11-60.035, en cours de publication

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale a introduit dans le code du travail de nouvelles dispositions relatives à la validité du protocole d'accord préélectoral pour tenir compte de l'ouverture du premier tour des élections professionnelles aux organisations syndicales non représentatives satisfaisant à certains critères. Ces dispositions ont été codifiées aux articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du code du travail aux termes desquels : « La validité du protocole d'accord préélectoral conclu entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées est subordonnée à sa signature par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise. »

Cette loi conduit à distinguer les thèmes de la négociation du protocole d'accord préélectoral selon les règles de validité applicables. Quatre types de dispositions peuvent être distingués :

- celles pour lesquelles est expressément prévue l'application de la nouvelle règle de la double majorité mentionnée aux articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 (à savoir les clauses relatives à la répartition du personnel et des sièges entre les collègues, aux conditions de mise en place des délégués de site, à l'augmentation du nombre de membres du comité d'entreprise, à la détermination des établissements distincts et à la répartition des sièges entre les différents établissements et les différentes catégories, en vue de l'élection d'un comité central d'entreprise);
- celles pour lesquelles est expressément prévue l'application de la règle de l'unanimité (à savoir les clauses relatives au nombre, à la composition des collègues et à l'organisation du scrutin hors du temps de travail);
- celles pour lesquelles la loi renvoie à un accord de l'employeur et des organisations syndicales intéressées (à savoir les clauses relatives à la représentation des salariés travaillant en équipes successives, à la répartition des sièges au sein des instances mises en place dans les entreprises de travail temporaire);
- celles, enfin, pour lesquelles est expressément prévue l'application des règles de droit commun des accords collectifs (à savoir les clauses relatives à la durée des mandats et à la mise en place du vote électronique).

Les clauses du protocole d'accord préélectoral relatives aux modalités d'organisation et de déroulement des opérations relèvent de la troisième catégorie. Les articles L. 2314-23 et L. 2324-21, traitant des élections respectivement des délégués du personnel et des membres élus du comité d'entreprise, disposent en effet que : « Les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales font l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées. Cet accord respecte les principes généraux du droit électoral. Les modalités sur lesquelles aucun accord n'a pu intervenir peuvent être fixées par une décision du juge judiciaire. »

La portée de ces dispositions soulevait une difficulté résultant de ce que si le législateur a entendu faire de la règle de la double majorité la condition de validité de droit commun du protocole d'accord préélectoral, la loi du 20 août 2008, lorsqu'elle fait application de cette règle, le mentionne expressément, alors qu'il n'est pas indiqué, dans les autres cas, que la règle applicable déroge à la règle de droit commun.

La jurisprudence relative aux dispositions applicables avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 avait précisé que :

- « l'absence d'unanimité ne rend pas, à elle seule, le protocole d'accord préélectoral irrégulier mais a pour seul effet de permettre à la partie qui peut y avoir intérêt de saisir le juge d'instance d'une demande de fixation des modalités sur lesquelles l'accord unanime n'a pu intervenir » (Soc., 28 octobre 1997, pourvois n^{os} 96-60.272 à 96-60.275, *Bull.* 1997, V, n^o 350);
- « les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales pour les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise font l'objet d'un accord entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales intéressées; cet accord doit respecter les principes généraux du droit électoral; les modalités sur lesquelles aucun accord n'a pu

intervenir peuvent être fixées par une décision du juge d'instance statuant en dernier ressort en la forme des référés » (Soc., 3 février 1998, pourvoi n° 96-60.206, *Bull.* 1998, V, n° 61).

À l'occasion de litiges pour lesquels étaient applicables les nouvelles dispositions introduites par la loi du 20 août 2008, la chambre sociale a jugé que les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du code du travail définissent « les conditions de droit commun de validité du protocole préélectoral » (Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 09-60.419, *Bull.* 2011, V, n° 60).

Soucieuse de respecter la volonté du législateur et d'éviter d'accroître la complexité résultant de la diversité des règles de validité, la chambre sociale, par le présent arrêt, a confirmé que, sauf disposition légale différente, les clauses du protocole préélectoral sont soumises aux conditions de validité définies par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du code du travail. Elle a apporté, par la même décision, deux précisions importantes selon que le protocole d'accord préélectoral répond ou non à la condition de double majorité :

- si cette condition est satisfaite, les stipulations du protocole d'accord préélectoral sont valides ; toutefois, elles peuvent être contestées devant le juge judiciaire en ce que ces stipulations seraient contraires à l'ordre public, notamment s'agissant de celles fixant les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales, en ce qu'elles méconnaîtraient les principes généraux du droit électoral ;
- si cette condition n'est pas remplie, comme antérieurement, cette circonstance ne rend pas irrégulier le protocole préélectoral mais a pour effet de permettre à la partie qui peut y avoir intérêt de saisir le juge d'instance d'une demande de fixation des modalités d'organisation et de déroulement du scrutin

En tout état de cause, seul le juge judiciaire est compétent pour apprécier si le protocole d'accord préélectoral répond ou non à la condition de double majorité (Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 09-60.483, *Bull.* 2011, V, n° 67).

2 – Droit syndical

Mode de calcul des suffrages permettant d'établir la représentativité syndicale

Syndicat professionnel – Représentativité – Détermination – Critères – Résultats des élections professionnelles – Calcul des voix – Modalités – Portée

Soc., 6 janvier 2011, pourvoi n° 10-17.653, *Bull.* 2011, V, n° 10

Soc., 6 janvier 2011, pourvoi n° 10-60.168, *Bull.* 2011, V, n° 11

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale conditionne désormais la représentativité des syndicats et, par conséquent, leur capacité à participer à la négociation collective, au vote des électeurs aux élections professionnelles dans l'entreprise. Selon l'article L. 2122-1 du code du travail, sont représentatives les organisations syndicales qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise.

Pour décompter les suffrages exprimés en tant qu'ils déterminent le score pris en compte pour apprécier la représentativité des organisations syndicales, deux méthodes pouvaient être sérieusement envisagées. Les articles L. 2314-24 et L. 2324-22 du code du travail autorisant les électeurs à rayer le nom de certains candidats, il pouvait être envisagé de calculer la moyenne obtenue par la liste en tenant compte de ces éventuelles ratures. Mais il pouvait aussi être considéré que tout bulletin recueilli par une liste est un vote exprimé en faveur du syndicat qui l'a présentée, quand bien même le nom de certains candidats aurait fait l'objet de ratures.

Dès lors que, par la faculté de raturer des noms de candidat, les électeurs disposent du droit de contester le choix des candidats proposés par une organisation syndicale, la jurisprudence a toujours fait application de la première méthode pour répartir entre les listes, et au scrutin proportionnel, le nombre de sièges à pourvoir (voir, par exemple, Soc., 13 mai 2003, pourvoi n° 01-02.042, *Bull.* 2003, V, n° 163). Lorsqu'un électeur raye deux noms sur une liste en comportant quatre, il exprime la volonté de ne conférer que deux sièges à la liste. Son vote ne peut donc pas être comptabilisé pour une unité, s'agissant de l'attribution des sièges, mais pour une demie.

S'agissant en revanche de l'appréciation de l'audience des syndicats en ce qu'elle est un des éléments fondateurs de leur représentativité, les arrêts rendus le 6 janvier 2011 (pourvois n° 10-60.168 et n° 10-17.653) jugent que tout bulletin exprimé en faveur d'une organisation syndicale doit être pris en compte pour une unité quand bien même le nom de certains candidats aurait été rayé. Il ne s'agit plus en effet de savoir combien une liste a d'élus et qui sont ces derniers, mais d'apprécier, à travers un vote, l'« adhésion » des électeurs à des organisations syndicales et la confiance qu'ils leur témoignent pour les représenter dans la négociation collective.

Ces arrêts traduisent une nouvelle fois la double fonction désormais assignée aux élections professionnelles dans l'entreprise : élire des personnes, légitimer les acteurs institutionnels de la négociation collective. Le bulletin de vote est unique, mais il ne doit pas y avoir interférence entre ces deux fonctions. Dans le second cadre – et la solution adoptée le 6 janvier 2011 vaut aussi bien pour le calcul de la représentativité syndicale que pour celui de l'aptitude d'un syndicat à signer ou négocier un accord préélectoral ou un accord collectif – le vote exprimé par un salarié est nécessairement entièrement affecté à l'organisation syndicale qui s'est présentée aux suffrages.

Périmètre de désignation du délégué syndical, principe de concordance

Syndicat professionnel – Délégué syndical – Désignation – Cadre de la désignation – Détermination – Portée

Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.383, Bull. 2011, V, n° 120

Cet arrêt tire les conséquences des nouvelles dispositions de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 relatives aux conditions de désignation d'un délégué syndical, en unifiant le périmètre déterminant la mise en place d'un comité d'établissement avec celui permettant la désignation d'un délégué syndical.

Jusqu'à la loi du 20 août 2008, la jurisprudence, tant de la Cour de cassation que du Conseil d'État, était fondée sur le caractère fonctionnel et relatif de la détermination du périmètre des établissements distincts. Les conditions de la détermination d'un périmètre d'établissement distinct dépendaient donc de l'institution représentative à mettre en place : comité d'établissement, délégué syndical ou délégation du personnel. Il était par conséquent admis qu'un établissement distinct puisse être reconnu pour la mise en place d'une institution, et refusé pour une autre institution représentative (Soc., 19 novembre 1986, pourvoi n° 86-60.145, *Bull.* 1986, V, n° 546 : l'existence d'un établissement distinct en matière d'élection des délégués du personnel ne peut se déduire de l'organisation des élections des membres du comité d'entreprise, les critères n'étant pas nécessairement les mêmes).

S'agissant plus particulièrement de l'établissement distinct permettant la désignation d'un délégué syndical, la chambre sociale donnait les critères suivants : « caractérise un établissement distinct permettant la désignation de délégués syndicaux, le regroupement, sous la direction d'un représentant de l'employeur, d'au moins cinquante salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques, peu important que le représentant de l'employeur ait le pouvoir de se prononcer sur ces revendications » (Soc., 24 avril 2003, pourvoi n° 01-60.876, *Bull.* 2003, V, n° 141).

Les conditions permettant la détermination d'un établissement distinct pour la mise en place du comité d'établissement ont, elles, été fixées par le Conseil d'État, puisque l'article L. 2327-7 du code du travail lui donne compétence exclusive à cet égard. Il a ainsi jugé que ne constituent pas des établissements distincts pour l'application de l'article 21 de l'ordonnance du 22 février 1945 des services qui ont une implantation géographique distincte mais qui ne possèdent aucune comptabilité propre et ne présentent qu'un degré d'autonomie très réduit, tant en ce qui concerne la gestion du personnel qui y est affecté qu'en ce qui a trait à l'exécution du service (CE, 29 juin 1973, n° 77982, publié au *Recueil Lebon*).

La principale distinction entre les deux définitions des établissements distincts tenait à l'importance, s'agissant de l'établissement distinct périmètre du comité d'établissement, du critère d'autonomie, notamment au regard de l'étendue des délégations du directeur, afin que « les principales missions et le fonctionnement des comités d'établissement puissent être assurés à leur niveau » (CE, 27 mars 1996, n° 155790, publié au *Recueil Lebon*).

La loi du 20 août 2008 a cependant obligé à repenser la conception fonctionnelle de l'établissement distinct.

D'une part, en mettant l'accent, s'agissant des délégués syndicaux, avant tout sur leur mission de négociateurs des accords collectifs. Dans ces conditions, la présence d'un représentant de l'employeur habilité à de telles négociations devient une condition prééminente, et la définition de l'établissement distinct se rapproche de celle retenue pour le périmètre du comité d'établissement.

D'autre part et surtout, en conditionnant la validité de la désignation d'un délégué syndical à l'obtention, par le syndicat qui le désigne, d'une audience électorale recueillie au premier tour des élections « au comité d'entreprise ou au comité d'établissement ».

L'article L. 2121-1 5° du code du travail établissant un principe de concordance entre la prise en compte de l'audience électorale et le niveau de négociation, il en résulte :

- que le score électoral participant à la détermination de la représentativité d'un syndicat est celui obtenu aux élections au comité d'entreprise ou au comité d'établissement quand bien même, en application d'un accord collectif, le périmètre au sein duquel le syndicat désigne un délégué syndical serait plus restreint que celui du comité et correspondrait à un établissement distinct dans le cadre duquel doit être organisée l'élection des délégués du personnel (Soc., 10 novembre 2010, pourvoi n° 09-72.856, *Bull.* 2010, V, n° 257. À rapprocher de CE, 11 octobre 2010, n° 327660, publié au *Recueil Lebon*);
- qu'en l'absence d'accord collectif prévoyant un périmètre plus restreint pour la désignation des délégués syndicaux, c'est nécessairement sur le périmètre retenu pour les élections des membres du comité d'établissement ou d'entreprise que s'effectue cette désignation.

C'est cette dernière affirmation, contenue en filigrane dans plusieurs décisions portant application de la loi du 20 août 2008 (voir notamment Soc., 10 novembre 2010, pourvoi n° 09-60.451, *Bull.* 2010, V, n° 256), que réitère l'arrêt du 18 mai 2011 ici commenté. Cette décision ne fait que tirer les conséquences du principe de concordance revu par la loi du 20 août 2008, et n'est évidemment en rien annonciatrice, comme certains commentateurs en ont exprimé la crainte, d'une volonté jurisprudentielle de fusion des différentes institutions représentatives du personnel.

Deux arrêts postérieurs du 29 juin 2011 (pourvois n° 10-27.582 et n° 10-28.628) viennent en toute logique préciser que, lorsque l'autorité administrative a été saisie pour déterminer l'existence d'établissements distincts pour les élections des membres du comité d'établissement, le tribunal d'instance devant lequel est contestée la désignation d'un délégué syndical au regard de son périmètre de désignation doit surseoir à statuer jusqu'à la décision administrative, afin d'en tirer les conséquences sur l'existence ou non d'un établissement distinct permettant la désignation d'un délégué syndical.

Caractère d'ordre public absolu des règles d'établissement de la représentativité syndicale et du périmètre d'établissement

Syndicat professionnel – Représentativité – Détermination – Critères – Résultats des élections professionnelles – Appréciation – Périmètre – Modification par un accord collectif ou un engagement unilatéral de l'employeur – Possibilité (non)

Soc., 6 janvier 2011, pourvoi n° 10-18.205, Bull. 2011, V, n° 9

Selon l'article L. 2122-1 du code du travail, le score électoral conditionnant la qualité de syndicat représentatif est celui obtenu au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise (ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel) et, selon l'article L. 2143-5, dans les entreprises de deux mille salariés et plus comportant au moins deux établissements de cinquante salariés chacun ou plus, chaque syndicat représentatif dans l'entreprise peut désigner un délégué syndical central d'entreprise, distinct des délégués syndicaux d'établissement, étant précisé par ce même texte que ce délégué syndical central est désigné par un syndicat qui a recueilli au moins 10 % des

suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise en additionnant les suffrages de l'ensemble des établissements compris dans l'entreprise.

Il résulte de ces textes que, lorsque sont mis en place des comités d'établissement, la représentativité d'un syndicat au sein d'un établissement donné est tributaire du score obtenu dans cet établissement. Un syndicat peut donc être représentatif dans un ou plusieurs établissements sans l'être nécessairement dans tous. De même, la représentativité au niveau de l'entreprise étant déterminée par consolidation des résultats obtenus dans chaque établissement, un syndicat peut être légalement représentatif dans l'entreprise sans l'être nécessairement dans chacun des établissements qui la composent.

Mais l'article L. 2141-10 du code du travail prévoit aussi que ces règles légales ne font pas obstacle aux conventions ou accords collectifs de travail comportant des clauses plus favorables, notamment celles qui sont relatives à l'institution de délégués syndicaux ou de délégués syndicaux centraux dans tous les cas où les dispositions légales n'ont pas rendu obligatoire cette institution.

La question posée dans cette affaire était de savoir si, par application de ce texte, un accord collectif ou un engagement unilatéral de l'employeur peuvent prévoir qu'un syndicat, légalement représentatif dans l'entreprise considérée dans son ensemble, l'est aussi dans chaque établissement, peu important le score électoral obtenu dans cet établissement.

L'arrêt répond négativement : ni un accord collectif, ni un engagement unilatéral de l'employeur, ne peuvent avoir pour effet de modifier les périmètres légaux d'appréciation de la représentativité syndicale. Quoiqu'il ne fasse pas appel à cette qualification, l'arrêt aboutit à conférer aux règles légales relatives à l'appréciation de la représentativité un caractère d'ordre public absolu. La solution s'explique sans doute par le fait que la notion de « plus » ou « moins » favorable est peu adaptée à l'appréciation de ce type de disposition conventionnelle. En outre, la volonté du législateur de soumettre la capacité des syndicats de négocier collectivement les conditions de travail des salariés à une légitimité réelle mesurée à travers l'audience peut être comprise comme une exigence non négociable.

Élections professionnelles – Comité d'entreprise et délégué du personnel – Opérations électorales – Modalités d'organisation et de déroulement – Texte applicable – Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale – Période transitoire prévue par la loi – Terme – Conditions – Première réunion de négociation du protocole préélectoral postérieure à la date de publication de la loi – Applications diverses

Syndicat professionnel – Représentativité – Détermination – Critères – Résultats des élections professionnelles – Dispositions de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 – Caractère d'ordre public absolu – Portée
Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.406, Bull. 2011, V, n° 116

Une société, au sein de laquelle ont eu lieu des élections au comité d'entreprise sur la base d'un protocole préélectoral dont la première réunion de négociation est postérieure à la publication de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, en absorbe deux autres, au sein desquelles de telles élections n'ont pas encore eu lieu. Un syndicat désigne alors un délégué

syndical en se prévalant d'une représentativité fondée, d'une part, sur les dispositions transitoires de cette loi qui prévoient que les syndicats affiliés à une organisation représentative au plan national interprofessionnel le demeurent jusqu'aux résultats des prochaines élections et, d'autre part, sur le fait qu'après l'opération de fusion, il a participé à la négociation et à la signature d'un accord collectif dans l'entreprise et que l'employeur l'a invité à désigner un délégué syndical. Sur requête de l'employeur, un tribunal d'instance annule cette désignation. Le présent arrêt rejette le pourvoi formé contre ce jugement.

Cet arrêt juge, d'une part, que la période transitoire ayant pris fin dans la société absorbante, les organisations syndicales ne peuvent se prévaloir de son maintien au motif que la société a ensuite absorbé des sociétés dans lesquelles cette période était encore en cours. La solution s'inscrit dans une approche objective et institutionnelle, construite sur la considération de l'entreprise, adoptée depuis longtemps en matière de fusion-absorption et qui fait, par exemple, que l'accroissement des effectifs par suite de l'absorption d'une société n'affecte pas les institutions existantes dans l'entreprise absorbante et n'oblige pas à organiser de nouvelles élections (Soc., 5 juin 1975, pourvoi n° 74-40.638, *Bull.* 1975, V, n° 310, ou, plus récemment, Soc., 13 octobre 2010, pourvoi n° 09-60.206, *Bull.* 2010, V, n° 225). Seul le maintien des mandats représentatifs existants dans les sociétés absorbées, dans le cas où elles conserveraient une autonomie au sein de la nouvelle organisation, pourrait conduire à asseoir une représentation des syndicats fondée sur les règles anciennes. Mais ce n'était pas le cas de l'espèce.

Mais cet arrêt juge, d'autre part et surtout, qu'en ce qu'elle soumet désormais la représentativité des organisations syndicales à la condition d'avoir obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés lors du premier tour de l'élection des membres titulaires du comité d'entreprise, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 est d'ordre public absolu. Ce mode d'établissement de la représentativité est donc exclusif de tout autre et interdit à un accord collectif, comme à un employeur, de reconnaître la qualité d'organisation syndicale représentative à un syndicat qui n'a pas satisfait à cette condition d'audience électorale.

Il y a là un changement important par rapport au droit antérieur, qui conduisait à admettre qu'à côté des modes légaux d'établissement de la représentativité, il y avait place pour un système de reconnaissance volontaire et mutuelle (voir, par exemple, Soc., 10 mars 2010, pourvoi n° 09-60.282, *Bull.* 2010, V, n° 63, admettant que la représentativité d'un syndicat pouvait être volontairement reconnue par l'employeur accordant à l'organisation les moyens réservés aux syndicats représentatifs). Mais, en subordonnant la représentativité des organisations syndicales à une condition d'audience électorale, le législateur fait désormais des salariés les acteurs majeurs et incontournables de cette représentativité : les modalités du vote sont d'ordre public absolu (Soc., 6 janvier 2011, pourvoi n° 10-18.205, *Bull.* 2011, V, n° 9, à propos du périmètre d'appréciation de la représentativité), le verdict des électeurs l'est aussi et ne peut être méconnu par un arrangement entre employeur et syndicats.

Conséquences de la désaffiliation syndicale

** Changement d'affiliation confédérale au cours de la période transitoire*

Syndicat professionnel – Représentativité – Syndicat affilié à une organisation syndicale représentative sur le plan national – Désaffiliation – Désaffiliation postérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 – Dispositions transitoires – Application – Portée
Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.264, Bull. 2011, V, n° 126

Cet arrêt intéresse le régime de la représentativité des organisations syndicales pendant la période transitoire instaurée par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 s'étendant de la date de la publication de la loi jusqu'aux premières élections des membres titulaires des comités d'entreprise ou d'établissement. La chambre sociale avait déjà jugé que les nouvelles dispositions de la loi, interprétées à la lumière des articles 6 et 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, n'excluent pas qu'un syndicat qui ne bénéficie pas de la présomption irréfragable de représentativité découlant de son affiliation à une organisation représentative au plan national interprofessionnel puisse établir cette représentativité, soit par affiliation postérieure à l'une de ces organisations, soit en apportant la preuve qu'il remplit les critères énoncés à l'article L. 2121-1 du code du travail dans sa rédaction issue de cette loi, à la seule exception de l'obtention d'un score électoral de 10 % auquel il devra satisfaire dès les premières élections professionnelles organisées dans l'entreprise (Soc., 10 mars 2010, pourvoi n° 09-60.065, *Bull.* 2010, V, n° 61 ; pourvoi n° 09-60.246, *Bull.* 2010, V, n° 62 ; pourvoi n° 09-60.282, *Bull.* 2010, V, n° 63). La représentativité peut donc être acquise pendant la période transitoire.

Il avait aussi été jugé que cette représentativité pouvait être perdue pendant la période transitoire par un syndicat qui ne bénéficiait pas de la présomption attachée à l'affiliation (Soc., 31 mars 2010, pourvoi n° 09-60.115, *Bull.* 2010, V, n° 84).

L'arrêt du 18 mai 2011 juge que, par application des dispositions légales interprétées à la lumière des articles 6 et 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la représentativité fondée sur l'adhésion à une confédération représentative au plan national interprofessionnel peut elle aussi être perdue pendant la période transitoire. En l'espèce, un syndicat affilié à la CFTC au jour de la publication de la loi et bénéficiant donc de la présomption irréfragable de représentativité qui caractérisait le droit antérieurement applicable, temporairement maintenu, s'était désaffilié de cette confédération pour s'affilier à l'UNSA qui, elle, n'est pas représentative au plan national interprofessionnel. L'arrêt juge qu'en perdant le support juridique qui fondait sa représentativité, le syndicat perd cette dernière. Il réserve cependant la possibilité pour le syndicat de faire la preuve de sa représentativité par application des nouveaux critères légaux à l'exception, bien entendu, du score électoral puisque les élections postérieures à la publication de la loi, lesquelles doivent marquer la fin de la période transitoire, ne sont pas encore intervenues.

*** Changement d'affiliation confédérale et sort des suffrages électoraux**

Syndicat professionnel – Délégué syndical – Désignation – Conditions – Résultats des élections professionnelles – Suffrages exprimés suffisants – Suffrages obtenus par le candidat d'un syndicat affilié à une confédération – Désaffiliation postérieure à l'élection – Portée

Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.300, Bull. 2011, V, n° 121

Syndicat professionnel – Représentativité – Détermination – Critères – Résultats des élections professionnelles – Suffrages exprimés suffisants – Défaut – Cas – Désaffiliation syndicale postérieure aux élections

Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-21.705, Bull. 2011, V, n° 124

Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.069, Bull. 2011, V, n° 125

Syndicat professionnel – Droits syndicaux – Exercice – Domaine d'application – Représentant syndical au comité d'entreprise – Désignation – Conditions – Élus au comité d'entreprise appartenant au syndicat désignataire – Désaffiliation du syndicat désignataire – Portée

Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.273, Bull. 2011, V, n° 123

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 fait de l'audience électorale un critère essentiel de la représentativité syndicale. L'article L. 2122-1 du code du travail, qui en est issu, prévoit en effet que sont représentatives dans l'entreprise ou l'établissement les organisations syndicales qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants. La périodicité de ces élections étant quadriennale, la représentativité d'une organisation syndicale dans une entreprise est donc fixée pour quatre ans et n'est susceptible d'être remise en cause que par un nouveau vote des électeurs à cette échéance. Le législateur n'a pas prévu le cas dans lequel un syndicat vient à se désaffilier, entre deux élections, de la confédération sous l'étiquette de laquelle il s'est présenté aux élections. Il n'a pas prévu non plus le cas dans lequel des candidats présentés par un syndicat au suffrage des électeurs, et qui ont été élus, démissionnent de ce syndicat, alors que, dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, l'article L. 2324-2 du code du travail prévoit que seuls les syndicats qui ont des élus peuvent désigner un représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement.

Ces difficultés étaient soumises à la chambre sociale dans quatre espèces. Dans la première et la quatrième affaire, était contestée la validité de la désignation d'un délégué syndical UNSA par un syndicat ayant obtenu au moins 10% des suffrages exprimés lors des dernières élections mais sous l'étiquette de la CFTC dont il s'était par la suite désaffilié au profit de l'UNSA. Dans la deuxième, était contestée la désignation d'un délégué syndical CFTC par une fédération affiliée à cette confédération alors que le syndicat STAAAP CFTC, devenu STAAAP UNSA, qui avait obtenu au moins 10% des suffrages exprimés lors des dernières élections dans l'entreprise, n'était plus affilié à la confédération CFTC au jour de cette désignation. Dans la troisième, était contestée la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise par une organisation syndicale SUD, qui se prévalait de l'existence

d'élus, lesquels avaient été présentés sur une liste déposée par un syndicat CGT-FO qu'ils avaient ensuite quitté pour adhérer au syndicat désignataire.

Par ces quatre arrêts du 18 mai 2011, la chambre juge que l'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats aux élections des membres du comité d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs. Elle constate ainsi un fait dont la réalité est attestée par la sociologie électorale. De cet élément, elle tire trois conséquences juridiques. La première est que pour établir, ou maintenir, sa représentativité, un syndicat ne peut pas, ou ne peut plus, invoquer des suffrages recueillis lors des élections professionnelles dans l'entreprise dès lors qu'ils ont été obtenus sous l'étiquette d'une confédération dont le syndicat s'est par la suite désaffilié. La deuxième est que la confédération, ou l'une de ses fédérations ou unions, sous l'étiquette de laquelle le score électoral a été obtenu peut, elle, procéder à la désignation d'un délégué syndical afin de maintenir dans l'entreprise la présence du mouvement syndical auquel les électeurs ont accordé au moins 10% de leurs suffrages, mais à la condition qu'au jour de cette désignation, elle justifie de l'existence dans l'entreprise d'une section syndicale constituée sous son sigle. La troisième est que pour désigner un représentant syndical au comité d'entreprise dans une entreprise d'au moins trois cents salariés, un syndicat ne peut pas se prévaloir de l'existence d'élus qui ont été présentés sous une affiliation différente de la sienne.

Depuis la loi du 20 août 2008, le vote est le support essentiel de la représentativité des organisations syndicales. Ces quatre arrêts s'attachent à respecter le choix des électeurs en attendant le moment où ils seront appelés à se prononcer de nouveau. Ils respectent aussi la volonté du législateur en inscrivant la représentativité des organisations syndicales dans la stabilité quadriennale voulue par la loi. Ils respectent enfin le choix des organisations syndicales elles-mêmes en préservant l'un des traits marquants du syndicalisme français qui est d'être un syndicalisme de tendance.

** Changement d'affiliation confédérale et sort du score électoral recueilli par le délégué syndical*

Syndicat professionnel – Délégué syndical – Désignation – Conditions – Candidats ayant obtenu 10 % des voix – Score obtenu par le candidat d'un syndicat affilié à une confédération – Nature – Détermination – Portée
Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-26.762, en cours de publication

Cet arrêt vient dans le prolongement de la série de décisions rendues le 18 mai 2011 (pourvoi n° 10-60.069, *Bull.* 2011, V, n° 125; pourvoi n° 10-21.705, *Bull.* 2011, V, n° 124; pourvoi n° 10-60.300, *Bull.* 2011, V, n° 121; Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.273, *Bull.* 2011, V, n° 123) sur les conséquences, sur le plan de l'exercice des prérogatives syndicales, des désaffiliations et réaffiliations des syndicats affiliés à une confédération syndicale. Dans les deux premières décisions précitées du 18 mai 2011, la chambre sociale a décidé que : « l'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats au premier tour des élections des membres titulaires du comité d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs ; [il] s'ensuit qu'en cas de désaffiliation après ces élections le syndicat ne peut continuer à se prévaloir des suffrages ainsi recueillis pour se prétendre représentatif ». Elle a ainsi considéré que le syndicat qui, après le scrutin, changeait d'affiliation, ne pouvait

conserver à son profit les suffrages obtenus alors qu'il s'était présenté sous une autre bannière syndicale, cette considération ayant été prise en compte par les électeurs dans leur choix.

En première analyse, on pouvait penser que la même solution devait s'appliquer aux suffrages obtenus par un candidat qui, changeant de syndicat après les élections, prétendrait s'appuyer sur les suffrages recueillis sur son ancienne liste syndicale pour être désigné, conformément aux dispositions de l'article L. 2143-3 du code du travail, délégué syndical par un autre syndicat.

C'est pourtant une position inverse que prend la Cour de cassation : le salarié qui a obtenu au moins 10 % des suffrages aux élections professionnelles en se présentant sur une liste syndicale conserve ces suffrages s'il change de syndicat et peut donc être valablement désigné par un autre syndicat. Cette solution s'appuie sur le fait que le score électoral exigé du salarié, en application de l'article L. 2143-3 du code du travail, pour être désigné délégué syndical, est un score personnel, qui a uniquement pour but de s'assurer que ce salarié est accepté par les autres salariés comme représentant dans la négociation collective. En ce qu'il n'est pas déterminant de la représentativité du syndicat à l'origine de la désignation, ce score électoral, qui d'ailleurs ne pourrait être « maintenu » à l'ancien syndicat si le candidat se désaffiliait, reste ainsi acquis à la personne physique qui l'a obtenu. Il appartient alors au seul syndicat désignataire d'apprécier si le salarié est en mesure de remplir la mission qu'il lui confie, malgré le changement d'affiliation.

** Changement d'affiliation confédérale et appréciation de l'expérience du syndicat*

Syndicat professionnel – Représentativité – Détermination – Critères – Influence dans l'entreprise – Caractérisation – Prise en considération des actions menées par le syndicat – Portée

Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-26.545, en cours de publication

Si la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a profondément rénové les critères de la représentativité syndicale, notamment en faisant du vote des électeurs un élément déterminant de cette dernière, elle a néanmoins maintenu certains des critères antérieurs dont l'influence, caractérisée prioritairement par l'activité et l'expérience (article L. 2121-1 du code du travail). Quoique ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour de l'élection des membres titulaires des comités d'entreprise, un syndicat peut donc voir sa représentativité contestée motif pris de son manque d'activité et d'expérience réelles dans l'entreprise. La difficulté dans cette affaire venait de ce que le syndicat auquel il était demandé de justifier de son influence avait changé d'affiliation confédérale avant les élections de sorte qu'une partie de l'activité et de l'expérience dont il faisait état se rapportait à des actions menées sous son ancienne affiliation. Or on sait que le syndicat qui change d'affiliation confédérale ne peut plus se prévaloir du score électoral obtenu sous son ancienne étiquette (Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.300, *Bull.* 2011, V, n° 121 ; pourvoi n° 10-21.705, *Bull.* 2011, V, n° 124 ; pourvoi n° 10-60.069, *Bull.* 2011, V, n° 125 ; pourvoi n° 10-60.273, *Bull.* 2011, V, n° 123, au présent *Rapport*). Fallait-il transposer cette solution à son activité et à son expérience ? L'arrêt répond négativement : la désaffiliation ne prive pas le syndicat du droit de se prévaloir, au titre de son influence, de l'ensemble de ses actions passées, y compris de celles qu'il a menées sous une autre étiquette.

La solution ne méconnaît pas le vote des électeurs car elle ne réalise aucun transfert de leurs suffrages au profit d'une organisation autre que celle en faveur de laquelle ils se sont prononcés. Elle assure au contraire le respect de leur volonté de maintenir la représentativité du syndicat sous une affiliation nouvelle. Elle est en harmonie avec la conservation par le syndicat de sa personnalité juridique et de son ancienneté malgré sa désaffiliation (Soc., 3 mars 2010, pourvoi n° 09-60.283, *Bull.* 2010, V, n° 54), cette conservation devenant en effet vide de sens si elle devait s'accompagner d'un effacement de la mémoire qui lui est nécessairement attachée. En pratique, la solution retenue est en outre la seule qui assure le jeu des recompositions syndicales, et donc de la liberté syndicale. La désaffiliation entraînant la perte de la représentativité, le syndicat désireux de modifier son affiliation confédérale ne le fera qu'à la veille des élections. Lui interdire alors de se prévaloir de ses actions passées serait subordonner toute recombinaison syndicale à une rupture, pour quatre ans, de la représentativité.

Un syndicat affilié à une confédération nationale catégorielle peut-il présenter des candidats dans tous les collèges ?

Syndicat professionnel – Représentativité – Syndicat affilié à une organisation syndicale représentative sur le plan national – Présentation de candidats dans plusieurs collèges – Détermination – Portée

Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-26.693, en cours de publication

Avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, la Cour de cassation jugeait qu'un syndicat affilié à la confédération générale des cadres, s'il bénéficiait d'une présomption de représentativité dans la catégorie des cadres, pouvait néanmoins présenter des candidats dans d'autres collèges à la condition d'y faire la preuve de sa représentativité (Ass. plén., 15 mars 1985, pourvoi n° 83-61.156, *Bull.* 1985, Ass. plén., n° 2 ; Soc., 11 janvier 1995, pourvoi n° 94-60.112 ; Soc., 30 octobre 2001, pourvoi n° 00-60.245 ; Soc., 26 septembre 2002, pourvoi n° 01-60.022, *Bull.* 2002, V, n° 299).

La loi du 20 août 2008 a considérablement modifié les conditions de la représentativité syndicale en faisant dépendre celle-ci d'un certain nombre de critères dont celui, essentiel, de la mesure de l'audience au premier tour des élections professionnelles. En ce qui concerne les organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale, l'article L. 2122-2 du code du travail prévoit sur ce point qu'elles sont représentatives à l'égard des personnels relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats dès lors qu'elles ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel dans ces collèges, quel que soit le nombre de votants.

Cet avantage quant à la mesure de l'audience dans les seuls collèges où le syndicat affilié à une confédération catégorielle interprofessionnelle nationale a présenté des candidats a été jugé conforme au principe constitutionnel d'égalité de traitement par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 7 octobre 2010, n° 2010-42 QPC) ainsi qu'aux articles 11 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme par un arrêt récent de la chambre sociale (Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-60.214).

Dans l'arrêt ci-dessus, la chambre sociale a été conduite à reconnaître la possibilité pour un syndicat affilié à la confédération générale des cadres de présenter des candidats dans d'autres collèges que le collège cadres à la condition que ses règles statutaires lui donnent vocation à représenter des salariés figurant dans ces collèges (sur l'opinion de la doctrine, voir M.-L. Morin et H. Masse-Dessen, *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1485, supplément, p. 31-32).

Le respect du principe d'égalité de traitement et du texte même de l'article L. 2122-2 du code du travail implique nécessairement que, par voie de conséquence, la mesure de l'audience électorale se fait alors en tenant compte des résultats obtenus dans les collèges où ce syndicat affilié à une confédération catégorielle interprofessionnelle nationale a présenté des candidats.

Conditions de désignation d'un délégué syndical central

Syndicat professionnel – Délégué syndical – Délégué syndical central – Désignation – Condition

Soc., 16 novembre 2011, pourvoi n° 10-28.201, en cours de publication

La loi n° 789-2008 du 20 août 2008 prévoit, désormais, une double condition électorale :

- le délégué syndical ne peut être désigné que par une organisation syndicale représentative, donc ayant obtenu au moins 10 % des suffrages lors des élections ;
- le délégué syndical doit lui-même avoir recueilli sur son nom au moins 10 % des suffrages exprimés aux élections qui se sont déroulées dans son champ de désignation.

La question posée à la Cour de cassation portait sur la nécessité, pour le délégué syndical central, de remplir également cette double condition. S'agissant du délégué syndical central, le texte applicable, l'article L. 2143-5 du code du travail, n'évoque pas expressément, à l'inverse de l'article L. 2143-3 du code du travail relatif aux délégués syndicaux, la nécessité d'un score personnel de 10 %. Cependant, l'article L. 2143-5, alinéa 2, précise que « l'ensemble des dispositions relatives au délégué syndical d'entreprise est applicable au délégué syndical central », ce qui, selon le tribunal d'instance, impose au délégué syndical central comme au délégué syndical de remplir la condition afférente au score électoral.

Constatant, à l'examen des travaux législatifs, que le délégué syndical central avait volontairement été exonéré de la condition personnelle d'obtention d'un suffrage électoral, et que, au regard de sa mission et du champ de désignation, il apparaissait conforme à l'esprit du texte de ne pas la lui imposer, la chambre sociale, prenant acte du silence du texte à cet égard, a dit que l'article L. 2143-5 du code du travail ne subordonne pas la désignation d'un délégué syndical central à l'obtention, par ce dernier, d'un score électoral.

3 – Protection des représentants du personnel

Statut protecteur du conseiller du salarié

Représentation des salariés – Règles communes – Statut protecteur – Période de protection – Point de départ – Détermination

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

Certains salariés bénéficient du statut protecteur, prévu pour les salariés titulaires de mandats représentatifs, pour des mandats exercés en dehors de l'entreprise. Tel est le cas notamment des conseillers du salarié ou des conseillers prud'homaux.

De nombreux litiges viennent régulièrement devant la Cour de cassation à ce sujet, l'employeur invoquant, pour justifier le fait de n'avoir pas saisi l'inspecteur du travail d'une demande d'autorisation de licenciement, son ignorance de ce que le salarié était titulaire d'un mandat représentatif.

La jurisprudence rappelle, traditionnellement, que l'employeur ne peut pas opposer à l'existence du statut protecteur l'exception liée à son ignorance de l'existence du mandat (Soc., 13 juillet 2004, pourvoi n° 02-42.681, *Bull.* 2004, V, n° 212). Elle admet cependant que le statut protecteur puisse être écarté dans une situation unique : la fraude du salarié. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'un salarié, directeur des ressources humaines, avait lui-même organisé sa propre procédure de licenciement pour faire grief postérieurement à l'employeur de ne pas avoir respecté les formalités protectrices.

Mais elle n'admettait aucune autre exception.

Consciente du paradoxe créé par une situation dans laquelle un employeur peut être sanctionné pour n'avoir pas respecté un statut protecteur dont il ignorait – et n'avait souvent aucun moyen de savoir, la publication des listes de conseillers n'étant pas une condition de l'application du statut protecteur (Soc., 22 septembre 2010, pourvoi n° 08-45.227, *Bull.* 2010, V, n° 190) – qu'il s'appliquait, la chambre sociale en a appelé à plusieurs reprises, dans son *Rapport annuel*, à l'intervention du législateur pour prévoir l'obligation pour le salarié d'informer son employeur, au plus tard au moment de l'entretien préalable, de l'existence des mandats qu'il exerce à l'extérieur de l'entreprise.

Le législateur n'ayant pas donné suite, la chambre sociale a rappelé constamment, comme elle le fait encore dans l'arrêt du 16 février 2011, que le statut protecteur, d'ordre public, s'applique dès la désignation du conseiller du salarié ou son élection, et que ni l'absence d'information de l'employeur, ni même une déloyauté circonstanciée, ne peuvent lui faire perdre ce statut. L'annulation du licenciement prononcé sans respect des formalités protectrices et le droit à réintégration du salarié sont donc des sanctions toujours encourues par l'employeur.

Cependant, dans son arrêt du 16 février 2011, la chambre sociale admet une évolution importante : le manquement par le salarié à son obligation de loyauté peut avoir une incidence sur le montant de l'indemnisation à laquelle il peut prétendre au titre du préjudice résultant pour lui du non-respect de son statut protecteur. Amorcée dans un arrêt du 22 septembre 2010 (pourvoi n° 08-45.227, *Bull.* 2010, V, n° 190), cette évolution, par référence à l'obligation de loyauté du salarié, qui ouvre la possibilité d'une modulation du montant de l'indemnisation liée à ce statut, restera à l'évidence circonscrite à l'hypothèse particulière des salariés titulaires de mandats exercés exclusivement à l'extérieur de l'entreprise. Dans ce cas seulement, en effet, l'ignorance de l'employeur peut être légitime.

Salarié protégé, inaptitude liée à un harcèlement, principe de séparation des pouvoirs

Contrat de travail, exécution – Harcèlement – Harcèlement moral – Préjudice – Réparation – Cas – Salarié protégé – Salarié licencié pour inaptitude physique – Demande d'indemnisation devant le juge prud'homal – Possibilité – Détermination – Portée

Soc., 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-10.687, en cours de publication

Soc., 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-30.463, en cours de publication

Soc., 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-18.417, en cours de publication

Par ces trois arrêts, la chambre sociale a été confrontée à la question délicate de la possibilité, pour un salarié protégé dont le licenciement pour inaptitude physique constatée par le médecin du travail a été autorisé par l'inspecteur du travail, de saisir la juridiction prud'homale en nullité du licenciement aux motifs que l'inaptitude physique trouve son origine dans un harcèlement moral dont il a été la victime.

Dans ces trois espèces, le salarié protégé n'avait pas évoqué la situation de harcèlement devant l'inspecteur du travail, lequel doit, avant de prendre sa décision, procéder à une enquête contradictoire (articles R. 2421-4 et R. 2421-11 du code du travail). La difficulté résulte par ailleurs de ce que l'inspecteur du travail, s'il venait à constater que l'inaptitude physique trouve sa cause dans un harcèlement moral de l'employeur, ne pourrait pas prononcer la nullité du licenciement, mais seulement refuser d'autoriser celui-ci, alors même que l'inaptitude physique du salarié est incontestable puisqu'elle résulte des constatations faites par le médecin du travail.

La chambre avait déjà été confrontée à une situation similaire mais, dans la mesure où la décision administrative en cause dans le précédent arrêt avait mentionné que l'inaptitude physique du salarié était la conséquence exclusive du refus de l'employeur d'accepter dans l'entreprise une représentation du personnel et syndicale, elle avait pu considérer que la question de la légalité d'une telle décision d'autorisation était sérieuse, et qu'il appartenait aux juges du fond de la faire trancher par la voie d'une question préjudicielle à la juridiction administrative (Soc., 12 juillet 2010, pourvoi n° 08-44-642, *Bull.* 2010, V, n° 170).

Dans les trois arrêts ici commentés, il n'est pas apparu possible à la chambre sociale, au regard de la séparation des pouvoirs, régulièrement rappelée en la matière (voir Soc., 29 septembre 2010, pourvoi n° 09-41.127, *Bull.* 2010, V, n° 201), de ne pas prendre en compte la décision de l'autorité administrative accordant l'autorisation de licencier. Dès lors, seule une demande en dommages-intérêts pour harcèlement moral peut être formée devant le juge prud'homal, sans que puisse être remise en cause la validité de la rupture du contrat de travail. Il reste néanmoins loisible aux juges du fond de prendre en compte l'ensemble de la situation du salarié protégé dans l'évaluation du préjudice subi du fait du harcèlement.

Dans les pourvois n° 10-30.463 et n° 10-10.687, la question n'avait été soulevée ni devant les juges du fond, ni devant la Cour de cassation. En revanche, dans le pourvoi n° 10-18.417, la cour d'appel avait déclaré la demande du salarié en nullité du licenciement recevable, aux motifs que la demande, fondée sur les dispositions de l'article L. 1152-3 du code du travail, n'implique pas la vérification préalable de la régularité de la procédure de constatation

de l'inaptitude, de l'accomplissement par l'employeur de son obligation de reclassement, et de l'existence d'un lien, ou non, entre les fonctions de représentant du personnel du salarié et son licenciement, et qu'en conséquence la juridiction prud'homale était compétente pour vérifier si la rupture du contrat de travail du salarié, et, par voie de conséquence, son inaptitude physique, avaient eu ou non pour cause le harcèlement moral dont il prétendait avoir été victime. Ces motifs sont censurés par la Cour de cassation au visa de la loi des 16-24 août 1790 et de l'article L. 2421-3 du code du travail.

4 – Fonctionnement des institutions représentatives du personnel

...

G – Rupture du contrat de travail

1 – Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire

...

2 – Licenciement

2-1 – Formalités de licenciement

...

2-2 – Licenciement pour motif économique

Ruptures conventionnelles et licenciements économiques collectifs

Contrat de travail, rupture – Licenciement économique – Licenciement collectif – Licenciement de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours – Projet de licenciement – Consultation des représentants du personnel – Consultation du comité d'entreprise – Conditions – Prise en compte des ruptures conventionnelles résultant d'une cause économique – Nécessité – Portée

Prud'hommes – Procédure – Demande – Objet – Annulation d'une convention de rupture – Qualité pour agir – Défaut – Cas – Comité d'entreprise ou syndicats professionnels

Soc., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-11.581, Bull. 2011, V, n° 70

Par cet arrêt du 9 mars 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée sur la question controversée de l'éventuelle prise en compte des ruptures conventionnelles faisant l'objet des dispositions des articles L. 1237-11 et suivants du code du travail pour la détermination des procédures d'information et de consultation des représentants du

personnel prévues en cas de licenciements pour motif économique, ainsi que pour la détermination des obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi.

L'arrêt de cassation, rendu au visa des articles L. 1233-3, alinéa 2, du code du travail et 12 de l'accord national interprofessionnel étendu du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail, appliqués à la lumière de la Directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, juge que, dès lors qu'elles ont une cause économique et s'inscrivent dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent la ou l'une des modalités, ces ruptures conventionnelles doivent être prises en compte pour déterminer la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel applicable, ainsi que pour déterminer les obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi. La décision s'inscrit dans une jurisprudence inaugurée il y a dix ans et qui s'attache à prendre en compte la globalité d'un projet de réduction des effectifs au-delà des types de ruptures par lesquels il est mis en œuvre, notamment lorsqu'il est fait appel au volontariat des salariés (Soc., 10 avril 1991, pourvoi n° 89-18.485, *Bull.* 1991, V, n° 179).

Mais cette intégration des ruptures conventionnelles dans les procédures de licenciements économiques ne remet pas en cause leur qualification et leur régime juridiques propres non plus qu'elle n'affecte, en soi, leur validité. L'arrêt juge que ni le comité d'entreprise ni les syndicats ne sont recevables, faute de qualité, à demander l'annulation de ces ruptures auxquelles ils ne sont pas parties. Une éventuelle action en nullité des ruptures ainsi négociées ne pourrait être exercée que par chacun des salariés ayant consenti à quitter l'entreprise.

Reclassement d'un salarié employé dans une filiale à l'étranger

Contrat de travail, exécution – Employeur – Obligations – Mise à la disposition d'une filiale étrangère d'un salarié par la société mère – Reclassement du salarié – Proposition de la société mère – Nécessité – Incidence du contrat de travail conclu entre le salarié et la filiale (non)
Soc., 30 mars 2011, pourvoi n° 09-70.306, Bull. 2011, V, n° 82

Dans cette affaire, la question principale posée à la chambre sociale était de savoir si l'application des dispositions de l'article L. 1231-5 du code du travail, imposant à la société mère, qui a mis à disposition d'une filiale étrangère un salarié dans le cadre d'un contrat de travail avec cette dernière, de le rapatrier et de le reclasser lorsqu'il est licencié par cette filiale, était subordonnée à la compétence de la loi française dans les relations entre le salarié et la société filiale.

Le moyen du pourvoi soutenait en effet qu'un salarié ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'article L. 1231-5 du code du travail lorsque le droit français avait cessé d'être applicable aux relations contractuelles entre les parties.

La chambre sociale ne suit pas ce raisonnement et énonce que, l'obligation de reclassement à la charge de la société mère ne concernant que les relations entre celle-ci et le salarié qu'elle met à disposition, peu importe que le contrat conclu entre ce dernier et la filiale ait été soumis au droit étranger.

Cette décision s'inscrit dans la suite logique des deux arrêts rendus par la chambre sociale le 13 novembre 2008 (Soc., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-41.700, *Bull.* 2008, V, n° 214; pourvoi n° 06-42.583, *Bull.* 2008, V, n° 214) précisant que l'article L. 1231-5 du code du travail ne subordonne pas son application au maintien d'un contrat de travail entre le salarié et la maison mère, en ce qu'elle conforte une interprétation de ce texte conforme à son objectif de protection de l'emploi du salarié mis à disposition d'une filiale étrangère dans l'hypothèse où un contrat de travail est conclu avec la filiale étrangère. Le salarié est, en effet, la plupart du temps, engagé par la société filiale selon un contrat de droit étranger. Subordonner l'application des dispositions de l'article L. 1235-1 du code du travail à la compétence de la loi française dans les relations entre la société filiale étrangère et le salarié reviendrait, de fait, à priver ce dernier du dispositif protecteur prévu par ce texte. La chambre sociale affirme en conséquence qu'il appartient seulement aux juges du fond de vérifier que toutes les conditions d'application du texte sont réunies (mise à disposition d'une filiale dans le cadre d'un contrat entre le salarié et la filiale et licenciement par cette filiale) pour statuer sur l'obligation de rapatriement et de reclassement pesant sur la société mère, sans avoir à rechercher si l'application de la loi française peut être revendiquée dans les relations entre le salarié et la société filiale.

Licenciement économique et coemployeurs

Contrat de travail, exécution – Employeur – Détermination – Pluralité d'employeurs – Appréciation – Qualification de coemployeurs – Critères – Application

Contrat de travail, rupture – Licenciement économique – Cause – Cause réelle et sérieuse – Motif économique – Appréciation – Cadre – Détermination

Soc., 18 janvier 2011, pourvoi n° 09-69.199, Bull. 2011, V, n° 23

Union européenne – Coopération judiciaire en matière civile – Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions – Règlement (CE) n° 44/2001 – Article 19 – Domaine d'application – Cas – Coemployeur – Qualité résultant d'une confusion d'intérêts

Soc., 30 novembre 2011, pourvois nos 10-22.964 à 10-22.985 et 10-22.994, en cours de publication

1 – Il y a deux approches possibles de la qualité de coemployeurs. La première consiste à rechercher l'existence d'un lien de subordination entre un ou des salariés et un tiers, l'intervention de ce dernier dans la direction du personnel d'une autre entreprise démontrant qu'il existe un lien de subordination caractéristique du contrat de travail (Soc., 19 juin 2007, pourvoi n° 05-42.570). La seconde, qui se conjugue parfois avec la première, met en œuvre une démarche plus économique. Elle consiste à constater que, malgré la différence de leurs personnalités juridiques, il existe entre des entreprises distinctes une confusion des intérêts, des activités et de la direction telle qu'elles forment en réalité, au regard du rapport de travail, une seule entreprise (Soc., 1^{er} juin 2004, pourvois n° 02-41.176 et n° 02-41.775;

Soc., 8 novembre 2006, pourvois n^{os} 04-43.887, 04-43.888 et 04-44.028 ; Soc., 6 mars 2007, pourvoi n^o 05-41.287).

Les arrêts du 18 janvier et du 30 novembre 2011, qui concernent le même groupe, se rattachent à cette dernière démarche. Ils rejettent les pourvois parce que la cour d'appel a relevé, dans chacune des affaires et à l'égard d'une société du groupe différente, un certain nombre d'éléments qui pouvaient être de nature à établir que la filiale française du groupe allemand n'avait pas de véritable autonomie de gestion et que son activité était entièrement contrôlée par la société mère du groupe (société holding établie en France dans un cas, et en Allemagne dans l'autre), laquelle détenait la quasi-totalité de son capital social : gestion commune des personnels, détermination des choix de gestion, unité de direction, intervention constante dans la gestion sociale et financière, prise en charge des licenciements économiques, direction opérationnelle et administrative de la filiale et, dans la seconde procédure, transfert à la société mère des marques, modèles et licences. Ce n'est pas l'appartenance des sociétés à un même groupe qui permet de considérer qu'elles ont la qualité d'employeurs conjoints des salariés de la filiale et doivent à ce titre assumer les conséquences de licenciements économiques, mais l'existence de relations qui excèdent la nécessaire collaboration entre des entreprises d'un même groupe, en ce qu'elles révèlent l'ingérence directe de l'une d'elles dans la conduite de l'activité économique et sociale de l'autre et, par là, dans la direction de son personnel. En revanche, comme l'a relevé un autre arrêt, une simple imbrication des intérêts entre des sociétés relevant du même groupe ne suffit pas à caractériser une situation de coemploi (Soc., 6 juillet 2011, pourvois n^o 09-69.689 et n^o 09-71.746, en cours de publication).

2 – En principe et sauf faute de l'employeur ou légèreté blâmable à l'origine de cette situation, la cessation d'activité de l'entreprise, lorsqu'elle est totale et définitive, constitue en soi une cause économique de licenciement de son personnel (Soc., 16 janvier 2001, pourvoi n^o 98-44.647, *Bull.* 2001, V, n^o 10). Hors ces deux situations particulières, il n'est pas nécessaire à l'employeur qui met fin à son activité de justifier que sa décision repose sur des difficultés économiques, sur une menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise ou sur une mutation technologique (Soc., 8 juillet 2009, pourvois n^o 08-41.644 et n^o 08-41.645). La raison de cette jurisprudence tient à la prise en compte de la liberté d'entreprendre laquelle implique, pour celui qui l'exerce, le pouvoir d'interrompre son activité sans que la rupture des contrats de travail qui en résulte soit dépourvue de cause. C'est en considération de cette liberté que le Conseil constitutionnel a jugé inconstitutionnelle une disposition de la loi de modernisation sociale qui restreignait le champ des causes de licenciement économique, en excluant de la sorte la cessation d'activité comme cause autonome de rupture (Cons. const., 12 janvier 2002, n^o 2001-455 DC). L'appartenance de l'employeur à un groupe n'y change rien car il doit demeurer libre de mettre fin à son activité économique sans avoir en principe à apporter d'autres justifications, de nature économique ou technologique. Cependant, lorsque ce groupe exerce une influence excessive sur une filiale au point de devenir le coemployeur de son personnel, la situation n'est plus la même : l'existence de plusieurs employeurs conjoints suppose que la cause de la rupture existe à l'égard de chacun d'eux (sur cette condition, voir Soc., 9 janvier 2008, pourvoi n^o 06-44.522). C'est ce qui explique que la chambre sociale, dans le premier des deux arrêts ici commentés, énonce qu'en cas de coemploi, la cessation d'activité ne peut constituer une cause économique de

rupture qu'à la condition d'être justifiée par l'évolution de la situation économique ou technologique du secteur d'activité du groupe dont relèvent les coemployeurs. Il faut aussi réserver le cas, peu fréquent, où les deux coemployeurs cesseraient simultanément leur activité, de sorte que la cause économique serait ainsi constituée à l'égard de chacun d'eux.

D'autres arrêts rendus en 2011 ont précisé que chacun des coemployeurs doit supporter les conséquences de la rupture du contrat de travail, même s'il n'en a pas pris l'initiative, en particulier en ce qui concerne l'exécution de l'obligation de reclassement et l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi (Soc., 22 juin 2011, pourvoi n° 09-69.021), et qu'il importe peu que cette qualité de coemployeur n'ait été judiciairement constatée qu'après les licenciements, dès lors qu'elle existait à cette époque (Soc., 28 septembre 2011, pourvois n°s 10-12.278 à 10-12.325, 10-12.327 à 10-12.414, 10-12.416 à 10-12.445, 10-12.447 à 10-12.495, 10-12.497 à 10-12.564, 10-12.566 à 10-12.593, 10-12.595 à 10-12.661, 10-12.663 à 10-12.710, 10-12.712 à 10-12.719, 10-12.749 à 10-12.764, 10-12.831 et 10-12.832, 10-12.834, 10-12.836, 10-12.849 et 10-12.850, 10-12.950 à 10-12.991, 10-12.993 à 10-13.016, 10-13.018 à 10-13.041, 10-13.043 à 10-13.076, 10-13.078 à 10-13.125, 10-13.127 à 10-13.173, 10-13.175 à 10-13.199, 10-13.201 à 10-13.224, 10-13.226 à 10-13.254, 10-13.256 à 10-13.279, 10-13.281 à 10-13.331, 10-13.333 à 10-13.391, 10-13.393 à 10-13.398, 10-13.411 à 10-13.433, 10-13.483 à 10-13.486).

3 – La seconde affaire soulevait aussi une question de compétence européenne puisque les salariés licenciés avaient ici dirigé leur action contre la société mère du groupe, ayant son siège en Allemagne. Les règles de compétence applicables sont celles que détermine le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 septembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (qui remplace, entre les États membres et sauf exception, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968). S'agissant de la compétence en matière de contrat individuel de travail, l'article 19 du règlement dispose notamment qu'un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un État membre peut être attiré devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant le tribunal du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail. L'application de ce critère de compétence était toutefois contestée en l'espèce, au motif qu'il fallait d'abord vérifier la qualité d'employeur (coemployeur) du défendeur, au regard de la définition autonome du contrat de travail donnée par la Cour de justice des Communautés européennes, dans des décisions rendues notamment en matière de libre circulation des travailleurs (CJCE, 30 mars 2006, arrêt Cynthia Mattern et Hajrudin Cikotic c. ministre du travail et de l'emploi, requête n° C-10/05; CJCE, 17 mars 2005, arrêt Karl Robert Kranemann c. Land Nordrhein-Westfalen, requête C-109/04). La Cour de cassation retient que l'employeur, au sens du droit communautaire, est la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit pendant un certain temps, en sa faveur et sous sa direction, des prestations, en contrepartie desquelles elle verse une rémunération. Cependant, il appartient à la juridiction saisie de vérifier que les conditions dont dépend sa compétence et, en particulier, l'existence et la nature du contrat qui la déterminent sont remplies. Et, en l'occurrence, dès lors que les juges du fond relevaient un ensemble de circonstances dont il résultait que, bien qu'elle ait la qualité d'employeur, la filiale française était soumise, notamment dans la gestion de son personnel, au contrôle étroit et intrusif de la société mère, qui privait ses dirigeants de tout pouvoir effectif en ce domaine en les soumettant à ses ordres

et instructions, l'existence d'un contrat de travail, au sens du règlement précité pouvait être retenue à l'égard de cette société mère pour fonder la compétence du juge du lieu d'exécution du travail. Il convient de noter que cette application des règles de compétence communautaires dans une situation de coemploi n'est pas nouvelle (voir Soc., 19 juin 2007, pourvoi n° 05-42.551, *Bull.* 2007, V, n° 109).

Licenciement économique, secteur d'activité, groupe

Contrat de travail, rupture – Licenciement économique – Cause – Cause réelle et sérieuse – Motif économique – Appréciation – Cadre – Existence d'un groupe de sociétés – Secteur d'activité commun – Détermination – Portée

Soc., 14 décembre 2011, pourvoi n° 10-11.042, en cours de publication

Soc., 14 décembre 2011, pourvoi n° 10-13.922, en cours de publication

Par ces deux arrêts publiés rendus le même jour, la chambre sociale de la Cour de cassation a rappelé le principe selon lequel, lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe comprenant d'autres entités qui interviennent sur le même secteur, la cause économique s'apprécie au niveau du secteur d'activité commun (voir, dans le même sens, Soc., 5 avril 1995, pourvoi n° 93-42.690, *Bull.* 1995, V, n° 123 ; Ass. plén., 8 décembre 2000, pourvoi n° 97-44.219, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 11).

Elle a également rappelé qu'il ne doit pas être tenu compte de limites géographiques nationales (déjà, en ce sens, Soc., 12 juin 2001, pourvoi n° 99-41.571, *Bull.* 2001, V, n° 214 ; Soc., 23 juin 2009, pourvoi n° 07-45.668, *Bull.* 2009, V, n° 161).

Dès lors que l'existence d'un groupe est avérée, le juge doit vérifier l'existence de la cause économique invoquée au niveau du secteur d'activité de ce groupe dans lequel intervient l'employeur. Il lui incombe donc en ce cas de déterminer la consistance de ce secteur d'activité, puis de vérifier que le motif économique dont fait état l'employeur est établi à ce niveau (par exemple, Soc., 10 février 2010, pourvoi n° 08-41.109). On rappellera à cette occasion que si l'employeur fait partie d'un groupe, c'est à lui de communiquer au juge prud'homal les informations nécessaires pour déterminer la consistance de ce groupe et celle du secteur d'activité concerné (Soc., 4 mars 2009, pourvoi n° 07-42.381, *Bull.* 2009, V, n° 57).

La chambre sociale vient également rappeler par le premier arrêt que, son contrôle se limitant à vérifier que les constatations des juges du fond suffisent à justifier leur décision, ceux-ci doivent expliquer en quoi est caractérisée l'existence, au niveau du secteur d'activité du groupe auquel la société appartient, de difficultés économiques ou d'une menace pesant sur la compétitivité de ce secteur (par exemple, Soc., 7 juillet 2009, pourvoi n° 08-40.321 ; Soc., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-40.656, *Bull.* 2006, V, n° 349).

2.3. Licenciement pour motif personnel

...

H – Actions en justice

Procédure de contestation des élections professionnelles

Élections professionnelles – Comité d'entreprise et délégué du personnel – Opérations électorales – Modalités d'organisation et de déroulement – Régularité – Contestation – Saisine du tribunal d'instance – Forme – Déclaration écrite adressée au secrétariat-greffe – Date – Détermination – Portée

Soc., 6 janvier 2011, pourvoi n° 09-60.398, *Bull.* 2011, V, n° 7

Cet arrêt est commenté *supra*, rubrique F – 1 – Élections professionnelles.

Interruption d'instance et procédure collective contre une partie au litige

Prud'hommes – Procédure – Instance – Interruption – Exclusion – Cas – Ouverture d'une procédure collective contre une partie à une instance prud'homale en cours

Soc., 9 mars 2011, pourvoi n° 09-67.312, *Bull.* 2011, V, n° 71

Cette affaire permet, pour la première fois, à la chambre sociale, de préciser les modalités selon lesquelles les organes de la procédure collective et l'AGS doivent être mis en cause devant la juridiction prud'homale, lorsque l'ouverture de la procédure collective survient alors qu'une instance est en cours. En l'occurrence, le salarié avait saisi le conseil de prud'hommes de Saint-Denis de la Réunion, qui avait fait droit à ses demandes. L'employeur avait interjeté appel de cette décision, puis avait été placé en liquidation judiciaire. La cour d'appel avait alors enjoint au salarié de mettre en cause le liquidateur et l'AGS. Le salarié, qui n'avait pas déféré à cette injonction, avait vu ses demandes déclarées irrecevables.

La Cour de cassation censure cette décision, rappelant les spécificités de l'instance prud'homale en cours lorsque survient l'ouverture d'une procédure collective (*Soc.*, 12 avril 2005, pourvoi n° 03-40.573, *Bull.* 2005, V, n° 132) et consacrant l'office particulier du juge chargé d'appliquer les règles d'ordre public du code de commerce relatives aux procédures collectives (*Com.*, 16 octobre 2007, pourvoi n° 06-16.713) et de garantir la régularité d'une procédure qui, aux termes des articles R. 1454-19 du code du travail et 937 du code de procédure civile, est en principe simple et sans frais pour les parties. La chambre sociale décide, par conséquent, qu'informée de l'ouverture d'une procédure collective et sans qu'il y ait lieu de distinguer selon l'origine de cette information, c'est à la cour d'appel qu'il appartenait de convoquer le liquidateur ainsi que l'AGS, par l'intermédiaire du greffier.

III – DROIT IMMOBILIER, ENVIRONNEMENT ET URBANISME

Bail commercial

1) Bénéficiaire du droit au renouvellement

Convention européenne des droits de l'homme – Article 14 – Interdiction de discrimination – Violation – Cas – Droit au renouvellement du bail commercial subordonné à une condition de nationalité sans justification d'un motif d'intérêt général

3^e Civ., 9 novembre 2011, pourvoi n° 10-30.291, en cours de publication

Par cet arrêt, la Cour de cassation fait prévaloir les principes du droit européen sur un texte de droit interne qui prive, sauf cas limitativement énumérés, le preneur à bail commercial de nationalité étrangère du droit au renouvellement.

L'article L. 145-13 du code de commerce dispose en effet que les commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers de nationalité étrangère, agissant directement ou par personne interposée, ne peuvent bénéficier d'un droit au renouvellement, sauf s'ils ont combattu dans les armées françaises ou alliées pendant les guerres de 1914 et de 1939, s'ils ont des enfants ayant la qualité de Français, s'ils sont ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, ou s'ils sont ressortissants d'un pays avec lequel la France a signé une convention de réciprocité diplomatique. Si la portée concrète de ce texte est limitée en raison du nombre important d'exceptions qu'il comporte, il est critiqué en doctrine puisqu'il organise une différence entre preneurs à bail commercial, en excluant certains du droit au renouvellement en raison de leur seule nationalité. Or le droit au renouvellement, qui a pour objet d'assurer la stabilité du fonds de commerce et le développement de l'activité économique, est protégé par l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce qu'il constitue un élément de la propriété commerciale du preneur (3^e Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 04-11.349, *Bull.* 2005, III, n° 109).

La Cour de cassation, qui n'avait pas eu à appliquer ce texte depuis de nombreuses années, a retenu qu'en l'absence d'un motif général permettant de justifier une telle différence entre les preneurs à bail selon leur nationalité, l'article L. 145-13 du code de commerce instituait une discrimination injustifiée au sens de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et a, par motifs substitués, rejeté le pourvoi en cassation qui reprochait à la cour d'appel d'avoir fait bénéficier un preneur de nationalité turque d'un droit au renouvellement de son bail.

2) Loyer du bail renouvelé

**Bail commercial – Prix – Fixation du loyer du bail renouvelé – Plafonnement
– Exceptions – Modification notable des facteurs locaux de commercialité
– Modification ayant une incidence favorable sur l'activité du preneur –
Nécessité**

3^e Civ., 14 septembre 2011, pourvoi n° 10-30.825, en cours de publication

Dans un arrêt du 13 juillet 1999 (pourvoi n° 97-18.295, *Bull.* 1999, III, n° 172), la Cour de cassation avait adopté une conception neutre du terme « modification » figurant à l'article L. 145-34 du code de commerce : il s'agissait de tout changement dont l'impact ou l'incidence sur l'activité commerciale exercée dans les lieux était constatée, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de son effet favorable ou défavorable sur cette activité.

Le présent arrêt de la troisième chambre civile du 14 septembre 2011 marque une évolution par rapport à cet arrêt. Il retient qu'une modification notable des facteurs locaux de commercialité ne peut constituer un motif de déplafonnement du nouveau loyer qu'autant qu'elle est de nature à avoir une incidence favorable sur l'activité commerciale exercée par le preneur.

Déjà, un arrêt du 9 juillet 2008 (pourvoi n° 07-16.605, *Bull.* 2008, III, n° 123) avait retenu que « les travaux réalisés par le bailleur au cours du bail expiré ne peuvent constituer un motif de déplafonnement du nouveau loyer qu'autant qu'ils ont eu une incidence favorable sur l'activité exercée par le preneur ».

IV – ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES, COMMERCIALES ET FINANCIÈRES

A – Entreprises en difficulté

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Procédure (dispositions générales) – Voies de recours – Décisions susceptibles – Ouverture de la procédure – Décision statuant sur l’ouverture de la sauvegarde – Tierce opposition d’un créancier invoquant des moyens propres – Recevabilité

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Sauvegarde – Ouverture – Conditions – Difficultés insurmontables – Cas – Coût de couverture du risque de variation des taux d’intérêt – Méconnaissance de l’objet du litige

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Sauvegarde – Ouverture – Conditions – Difficultés insurmontables – Cas – Risque de remboursement d’un prêt figurant au bilan – Réponse nécessaire

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Sauvegarde – Ouverture – Conditions – Difficultés insurmontables – Nature – Affectation de l’activité économique – Nécessité (non)

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Sauvegarde – Ouverture – Conditions – Difficultés insurmontables – Élément indifférent – But du débiteur – Limite – Fraude

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Sauvegarde – Ouverture – Conditions – Difficultés insurmontables – Élément indifférent – Protection des actionnaires

Com., 8 mars 2011, pourvois n^{os} 10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, *Bull.* 2011, IV, n^o 33

Par cet arrêt, la Cour de cassation fixe sa doctrine sur deux aspects essentiels de la procédure de sauvegarde des entreprises.

Statuant d’abord sur la recevabilité de la tierce opposition exercée à l’encontre du jugement d’ouverture de la procédure de sauvegarde par un créancier, elle approuve les juges du fond de l’avoir admise lorsque ce créancier fait valoir des moyens qui lui sont propres, et adopte de ce caractère propre une conception large. Elle abandonne, dans le domaine du droit des entreprises en difficulté, l’ancienne idée selon laquelle le débiteur représenterait ses créanciers au cours du procès auquel il est partie. En présence d’un réel conflit d’intérêts, spécialement lorsque le créancier tiers opposant allègue qu’il est le seul visé par la procédure de sauvegarde dont le débiteur demande le bénéfice, il a paru légitime de lui ouvrir une possibilité de contestation. L’arrêt reprend sur ce point expressément une solution retenue implicitement en faveur d’un assureur-crédit (*Com.*, 26 juin 2007, pourvoi n^o 06-20.820, *Bull.* 2007, IV, n^o 177). La tierce opposition avait été également déjà déclarée recevable pour permettre à un créancier établi à l’étranger de contester la compétence internationale

des juridictions françaises pour ouvrir la procédure de sauvegarde de son débiteur (Com., 30 juin 2009, pourvoi n° 08-11.902, *Bull.* 2009, IV, n° 88).

S'agissant des conditions de fond à vérifier pour l'ouverture de la procédure de sauvegarde, l'arrêt commenté livre ensuite son interprétation attendue de l'article L. 620-1, alinéa 1^{er}, du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Ce texte subordonne notamment l'ouverture de la procédure de sauvegarde à l'existence de difficultés justifiées que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter. L'appréciation du caractère surmontable ou non relève du pouvoir souverain des juges du fond, comme deux arrêts l'ont déjà précisé (Com., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-17.821, *Bull.* 2007, IV, n° 176; Com., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-20.820, *Bull.* 2007, IV, n° 177). Mais cette appréciation souveraine doit être motivée, au regard, notamment, des conclusions des parties qui déterminent l'objet du litige. Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt commenté, l'arrêt attaqué avait retenu que le débiteur se bornait à faire état d'une exécution simplement plus onéreuse de son obligation contractuelle de couverture du risque de variation du taux d'intérêt d'un prêt, le prêteur lui ayant demandé une nouvelle contrepartie répondant aux critères de notation financière contractuellement prévus. La cour d'appel en déduisait que si la difficulté était réelle, elle n'était pas insurmontable. Mais, analysant les conclusions de l'emprunteur, la Cour de cassation a retenu que celui-ci soutenait que la recherche d'un nouveau contrat de couverture se heurtait à une impossibilité absolue en l'absence, à la date d'ouverture de la procédure de sauvegarde à l'automne 2008, de tout marché pour ce type de produit financier. Une telle allégation appelait une réponse conforme à l'objet du litige. La cassation prononcée ne remet pas en cause le pouvoir souverain des juges du fond de décider si les difficultés alléguées sont insurmontables, ce qui est une question de fait, mais la Cour demande à ces mêmes juges de prendre en considération dans leur décision les difficultés réellement invoquées par le débiteur.

Le législateur n'ayant pas donné de définition des difficultés pouvant justifier l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, la Cour de cassation a estimé qu'il ne lui appartenait pas d'en adopter une conception restrictive. Elle a donc été conduite à censurer l'arrêt attaqué sur trois autres points, qui rendaient incertain le critère unique d'ouverture de la procédure de sauvegarde, que la loi a voulu particulièrement souple.

En premier lieu, elle a retenu que les difficultés, financières en l'espèce, n'avaient pas à affecter l'activité de l'entreprise, en tout cas immédiatement au moment de l'ouverture de la procédure, et n'a donc pas suivi le raisonnement de la cour d'appel, fondé sur la seconde phrase de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 620-1 du code de commerce. Certes, selon ce texte, le but de la procédure de sauvegarde est de faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, mais il ne s'agit que de la finalité de la procédure. Le législateur n'en a pas fait une condition de son ouverture.

La Cour de cassation, en second lieu, a jugé que même si le débiteur cherche à porter atteinte à la force obligatoire des contrats au moyen du droit des entreprises en difficulté, pour autant, en dehors d'un véritable cas de fraude, le bénéfice de la procédure de sauvegarde ne peut lui être refusé s'il justifie d'une difficulté insurmontable.

Enfin, la Cour de cassation a considéré qu'en présence de difficultés insurmontables, le débiteur, lorsqu'il s'agit d'une personne morale, ne peut se voir refuser le bénéfice de la procédure de sauvegarde au seul motif que l'ouverture de cette procédure protégerait les intérêts de ses associés ou actionnaires, ce qui ne devrait pas être son but. Mais, outre que le législateur n'a pas dit que la sauvegarde de l'entreprise devait nécessairement se faire au prix de l'éviction des associés actuels de cette dernière, seule doit être prise en considération l'existence de difficultés, insurmontables par la personne morale débitrice. Si la sauvegarde évite aussi aux associés d'en perdre le contrôle, ce résultat ne permet pas d'en refuser l'ouverture.

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Sauvegarde – Période d'observation – Déclaration de créance – Délai – Non-respect – Sanction – Compensation pour dettes connexes impossible

Com., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-16.758, Bull. 2011, V, n° 66

Viola les articles L. 622-24 et L. 622-26, alinéa 1^{er}, du code de commerce dans leur rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, l'arrêt qui retient qu'aucune déclaration de créance ne s'impose à un créancier dès lors que le bénéfice de la compensation qu'il oppose à l'action en paiement d'une société mise sous sauvegarde ne constitue qu'un moyen de défense visant à l'extinction des obligations réciproques, alors que la compensation pour dettes connexes ne peut être prononcée lorsque le créancier n'a pas déclaré sa créance.

Par l'arrêt du 3 mai 2011 ici commenté, la chambre commerciale a statué sur la question des conséquences, sous l'empire des dispositions de la loi de sauvegarde, du défaut de déclaration des créances antérieures.

Déjà prévu par les articles 33, 50 et 53 de la loi du 25 janvier 1985 devenus les articles L. 621-24, L. 621-43 et L. 621-46 du code de commerce, le paiement par compensation de créances connexes est une exception au principe de l'interdiction faite au débiteur en procédure collective de payer les créances antérieures. Rompant l'égalité entre créanciers antérieurs, ce paiement avait soulevé de nombreuses controverses doctrinales et des difficultés d'application ayant conduit à une abondante jurisprudence.

Ainsi, sous l'empire des articles L. 621-24 et L. 621-43 du code de commerce dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, la chambre commerciale (Com., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-14.718) avait été amenée à juger que la compensation pour dettes connexes ne pouvait pas être prononcée lorsque le créancier n'avait pas déclaré sa créance. Approuvée par la doctrine, la chambre avait ainsi tiré les conséquences de la sanction du défaut de déclaration d'une créance antérieure, à savoir l'extinction de la créance non déclarée. En effet, il n'était pas concevable de prononcer une compensation entre deux créances dont l'une était éteinte.

La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises a modifié la sanction du défaut de déclaration des créances et a remplacé l'extinction de la créance non déclarée par son inopposabilité à la procédure collective du débiteur. Elle a aussi modifié la codification, l'article L. 621-43 devenant l'article L. 622-24, l'article L. 621-24 devenant l'article L. 622-7 du code de commerce.

Dès lors s'est posée la question de savoir s'il pouvait y avoir paiement par compensation de deux créances connexes dont l'une était inopposable à la procédure collective du débiteur, faute d'avoir été déclarée.

Par le présent arrêt, la chambre, qui a repris les termes de ses précédents arrêts rendus sous l'empire des dispositions antérieures à la loi de sauvegarde des entreprises, a jugé, au visa des articles L. 622-24 et L. 622-26, alinéa 1^{er}, du code de commerce, que la compensation pour dettes connexes ne peut être prononcée lorsque le créancier n'a pas déclaré sa créance.

Le créancier qui n'a pas déclaré sa créance et dont la créance est inopposable à la procédure collective de son débiteur ne peut invoquer la qualité de créancier dans cette procédure collective. Dès lors, le non-déclarant, qui n'a pas la qualité de créancier dans la procédure collective de son débiteur, ne peut se prévaloir de la compensation de sa créance non déclarée avec celle de son débiteur en procédure collective.

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Liquidation judiciaire – Jugement – Effets – Dessaisissement du débiteur – Limites – Déclaration d'insaisissabilité publiée avant l'ouverture de la liquidation
Com., 28 juin 2011, pourvoi n° 10-15.482, Bull. 2011, IV, n° 109

Pour la première fois, à l'occasion de cet arrêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation affirme sans équivoque qu'il résulte des dispositions des articles L. 641-9 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, de L. 526-1 du code de commerce, ensemble de l'article L. 661-5 de ce code et des principes régissant l'excès de pouvoir, que le débiteur peut opposer la déclaration d'insaisissabilité qu'il a faite en application du deuxième de ces textes, avant qu'il ne soit mis en liquidation judiciaire, en dépit de la règle du dessaisissement prévue par le premier de ceux-ci.

En conséquence, viole les textes et principes susvisés, et consacre ainsi un excès de pouvoir, une cour d'appel qui infirme un jugement ayant annulé une ordonnance du juge-commissaire autorisant la vente en la forme des saisies immobilières d'un immeuble appartenant à des époux mariés sous le régime de la communauté, qui avait fait l'objet, avant l'ouverture de la liquidation judiciaire de l'un d'entre eux, d'une déclaration d'insaisissabilité, régulièrement publiée, opposable au liquidateur.

Cet arrêt était attendu car, jusqu'à présent, la Cour de cassation ne s'était jamais clairement prononcée sur la question des effets sur la procédure collective de la déclaration d'insaisissabilité faite en application de l'article L. 526-1 du code de commerce, par un débiteur, avant sa mise en liquidation judiciaire.

En effet, dans un précédent arrêt du 3 février 2009, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait jugé que, saisie de la demande d'un liquidateur judiciaire tendant à voir déclarer inopposable à la procédure collective la déclaration d'insaisissabilité faite par un débiteur avant sa mise en liquidation judiciaire, une cour d'appel, statuant exclusivement sur la recevabilité de cette demande sans apprécier l'effet de la déclaration d'insaisissabilité et qui constate l'absence de litige entre les créanciers de la liquidation judiciaire et le débiteur, en a souverainement déduit l'absence d'intérêt à agir du liquidateur au sens de l'article 31 du code de procédure civile (*Com., 3 février 2009, pourvoi n° 08-10.303, Bull. 2009, IV, n° 15*).

Cependant, ce dernier arrêt ne répondait pas à la question de l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité à la collectivité des créanciers participant à la liquidation judiciaire, et donc au liquidateur qui les représente. Même s'il apparaît que les dispositions de l'article L. 526-1 du code de commerce semblent relever d'une « réfaction législative » tant ce texte semble souffrir d'une maladresse rédactionnelle, il n'en demeure pas moins que sa philosophie demeure connue des praticiens comme de la doctrine dans la mesure où il provient de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique (dite « loi Dutreil ») qui a pour finalité de permettre à l'entrepreneur de préserver un élément de son patrimoine, à savoir « l'immeuble où est fixée sa résidence principale », en cas d'échec de son entreprise, de sorte que la déclaration notariée d'insaisissabilité, régulièrement publiée, faite par le débiteur sur ce bien, cherche à le « sanctuariser », c'est-à-dire à le faire définitivement sortir du patrimoine professionnel affecté à l'exploitation de son entreprise (voir à cet égard l'article 6 du projet de loi n° 507 pour l'initiative économique « Afin de réduire la prise de risque de l'entrepreneur individuel pour lequel aucune distinction n'est établie entre le patrimoine professionnel et le patrimoine privé, il est proposé de lui permettre de déclarer insaisissables par ses créanciers les droits qu'il détient sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale. Cette possibilité ne concernera que les créances nées à l'occasion de l'activité professionnelle du créateur et postérieures à sa déclaration [...] »), peu important l'ouverture ultérieure d'une liquidation judiciaire à l'égard de ce débiteur déclarant.

Quel serait, en effet, l'intérêt pratique pour le débiteur de procéder à la déclaration d'insaisissabilité prévue par l'article L. 526-1 du code de commerce, si les créanciers antérieurs à la publication de celle-ci pouvaient sans difficulté appréhender l'immeuble où est fixée sa résidence principale, qu'il est censé avoir mis à l'abri des poursuites ultérieures des créanciers par l'effet de cette déclaration ?

La solution adoptée à l'occasion du présent arrêt du 28 juin 2011 reste conforme à la jurisprudence constante de la chambre commerciale de la Cour de cassation selon laquelle le liquidateur représente l'ensemble des créanciers participant à la liquidation judiciaire en vue d'assurer la défense de « l'intérêt collectif de ces créanciers » (Com., 16 novembre 1993, pourvoi n° 91-19.570, *Bull.* 1993, IV, n° 408; Com., 24 mars 2004, pourvoi n° 01-15.388, *Bull.* 2004, IV, n° 62), ce qui implique que le liquidateur n'ait pas légalement qualité pour agir dans l'intérêt personnel d'un créancier déterminé ou d'un groupe de créanciers déterminés (Com., 9 novembre 2004, pourvoi n° 02-13.685, *Bull.* 2004, IV, n° 193), tels les créanciers antérieurs à la déclaration d'insaisissabilité prévue par l'article L. 526-1 du code de commerce.

Enfin, la question posée par le pourvoi ne se limitait pas à une simple violation par l'arrêt attaqué des dispositions des articles L. 641-9 et L. 526-1 du code de commerce, car si la violation invoquée était avérée, comme cela a été admis, cela signifiait que le bien commun appartenant au débiteur et à son épouse était, en réalité, frappé d'une insaisissabilité qui était opposable au liquidateur, de sorte qu'il ne devait plus figurer dans le périmètre des biens affectés par la liquidation judiciaire du débiteur. Or il est de jurisprudence constante, dans ce cas, que le juge-commissaire à la liquidation judiciaire d'un débiteur, autorisant la cession de gré à gré ou aux enchères publiques d'un immeuble qui n'est pas affecté par la procédure collective, par exemple en raison d'une clause d'inaliénabilité affectant un bien particulier, statue en dehors de ses attributions et commet un excès de pouvoir (Com., 28 avril

1998, pourvoi n° 95-20.245; voir aussi, Com., 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-18.029 et Com., 16 mars 2010, pourvoi n° 08-13.147, *Bull.* 2010, IV, n° 55), de sorte qu'en confirmant l'ordonnance autorisant la vente de l'immeuble constituant la résidence principale du débiteur, qui avait été rendu insaisissable par la déclaration notariée d'insaisissabilité faite le 30 avril 2005 par ce dernier et publiée le 4 mai 2005, la cour d'appel avait consacré l'excès de pouvoir commis par le juge-commissaire, ce qui a ainsi rendu recevable le pourvoi-nullité à l'encontre de sa décision.

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Sauvegarde – Période d'observation – Déclaration de créance – Délai – Non-respect – Sanction – Sort de la caution

Com., 12 juillet 2011, pourvoi n° 09-71.113, en cours de publication

Deux personnes se sont portées cautions solidaires du paiement des sommes pouvant être dues au titre d'un bail consenti à une société par les époux X..., propriétaires d'un immeuble, lequel a ensuite été vendu à une société civile immobilière (SCI). Celle-ci n'a pas déclaré sa créance à la liquidation judiciaire de la société et une ordonnance d'injonction de payer a condamné les cautions à payer aux premiers propriétaires de l'immeuble une certaine somme représentant des loyers impayés. Un jugement a, pour partie, mis à néant cette décision, dit la demande des époux X... irrecevable, et prononcé la condamnation solidaire des cautions au profit de la SCI qui était intervenue dans l'instance. L'arrêt frappé de pourvoi a confirmé le jugement.

L'examen du pourvoi a été l'occasion pour la chambre commerciale de se prononcer pour la première fois sur la question, nouvelle au regard des dispositions de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, de la nature de l'exception tirée de l'inopposabilité à la procédure collective de la créance.

S'agit-il d'une exception inhérente à la dette pouvant être invoquée par la caution pour faire obstacle à l'action en paiement du créancier n'ayant pas déclaré sa créance à la procédure collective du débiteur principal ?

L'article L. 621-46 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (qui l'a abrogé), prévoyait que faute d'avoir été déclarée dans le délai légal, la créance était éteinte.

Afin de mettre notre droit des procédures collectives en conformité avec les engagements européens de la France, le législateur de 2005 a supprimé l'extinction des créances non déclarées tout en maintenant une sanction à l'égard du créancier défaillant, à savoir son exclusion des répartitions et dividendes.

L'article L. 622-26, alinéa 1^{er}, du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 non encore modifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 applicable en la cause, disposait : « À défaut de déclaration dans les délais fixés par décret en Conseil d'État, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et dividendes à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissent que leur défaillance n'est pas due à leur fait ou qu'elle est due à une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de

la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-6. Ils ne peuvent alors concourir que pour les distributions postérieures à leur demande [...]. »

L'extinction des créances déclarées permettait ainsi à la caution d'échapper à son engagement ; la caution du créancier défaillant pouvait opposer à celui-ci l'exception inhérente à la dette tirée de l'extinction de la créance déclarée.

La créance n'étant, désormais, plus éteinte, la caution peut-elle se prévaloir du caractère accessoire de son engagement pour se libérer ?

La chambre commerciale répond qu'il résulte des dispositions de l'article L. 622-26 du code de commerce que, la défaillance du créancier ayant pour effet non d'éteindre la créance mais d'exclure son titulaire des répartitions et dividendes, cette sanction ne constitue pas une exception inhérente à la dette, susceptible d'être opposée par la caution pour se soustraire à son engagement.

Ce faisant, elle rejoint la doctrine (voir N. Picod, *La Caution dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises*, n° 67, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008 ; A. Lienhard, *Sauvegarde des entreprises en difficulté. Nouvelles pratiques issues de la réforme*, 2^e éd., 2007, Delmas, n° 1108 ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, PUF, 2008, n° 113 ; Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, 4^e éd., Litec, 2008).

B – Droit des sociétés

Société anonyme – Conseil d'administration – Convention réglementée (article L. 225-38) – Défaut d'autorisation préalable – Action en nullité – Prescription – Délai en cas de convention dissimulée – Point de départ – Détermination

Com., 8 février 2011, pourvoi n° 10-11.896, *Bull.* 2011, IV, n° 20

Par cet arrêt, la chambre commerciale marque sa volonté de rompre avec l'interprétation antérieure des textes relatifs au point de départ de la prescription de l'action en nullité des conventions réglementées et de faire prévaloir des solutions plus en accord avec la lettre de ces textes, mais aussi avec le souci de sécurité juridique qui les sous-tend.

Aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 225-42 du code de commerce, l'action en nullité des conventions visées à l'article L. 225-38 et conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration « se prescrit par trois ans, à compter de la date de la convention. Toutefois, si la convention a été dissimulée, le point de départ du délai de la prescription est reporté au jour où elle a été révélée ». Selon l'article L. 225-42, alinéa 3, la nullité peut être couverte par un vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie.

Il résultait de l'interprétation de ces dispositions retenue par un arrêt de principe du 24 février 1976 (pourvoi n° 74-13.185, *Bull.* 1976, IV, n° 69), d'une part qu'en l'absence d'autorisation préalable du conseil d'administration la prescription ne commençait à courir qu'à la date de la révélation, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de savoir si la convention

litigieuse avait été dissimulée et, d'autre part, que la révélation s'appréciait à l'égard de l'assemblée générale des actionnaires, seul organe habilité à couvrir la nullité encourue.

L'arrêt du 8 février 2011 revient sur l'une et l'autre de ces solutions.

En premier lieu, il réintroduit fermement l'exigence de dissimulation et, par là même, opère un retour au principe, gommé par la jurisprudence inaugurée en 1976, selon lequel le point de départ du délai de prescription est fixé au jour de la conclusion de la convention litigieuse.

L'arrêt le fait en des termes qui manifestent clairement qu'en cette matière, comme en matière de responsabilité civile des dirigeants sociaux ou des commissaires aux comptes où cette notion est mise en œuvre aux mêmes fins, la dissimulation implique un comportement intentionnel. Elle ne saurait donc être déduite du seul défaut d'information de l'organe social appelé à autoriser la convention. Une distinction devra être faite entre les dirigeants ou actionnaires de mauvaise foi, et ceux qui sont seulement imprudents ou ignorants.

En second lieu, l'arrêt précise que s'il y a eu volonté de dissimulation, la révélation s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action. Il y aura donc lieu, le cas échéant, de rechercher la date à laquelle le demandeur à l'action en nullité, qui sera la société elle-même ou un actionnaire agissant à titre individuel, aura eu une connaissance suffisante de la convention dissimulée.

La décision du 8 février 2011 est, s'agissant de cet aspect, en harmonie avec la récente réforme de la prescription civile, qui fait courir cette dernière du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer l'action (article 2224 du code civil). Et, en ce qu'elle aura pour conséquence de réduire dans le temps les possibilités de contestation de la validité d'un acte juridique, cette décision répond au besoin de sécurité juridique, particulièrement marqué en droit des sociétés.

C – Droit bancaire

Bourse – Autorité des marchés financiers – Pouvoirs – Contrôles et enquêtes – Convocation irrégulière – Audition – Conditions – Renonciation aux règles protectrices

Com., 24 mai 2011, pourvoi n° 10-18.267, Bull. 2011, V, n° 82

Pour l'exécution de sa mission, l'Autorité des marchés financiers (AMF) – plus précisément son secrétaire général – peut décider de procéder à des enquêtes. Les articles L. 621-10 et L. 621-11 du code monétaire et financier définissent, d'une manière qui apparaît limitative, les pouvoirs reconnus aux enquêteurs au titre des investigations non coercitives. Ceux-ci peuvent notamment, aux termes de l'article L. 621-10, convoquer et entendre toute personne susceptible de leur fournir des informations. L'article L. 621-11 régit l'exercice du pouvoir de convocation et d'audition ainsi accordé aux enquêteurs. Ce texte dispose que toute personne convoquée a le droit de se faire assister d'un conseil de son choix et précise que les modalités de cette convocation et les conditions dans lesquelles est assuré l'exercice du droit à l'assistance d'un conseil sont déterminées par décret. Les dispositions réglementaires

auxquelles il est ainsi renvoyé figurent à l'article R. 621-35 du code monétaire et financier, qui prévoit l'envoi d'une convocation par lettre recommandée remise en main propre ou par acte d'huissier de justice, l'observation d'un délai de huit jours au moins entre la remise de la convocation et la date de l'audition, la référence dans la convocation à l'ordre de mission nominatif de l'enquêteur établi par le secrétaire général de l'AMF ou son délégué, et le rappel que la personne convoquée est en droit de se faire assister d'un conseil de son choix.

La question – inédite – posée à la Cour de cassation à l'occasion de l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 24 mai 2011 était de savoir si ces dispositions ont vocation à s'appliquer à toutes les auditions auxquelles peuvent procéder les enquêteurs de l'AMF, ou si elles autorisent une dualité de régime, l'un qui ne s'appliquerait qu'aux auditions sur convocation, l'autre qui s'appliquerait aux auditions dites spontanées.

Au soutien de la seconde branche de l'option, l'AMF faisait valoir que l'audition visée par les textes devait être comprise comme un interrogatoire, de sorte qu'elle laisserait un espace pour un entretien, au cours duquel les agents de l'AMF, s'interdisant de poser des questions, se borneraient à recueillir des déclarations spontanées et à les mentionner dans un procès-verbal.

Cette analyse n'a pas été suivie par la Cour de cassation.

Au visa des dispositions précitées du code monétaire et financier et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, la chambre commerciale a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait déclaré régulière la procédure d'enquête sans constater que la personne, dont les déclarations avaient été recueillies par les enquêteurs à l'occasion de l'exercice de leur droit d'accès à des locaux à usage professionnel, avait, préalablement à celles-ci, renoncé au bénéfice des règles applicables aux auditions visant à assurer la loyauté de l'enquête.

L'enquête est en effet soumise en droit interne à une obligation de loyauté dans l'administration de la preuve, ainsi que la plus haute formation de la Cour de cassation l'a rappelé avec force en matière de pratiques anticoncurrentielles, par son arrêt du 7 janvier 2011 (Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvois n° 09-14.667 et n° 09-14.316, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 1). Or les garanties entourant l'exercice du pouvoir de procéder à des auditions reconnu aux enquêteurs de l'AMF, minutieusement aménagées par la loi et le règlement sans faire de distinction entre les auditions sur convocation et celles recueillies dans les locaux à usage professionnel, visent précisément à mettre en œuvre le principe de loyauté dans la conduite des opérations d'enquête. La conséquence en a été tirée que les agents de l'AMF ne peuvent se dispenser de les observer, sauf dans le cas où la personne susceptible de leur fournir des informations accepte expressément d'y renoncer, préalablement à ses déclarations.

D – Droit de la concurrence

Concurrence – Autorité de la concurrence – Organisation – Observations orales à l’audience – Recevabilité

Convention européenne des droits de l’homme – Article 6 § 1 – Tribunal – Impartialité – Défaut – Manquement lié à la composition d’une juridiction – Cas – Même formation de cour d’appel statuant sur l’ordonnance d’autorisation de visite et de saisie et sur la décision au fond du Conseil de la concurrence

Com., 21 juin 2011, pourvoi n° 09-67.793, Bull. 2011, IV, n° 101

L’ancienneté de ce dossier, due à la multiplication des recours et pourvois qui l’avaient émaillé, a fait émerger deux difficultés particulières nées des nombreuses évolutions législatives et réglementaires qui ont modifié le droit de la concurrence depuis le début des années 2000.

Deux points principaux ont été réglés par cet arrêt. D’une part, la question de la légalité de l’intervention orale du représentant de l’Autorité de la concurrence devant la cour d’appel, d’autre part, celle de la conformité des mesures transitoires instaurées en matière d’autorisation de visite et de saisie par l’ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, qui seront rappelées ci-dessous.

S’agissant de l’intervention orale du représentant de l’Autorité de la concurrence devant la cour d’appel, lors de la création du Conseil de la concurrence, en 1986, le décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 réglementant la procédure de recours devant la cour d’appel de Paris précisait que le Conseil, bien que n’étant pas partie au procès, avait la possibilité de présenter des observations écrites. Cette particularité de la procédure avait pour objectif de faciliter la compréhension des difficultés et spécificités de cette matière nouvelle, fortement influencée par l’économie, avec laquelle les magistrats de l’ordre judiciaire n’étaient pas tous familiarisés.

Après l’édition du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE (devenus articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne (TFUE)) qui prévoyait notamment, en son article 15 § 3, qu’en cas d’application de l’un des textes précités, les autorités nationales de concurrence devaient pouvoir présenter des observations écrites devant les juridictions, et également orales avec l’autorisation de celles-ci, la procédure a été modifiée par l’article 7 du décret n° 2005-1667 du 27 décembre 2005, et l’article R. 464-19 du code de commerce dans sa rédaction issue de ce décret énonçait que le Conseil de la concurrence et le ministre de l’économie pouvaient présenter des observations orales devant la cour d’appel de Paris.

Trois ans plus tard est intervenue la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l’économie créant l’Autorité de la concurrence, à laquelle ont été transférés de nombreux pouvoirs exercés jusqu’alors par le ministre de l’économie. À cette occasion, le décret n° 2009-141 du 10 février 2009 a modifié l’article R. 461-1 du code de commerce qui dispose désormais : « Le président de l’Autorité de la concurrence a qualité pour agir en demande et

en défense et présenter des observations devant toute juridiction au nom de cette Autorité. » Parallèlement, la mention à l'Autorité a été supprimée dans l'article R. 464-19 et ce texte ne fait plus référence qu'aux observations orales du ministre de l'économie.

Selon la société auteur du pourvoi, cette modification devait s'interpréter comme n'autorisant plus l'Autorité de la concurrence à présenter des observations orales.

La chambre commerciale n'a pas suivi cette analyse. Dans le silence des travaux parlementaires, il n'existait, en effet, aucune raison plausible pour que le législateur, qui avait en 2005 permis que le Conseil de la concurrence puisse formuler des observations orales, ait décidé soudainement, sans motif particulier, de lui supprimer ce droit, alors même qu'il avait précisé par une disposition spécifique que le président de l'Autorité de la concurrence a qualité pour agir en demande et en défense et « présenter des observations devant toute juridiction au nom de cette Autorité ».

Cette analyse est confortée par l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne, le 7 décembre 2010, dans l'affaire n° C-439/08 *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood-en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkeren (VEBIC) VZW / Raad voor de Mededinging, Minister van Economie*, dite affaire *Vebic*. Réunie en grande chambre, sa formation la plus solennelle, la Cour de Luxembourg précise que « l'article 35 du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui n'accorde pas la faculté à une autorité de concurrence nationale de participer, en tant que partie défenderesse, à une procédure judiciaire dirigée contre la décision dont cette autorité est l'auteur ».

Il se déduit de cette formulation que la Cour de justice estime que les autorités nationales de concurrence doivent se voir reconnaître la qualité de partie devant les juridictions chargées de contrôler leurs décisions, lorsqu'est en jeu l'application des articles 101 et 102 du TFUE (anciennement 81 et 82 du Traité).

Certes, le dossier d'espèce concernait un cas de figure différent puisque seul le droit national des ententes avait été appliqué. Mais il serait incohérent de différencier le régime d'intervention de l'Autorité selon qu'est appliqué, ou non, le droit communautaire, cela d'autant que l'arrêt de la Cour de justice a justifié son analyse en retenant que la position de partie accordée à l'Autorité de concurrence permet au juge de ne pas être confronté à la seule appréciation des parties sanctionnées, cette justification étant tout autant fondée en droit français, les conditions de qualification des pratiques étant identiques à celles du droit européen.

S'agissant des mesures transitoires en matière de recours contre l'autorisation de visite et de saisie prévues par l'article L. 450-4 du code de commerce et résultant de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, il convient de rappeler que jusqu'à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme rendu le 21 février 2008 (*Ravon et autres c. France*, requête n° 18497/03), il en était en matière de concurrence comme en matière fiscale, l'ordonnance autorisant la visite et la saisie de documents n'était susceptible que d'un pourvoi en cassation.

À la suite de l'arrêt de la Cour européenne, le législateur a rapidement organisé une procédure permettant l'appel contre les décisions donnant une autorisation de visite et de saisie

de documents, introduite en matière de droit de la concurrence par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008.

Pour les affaires en cours, des mesures transitoires ont été prévues à l'article 5 IV, alinéa 2, dans les termes suivants : « Si l'autorisation de visite et saisie n'a pas fait l'objet d'un pourvoi en cassation ou si cette autorisation a fait l'objet d'un pourvoi en cassation ayant donné lieu à un arrêt de rejet de la Cour de cassation, un recours en contestation de l'autorisation est ouvert devant la cour d'appel de Paris saisie dans le cadre de l'article L. 464-8 du code de commerce, hormis le cas des affaires ayant fait l'objet d'une décision irrévocable à la date de publication de la présente ordonnance. » L'article L. 464-8 étant celui qui précise les conditions dans lesquelles est possible le recours contre les décisions rendues sur le fond, il résulte de la combinaison de ces textes que la contestation de l'ordonnance d'autorisation n'est possible que dans le cadre du recours formé contre la décision.

En l'espèce, la formation d'appel avait répondu à tous les moyens critiquant la procédure, y compris ceux développés au titre du recours contre l'ordonnance de visite et saisie, pour traiter ensuite ceux développés sur le fond de la qualification des pratiques par le Conseil de la concurrence, puis les sanctions.

Au moyen par lequel la société mise en cause soutenait qu'un même juge ne pouvait, sans atteinte au principe d'impartialité, statuer à la fois sur la régularité de l'ordonnance autorisant la visite et la saisie, puis sur le fond de l'affaire, la cour d'appel avait répondu que le contrôle en fait et en droit de l'ordonnance constatant l'existence de présomptions d'une pratique anticoncurrentielle prohibée n'impliquait de sa part aucune appréciation sur le bien-fondé des griefs.

Là encore la chambre commerciale n'a pas suivi cette analyse.

Ainsi que cela a été, à de nombreuses reprises, rappelé par la Cour européenne des droits de l'homme, le principe d'impartialité doit s'apprécier à la fois subjectivement et objectivement, la démarche objective conduisant à rechercher si le juge ou la formation de jugement telle qu'elle est organisée « [offrait] des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime », l'élément déterminant consistant à savoir « si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées » (CEDH, 25 février 1997, *Findlay c. Royaume-Uni*, requête n° 22107/93, § 73 ; CEDH, 9 juin 1998, *Incal c. Turquie*, requête n° 41/1997/825/1031, § 71 ; CEDH, 16 décembre 2003, *Cooper c. Royaume-Uni*, requête n° 48843/99).

La Cour européenne justifie cette analyse par la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables.

La Cour de cassation a, de longue date, fait sienne cette analyse, notamment en droit de la concurrence à propos duquel elle a précisé, par un arrêt du 9 octobre 2001 (pourvois n°s 98-22.015, 98-22.016, 98-22.017 et 98-21.987, *Bull.* 2001, IV n° 160), que « le Conseil de la concurrence [qui s'est] prononcé sur le caractère prohibé d'une partie des faits qui lui étaient dénoncés dans la procédure de mesures conservatoires [...] [ne peut], dans une formation comportant des membres ayant statué dans cette procédure, statuer à nouveau au fond sans manquer objectivement au principe d'impartialité [garanti par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] ».

En l'espèce, la configuration de la contestation était différente, puisque le mécanisme instauré par l'ordonnance de 2008 précitée conduit un même juge à statuer, non pas à deux reprises sur un même dossier, mais, dans le même mouvement, sur la validité de l'ordonnance d'autorisation de visite et de saisie et donc, aux termes de l'article L. 450-4, à décider s'il existe bien des présomptions de pratiques anticoncurrentielles ayant permis l'autorisation de visite et de saisie, puis, sur la base des pièces ainsi saisies, si ces pratiques sont bien constituées.

Dans la ligne de sa jurisprudence antérieure et dans le respect de celle de la CEDH, la chambre commerciale a jugé dans le présent arrêt que, quelle que soit l'objectivité intellectuelle de ceux qui la composent, le système instauré qui aboutit à ce qu'une même formation de jugement contrôle la validité, en fait et en droit, de l'ordonnance constatant l'existence de présomptions de pratiques anticoncurrentielles, puis la décision rendue par l'Autorité de concurrence se fondant sur les pièces recueillies dans le cadre de ces visite et saisie, dont l'autorisation aurait été validée, ne peut, pour le justiciable concerné, que constituer une atteinte, objective, au principe d'impartialité.

V – RESPONSABILITÉ CIVILE, ASSURANCES ET SÉCURITÉ SOCIALE

A – Assurances

Assurances de personnes – Règles générales – Assurance de prévoyance collective – Résiliation – Prestation différée – Article 7 de la loi du 31 décembre 1989 – Domaine d’application – Exclusion – Cas – Absence de prestations dues pendant la durée du contrat

2^e Civ., 3 mars 2011, pourvoi n° 09-14.989, Bull. 2011, II, n° 55

La loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, dite « loi Evin », prévoit en son article 7 un droit au maintien des prestations acquises, en ces termes :

« Lorsque des assurés ou des adhérents sont garantis collectivement contre les risques portant atteinte à l’intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, le risque décès ou les risques d’incapacité ou d’invalidité, la résiliation ou le non-renouvellement du contrat ou de la convention est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant son exécution [...] »

Cette disposition d’ordre public protège l’assuré-adhérent d’un danger, commun à toutes les assurances de groupe, à savoir la rupture d’assurance de risques nés avant, mais réalisés après, la résiliation du contrat de groupe.

Le principe est donc que l’organisme assureur a l’obligation de maintenir les prestations liées à un fait générateur apparu au cours d’une période où le contrat de prévoyance collective était en cours, malgré la résiliation ou le non-renouvellement de ce contrat.

Une difficulté pratique, et un contentieux de plus en plus important, sont apparus en raison de l’existence d’une apparente incompatibilité entre cet article 7 et l’article 2 de la même loi (lequel concerne les contrats à adhésion obligatoire), qui dispose que « lorsque des salariés sont garantis collectivement [...] contre le risque décès, les risques portant atteinte à l’intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou les risques d’incapacité de travail ou d’invalidité, l’organisme qui délivre sa garantie prend en charge les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat ou de la convention [...] ».

En effet, dans l’hypothèse d’une invalidité reconnue postérieurement à la date de résiliation d’un premier contrat, mais trouvant son origine dans une maladie ou un accident survenu antérieurement, l’assureur « résilié » et le « nouvel » assureur se renvoient fréquemment la responsabilité de la prise en charge du sinistre, le premier invoquant l’article 2 – l’invalidité constituant alors la suite d’un état pathologique survenu antérieurement à la souscription du nouveau contrat d’assurance – et le second assureur invoquant l’application de l’article 7 de la loi – l’invalidité constituant selon lui une prestation différée au sens de ce texte.

Dans un arrêt de principe du 16 janvier 2007 (dit « arrêt Mozet », pourvoi n° 05-43.434, *Bull.* 2007, V, n° 7), rendu au visa des deux articles 2 et 7 de la loi Evin, la chambre sociale

a précisé la notion de prestation différée relevant de l'exécution du premier contrat de prévoyance, en qualifiant ainsi la rente annuelle due en cas de reconnaissance d'inaptitude à la fonction, dans une espèce où cette reconnaissance était intervenue plus de deux ans après l'arrêt de travail pour maladie, et où le salarié, qui avait jusqu'alors perçu des indemnités journalières en vertu d'un premier contrat de prévoyance, s'était vu refuser le bénéfice de cette rente au motif qu'un second contrat de prévoyance avait entre-temps remplacé le premier contrat et ne prévoyait pas une telle rente.

Cette décision, dont le *Rapport annuel 2007* souligne qu'elle « s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence convergente de la Cour de cassation [depuis l'arrêt de la première chambre civile du 2 octobre 2002] (voir notamment : 1^{re} Civ., 2 octobre 2002, pourvoi n° 99-14.298, *Bull.* 2002, I, n° 224 ; Soc., 18 mars 2003, pourvoi n° 01-41.669) », a été étendue au cas de reconnaissance de l'invalidité par la deuxième chambre civile et confirmée à de nombreuses reprises.

L'arrêt du 3 mars 2011 ici commenté apporte une précision supplémentaire dans la même continuité, pour les cas – jusqu'alors non encore soumis à l'examen de la Cour de cassation – où se succèdent deux contrats de prévoyance, qui, souscrits auprès de deux opérateurs distincts, ne recouvrent pas les mêmes garanties, et où aucune prestation n'avait été servie par le premier opérateur avant la résiliation de son contrat.

La deuxième chambre civile a ainsi dit qu'en l'absence de prestations dues pendant la durée d'application du premier contrat, l'article 7 de la loi Evin n'était pas applicable. Elle a donc approuvé la cour d'appel qui, ayant constaté, d'abord, qu'un employeur avait conclu un contrat d'assurance collective afin de faire bénéficier ses adhérents d'une rente en cas d'invalidité et d'une pension en cas d'incapacité, avant de le résilier et d'en souscrire un autre auprès d'un second assureur, puis, que ce premier contrat ne garantissait que l'invalidité donnant lieu à une rente et l'incapacité donnant lieu à pension, dans l'hypothèse où elles étaient constatées pendant l'exécution du contrat, et ne garantissait pas le risque maladie ou accident, ensuite, que plusieurs bénéficiaires avaient sollicité le paiement d'une rente invalidité, après la résiliation du premier contrat, avait retenu que le premier assureur n'avait pas versé de prestations à ces adhérents avant la résiliation de son contrat, pour en déduire exactement que l'article 7 de la loi Evin n'était pas applicable et que les invalidités de ces adhérents, qui avaient été constatées lors de l'exécution du second contrat, devaient être prises en charge par le second assureur.

B – Fonds d'indemnisation

Fonds de garantie – Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages – Indemnisation – Étendue – Condamnation aux dépens (non)

2^e Civ., 3 novembre 2011, pourvoi n° 10-19.572, en cours de publication

Aux termes du second alinéa de l'article L. 421-1 III du code des assurances, « lorsque le fonds de garantie [des assurances obligatoires de dommages] intervient au titre des I et II, il paie les indemnités allouées aux victimes ou à leurs ayants droit qui ne peuvent être prises en charge à aucun autre titre lorsque l'accident ouvre droit à réparation [...] ».

Et, aux termes de l'article R. 421-1 du code des assurances, « sont prises en charge par le fonds de garantie [...] les indemnités dues aux victimes d'accidents mentionnés à l'article L. 421-1 ou à leurs ayants droit ».

L'article R. 421-2 du code des assurances prévoit, quant à lui, les cas d'exclusion, qui portent sur les personnes ne pouvant bénéficier du FGAO, en fonction de leur « qualité » et des circonstances de survenance du dommage.

Les frais et dépens n'étant pas mentionnés par ce dernier texte, il aurait pu en être déduit qu'ils n'étaient pas exclus du champ d'indemnisation du FGAO.

Toutefois, selon la jurisprudence, ancienne et – exception faite de quelques arrêts « isolés » – constante de la Cour de cassation, les dépens ne peuvent jamais être mis à la charge du FGAO.

Par son arrêt « fondateur » du 9 mai 1972 (1^{re} Civ., 9 mai 1972, pourvoi n° 71-11.950, *Bull.* 1972, I, n° 125), la Cour de cassation avait cassé l'arrêt attaqué au visa de l'article 15 de la loi n° 51-1508 du 31 décembre 1951, avec cet attendu de principe : « Attendu que ce texte instituant le fonds de garantie automobile le charge dans le cas d'insolvabilité des auteurs d'accidents causés par des véhicules automobiles de payer aux victimes les indemnités à elles allouées par une décision judiciaire ou résultant d'une transaction ; » et avec ce conclusif : « Attendu cependant que l'article 16 [de cette loi] précité dispose que la victime ou ses ayants droit peuvent demander à l'assureur le paiement des sommes qui lui seraient versées par le fonds si le règlement était effectué par ce dernier ; que dès lors, en condamnant l'assureur à payer les frais et dépens qui ne sont pas prévus dans les opérations que le fonds de garantie automobile est tenu d'effectuer, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Par la suite, l'affirmation suivant laquelle le FGAO ne pouvait être condamné aux dépens a été étendue à toutes les situations procédurales, y compris celles où le fonds, régulièrement attrait en justice, avait succombé dans ses prétentions.

L'arrêt ici commenté réaffirme ce principe, en l'expliquant par le caractère subsidiaire de l'obligation à paiement de ce fonds, qui a pour conséquence automatique de l'exonérer de toute charge non expressément prévue par ces textes : « Vu les articles L. 421-1, III, et R. 421-1 du code des assurances ; Attendu, selon ces textes, que le FGAO paie les indemnités dues aux victimes ou à leurs ayants droit qui ne peuvent être prises en charge à aucun autre titre lorsque l'accident ouvre droit à réparation ; qu'en raison du caractère subsidiaire de cette mission le FGAO ne peut être condamné au paiement des dépens, qui ne figurent pas au rang des charges qu'il est tenu d'assurer ».

C – Sécurité sociale

Sécurité sociale, accident du travail – Faute inexcusable de l'employeur – Effets – Réparation du préjudice – Étendue – Préjudices énumérés à l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale – Dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale

2^e Civ., 30 juin 2011, pourvoi n° 10-19.475, *Bull.* 2011, II, n° 148

L'arrêt rendu, le 30 juin 2011, par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, s'inscrit dans le contexte pour le moins complexe de l'indemnisation des victimes d'un accident du travail (au sens étroit du terme) ou d'une maladie professionnelle résultant de la faute inexcusable de l'employeur ou de celui qu'il s'est substitué dans la direction du travail.

Suivant les principes fixés en dernier lieu par la loi n° 76-1106 du 6 décembre 1976 (à présent insérés sous les articles L. 452-1 et suivants du code de la sécurité sociale), la victime peut prétendre, indépendamment des prestations en nature et en espèces (prise en charge des soins, indemnités journalières et rente AT/MP) au titre de la couverture du risque par le régime légal, d'une part à la majoration de la rente allouée en cas d'incapacité permanente (article L. 452-2), d'autre part à la réparation du préjudice causé par les souffrances physiques et morales, des préjudices esthétiques et d'agrément et du préjudice résultant de la perte ou de la réduction des possibilités de promotion professionnelle ainsi que, lorsqu'elle demeure atteinte d'une incapacité permanente totale, à une indemnité forfaitaire égale au montant du salaire minimum légal en vigueur à la date de la consolidation (article L. 452-3, alinéa 1^{er}). En cas de décès de la victime, les ayants droit peuvent obtenir la réparation de leur préjudice moral (*ibid.*, alinéa 2). Il appartient à l'organisme de sécurité sociale de faire l'avance à la victime ou à ses ayants droit des réparations complémentaires dont il récupère ensuite le montant auprès de l'employeur soit par voie de cotisations complémentaires (majoration de rente ou indemnité forfaitaire), soit directement (autres préjudices). Les juridictions du contentieux général de la sécurité sociale sont exclusivement compétentes pour connaître de la reconnaissance de la faute inexcusable et de son indemnisation.

Ces dispositions n'ayant pas été modifiées depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 décembre 1976, les victimes d'un accident ou d'une maladie d'origine professionnelle imputables à la faute inexcusable de l'employeur ne peuvent prétendre ainsi à l'indemnisation de l'intégralité de leur préjudice. Les préjudices susceptibles de donner lieu à indemnisation font l'objet, en effet, d'une énumération limitative, et, si la Cour de cassation s'est efforcée de retenir des chefs qui figurent dans l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale une définition extensive (la Cour de cassation range ainsi dans le préjudice d'agrément au sens de ces dispositions le préjudice sexuel, alors qu'il revêt, dans le droit commun de l'indemnisation du préjudice corporel, un caractère distinct), la rédaction même des termes de la loi conduit à faire échec aux demandes d'indemnisation portant sur d'autres chefs de préjudice. Contestées, les dispositions de l'article L. 452-3 n'en demeurent pas moins en vigueur en dépit des réflexions et propositions formulées en la matière, notamment, par les corps d'inspection et de contrôle. C'est dans cette perspective que s'inscrit la solution retenue par la deuxième chambre civile.

Victime d'un accident du travail lui ayant laissé de lourds handicaps, une salariée saisit à la fois les juridictions pénales et les juridictions de la sécurité sociale. L'introduction devant la chambre criminelle d'un pourvoi formé à l'encontre de la décision de la cour d'appel statuant en matière pénale a conduit la Cour de cassation à renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité dont était assorti le pourvoi, la question portant sur la conformité à la Constitution des dispositions des articles L. 451-1 et L. 452-2 à L. 452-5 du code de la sécurité sociale (Formation de constitutionnalité, 7 mai 2010, pourvoi n° 09-87.288). S'il a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution, le Conseil constitutionnel a assorti

toutefois sa décision d'une réserve d'interprétation des termes de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale. Ces dispositions ne sauraient, selon lui, « sans porter une atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs, faire obstacle à ce que ces mêmes personnes [les victimes et leurs ayants droit], devant les mêmes juridictions [les juridictions du contentieux général de la sécurité sociale], puissent demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale » ; c'est, dès lors, sous cette réserve qu'il y a lieu d'interpréter les dispositions de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale (Cons. const., 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC, considérant n° 18, JO du 19 juin 2010, p. 11149). Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs adopté une même position quant à l'indemnisation des marins relevant du régime spécial des marins du commerce (Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011-127 QPC, considérant n° 9, JO du 7 mai 2011, p. 7851).

La réserve d'interprétation énoncée par le Conseil constitutionnel n'est pas sans effet. Elle conduit à s'interroger, en premier lieu, sur l'étendue des réparations complémentaires auxquelles la victime et ses ayants droit peuvent prétendre ; la décision du Conseil constitutionnel ne précise pas, en effet, si la réparation complémentaire doit s'étendre ou non à l'intégralité du préjudice subi selon les règles du droit commun, le commentaire de la décision aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* (cahier n° 29) réservant d'ailleurs explicitement sur ce point l'appréciation de la Cour de cassation. L'interrogation est en réalité double : l'interprétation des termes de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale doit-elle conduire à l'indemnisation de l'intégralité du préjudice subi ? Les modalités de la réparation, intégrale ou non, du préjudice subi par la victime d'une faute inexcusable doivent-elles conserver leur autonomie ou se fondre purement et simplement dans les règles du droit commun, l'option n'étant pas sans incidence, s'agissant par exemple du déficit fonctionnel ?

La seconde conséquence intéresse les employeurs, qui devront supporter, le cas échéant, des indemnités plus importantes ; souscrits en vue d'une indemnisation moins étendue, les contrats d'assurance devront être modifiés, la période transitoire pouvant donner lieu à des litiges entre les assureurs et les souscripteurs de ces contrats. On doit s'interroger, enfin, sur l'implication des organismes de sécurité sociale, s'agissant, plus précisément, de l'obligation pour eux de faire l'avance ou non des indemnités allouées en réparation de chefs de préjudice qui ne figurent pas explicitement parmi ceux énumérés par l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale. Cette question n'est pas de pure forme : l'abstention de l'organisme est de nature à laisser supporter à la victime la charge de recouvrer seule ces indemnités, sans omettre les risques tenant à l'insolvabilité de l'employeur et à son défaut d'assurance adéquate ; la formule inverse conduit à faire supporter, chaque fois que l'organisme ne parviendra pas à recouvrer les sommes litigieuses auprès de l'employeur, le montant de celles-ci à la branche AT/MP, autrement dit à l'ensemble des employeurs relevant du régime.

Compte tenu des termes du pourvoi dont elle était saisie, c'est à la première de ces interrogations que la deuxième chambre civile a pour partie répondu. Ayant sollicité en l'espèce l'indemnisation des frais inhérents, en particulier, à l'aménagement de sa maison et à l'acquisition d'un véhicule adapté à son état, la victime avait été déboutée de ses demandes, motif pris du caractère limitatif des dispositions de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale. Celles-ci devant être interprétées, eu égard à la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel, comme n'excluant pas la faculté pour la victime de demander

réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale, la Cour de cassation conclut à la violation de ce texte par la cour d'appel, dont l'arrêt est cassé en conséquence.

De cet arrêt, on retiendra que la Cour de cassation a étendu à des chefs de préjudice non énumérés par les dispositions de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale le droit à réparation de la victime, sans préciser toutefois si la réparation doit normalement être intégrale, ni si elle doit obéir aux règles du droit commun ou bien conserver son autonomie. Si la Cour de cassation a rejeté la demande de mise hors de cause de la caisse primaire d'assurance maladie, elle ne s'est pas prononcée en revanche, faute de demande de la victime à l'égard de l'organisme et de débat sur ce point entre les parties, sur le point de savoir si la caisse primaire est tenue de faire l'avance de l'ensemble des indemnités allouées à la victime ou si elle doit se limiter aux seules indemnités correspondant aux chefs de préjudice énumérés à l'article L. 452-3.

Les questions posées par la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel font l'objet de nombreux litiges qui donneront lieu sans doute à bien des pourvois, à moins que le législateur n'intervienne en la matière en réformant les dispositions du code de la sécurité sociale. Une proposition a d'ailleurs été insérée en ce sens dans le *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2010 (p. 19) et le présent *Rapport* (p. 21).

Fonds de garantie – Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante – Victime de l'amiante – Demande d'indemnisation – Offre d'indemnisation – Acceptation de l'offre – Effets – Étendue – Limite – Détermination

Sécurité sociale, régimes spéciaux – Marins – Accident du travail – Faute inexcusable de l'employeur – Recours de la victime contre l'employeur – Recevabilité

2^e Civ., 22 septembre 2011, pourvoi n° 09-15.756, en cours de publication

Cet arrêt vient apporter un éclairage nouveau sur la question de la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur dans le cadre du régime des accidents du travail et des maladies professionnelles des marins. Ce régime spécial, issu de diverses sources comme le code du travail maritime et le décret-loi du 17 juin 1938 modifié à plusieurs reprises, ne comporte aucune disposition qui, à l'instar de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale, reconnaît un droit à indemnisation complémentaire en cas de faute inexcusable de l'employeur.

Le litige soumis à la Cour de cassation concernait un marin atteint d'une affection liée à une exposition à l'amiante relevant du tableau n° 30 des maladies professionnelles et décédé des suites de cette maladie. La veuve et les enfants de la victime, après avoir saisi une juridiction de sécurité sociale en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur, avaient accepté une offre d'indemnisation du fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) pour les préjudices subis par leur auteur et leurs préjudices personnels. Les ayants droit de la victime avaient ensuite maintenu leur action en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur, le FIVA intervenant alors dans la procédure pour solliciter le remboursement des sommes versées à la suite de l'acceptation de l'offre.

La cour d'appel, par un arrêt confirmatif, avait jugé irrecevables les recours formés tant par les ayants droit de la victime que par le FIVA.

La question posée à la Cour de cassation était double :

- les ayants droit de la victime, qui avaient accepté l'indemnisation du FIVA, n'étaient-ils pas en droit de se maintenir dans leur action ayant pour objet de faire reconnaître la faute inexcusable de l'employeur ?
- les dispositions du régime spécial des marins excluant la possibilité pour la victime de se prévaloir de la faute inexcusable de l'employeur sont-elles compatibles avec l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ?

Sur le premier point, la Cour de cassation, s'inscrivant dans le droit fil de sa jurisprudence, a réaffirmé qu'il résulte de l'article 53 IV, alinéas 2 et 3, de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000, que le salarié atteint d'une maladie professionnelle ou ses ayants droit en cas de décès, qui ont accepté l'offre d'indemnisation du FIVA, sont recevables, mais dans le seul but de faire reconnaître l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur, à se maintenir dans l'action en recherche de faute inexcusable qu'ils ont préalablement engagée et qui est reprise par le FIVA. Elle a donc censuré l'arrêt qui, pour déclarer irrecevables l'action des ayants droit et l'intervention du FIVA, retient que ces ayants droit ont reçu et accepté dans le cadre de ce dispositif légal une indemnisation du chef des préjudices subis par leur auteur et de leurs préjudices personnels. Dans un avis du 13 novembre 2006 (demande n° 06-00.011, *Bull.* 2006, Avis, n° 9), la haute juridiction avait déjà admis ce principe. L'arrêt rendu par la deuxième chambre civile conforte ainsi la solution dégagée dans cet avis.

Sur la seconde problématique, la Cour de cassation a tiré les conséquences des évolutions récentes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans une décision n° 2011-127 QPC du 6 mai 2011, le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du 8° de l'article L. 412-8 et du 2° de l'article L. 413-12 du code de la sécurité sociale, a énoncé une réserve d'interprétation. Selon le Conseil constitutionnel, « ces dispositions ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs, être interprétées comme faisant, par elles-mêmes, obstacle à ce qu'un marin victime, au cours de l'exécution de son contrat d'engagement maritime, d'un accident du travail imputable à une faute inexcusable de son employeur puisse demander, devant les juridictions de la sécurité sociale, une indemnisation complémentaire dans les conditions prévues par le chapitre 2 du titre V du livre IV du code de la sécurité sociale ; [...] sous cette réserve, ces dispositions ne méconnaissent pas le principe de responsabilité » (considérant n° 9). Le commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* fait référence à une décision du 18 juin 2010 (décision n° 2010-8 QPC) par laquelle le Conseil a jugé conformes à la Constitution les dispositions du régime général de la sécurité sociale applicables aux accidents du travail et aux maladies professionnelles, sous réserve que le salarié puisse obtenir l'indemnisation des préjudices non couverts par les dispositions du code de la sécurité sociale (livre IV) lorsque l'employeur a commis une faute inexcusable.

Le présent arrêt se fonde sur cette nouvelle jurisprudence constitutionnelle pour affirmer qu'il résulte des articles L. 412-8 8° et L. 413-12 2° du code de la sécurité sociale, tels

qu'interprétés par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-127 QPC du 6 mai 2011, et de l'article 20 du décret-loi du 17 juin 1938, que le marin, victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle au cours de l'exécution du contrat d'engagement maritime, ou ses ayants droit, peuvent, en cas de faute inexcusable de l'employeur, demander devant la juridiction de sécurité sociale le bénéfice du livre IV du code de la sécurité sociale, ainsi que l'indemnisation des préjudices complémentaires non expressément couverts par les dispositions de ce livre.

La décision de la cour d'appel est à nouveau censurée, cette fois-ci en ce qu'elle énonce qu'il résulte de l'article 20 § 1 du décret régissant le régime de sécurité sociale des marins en date du 17 juin 1938 modifié par le décret n° 56-162 du 28 janvier 1956 que la notion de faute inexcusable n'existe pas dans ce régime spécial dérogatoire au régime général de sécurité sociale.

La Cour de cassation opère ainsi un revirement de jurisprudence, revenant sur l'interprétation retenue pour la première fois en 1979 dans l'affaire du *Mont-Laurier* (Soc., 16 mai 1979, pourvoi n° 77-12.855, *Bull.* 1979, V, n° 421) et réaffirmée en 2004 (2^e Civ., 23 mars 2004, pourvoi n° 02-14.142). La portée de la solution est large : elle concerne tant le marin atteint par une maladie professionnelle que celui victime d'un accident du travail. Celui-ci, même s'il se trouve en mer dans l'exécution de son contrat d'engagement maritime, pourra agir en recherche de la faute inexcusable de l'armateur, ce qui jusqu'à présent s'avérait impossible.

VI – PROCÉDURE CIVILE ET ORGANISATION DES PROFESSIONS

Honoraires d'avocat

Avocat – Honoraires – Contestation – Procédure – Domaine d'application – Montant et recouvrement des honoraires

2^e Civ., 26 mai 2011, pourvoi n° 10-12.728, Bull. 2011, V, n° 116

L'arrêt rendu le 26 mai 2011 par la formation plénière de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation marque une étape importante de la jurisprudence sur la délimitation du champ de compétence du juge statuant sur une contestation d'honoraires concernant le montant et le recouvrement des honoraires d'avocat, en application de l'article 174 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat. La deuxième chambre civile affirme par cette décision de principe que le bâtonnier et, sur recours, le premier président de la cour d'appel, auxquels a été confié ce contentieux (article 175 du décret de 1991, modifié par le décret n° 2007-932 du 15 mai 2007), n'ont pas le pouvoir, à l'occasion d'une telle contestation, de connaître, même à titre incident, de la responsabilité de l'avocat à l'égard de son client résultant d'un manquement à son devoir de conseil et d'information. Cette décision consacre, au terme d'une évolution jurisprudentielle fluctuant entre extension et restriction des pouvoirs du « juge de l'honoraire », une délimitation claire de son périmètre d'action.

La Cour de cassation, afin d'assurer une nécessaire protection du consommateur spécifique qu'est le client de l'avocat, a affirmé de façon extensive le pouvoir judiciaire de révision de l'honoraire. Ainsi, si la liberté de fixer les honoraires est affirmée pour l'avocat, tout l'incite à conclure une convention préalable d'honoraires pour satisfaire à une exigence croissante de prévisibilité et d'information quant au coût de sa prestation. La loi prévoit en effet qu'à défaut d'accord des parties, les honoraires seront fixés par le juge et la jurisprudence d'ajouter qu'aucun honoraire complémentaire de résultat n'est dû s'il n'a pas été expressément stipulé par une convention préalable. Dans une acception large des pouvoirs du « juge de l'honoraire », la première chambre civile de la Cour de cassation a consacré, par un arrêt remarqué du 3 mars 1998, ce que des auteurs ont qualifié d'immixtion judiciaire, en permettant à ce juge de réviser les conventions d'honoraires convenues, par leur annulation ou par la réduction du montant initialement fixé, lorsque celui-ci apparaît « excessif au regard des services rendus » (1^{re} Civ., 3 mars 1998, pourvoi n° 95-15.799, *Bull.* 1998, I, n° 85; dans le même sens, 1^{re} Civ., 7 juillet 1998, pourvoi n° 96-10.387, *Bull.* 1998, I, n° 237). Le juge judiciaire est également compétent pour statuer sur les exceptions relatives à la validité de la convention d'honoraires qu'il peut annuler en raison d'un vice du consentement, tel que la contrainte morale (1^{re} Civ., 29 juin 1999, pourvoi n° 96-20.647, *Bull.* 1999, I, n° 219), la violence (2^e Civ., 8 septembre 2005, pourvoi n° 04-12.041, *Bull.* 2005, II, n° 213), l'erreur sur l'objet de la convention mais également en raison de la faiblesse psychologique du client (2^e Civ., 18 décembre 2003, pourvoi n° 02-16.426; 2^e Civ., 5 octobre 2006, pourvoi n° 04-11.179). En 2010, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, au terme d'un revirement de jurisprudence initié par un premier arrêt du 5 mars 2009 (pourvoi n° 06-13.427,

Bull. 2009, II, n° 64), a admis expressément la compétence du « juge de l'honoraire » pour déterminer le débiteur des honoraires (2^e Civ., 10 novembre 2010, pourvoi n° 09-15.642). De même, le bâtonnier et le premier président, saisis d'une contestation d'honoraires, ont le pouvoir d'ordonner la suppression de propos outrageants contenus dans les écritures produites devant eux et de condamner leurs auteurs, en l'espèce les clients de l'avocat, à des dommages-intérêts en réparation du préjudice moral subi (2^e Civ., 21 décembre 2006, pourvoi n° 04-18.174, *Bull.* 2006, II, n° 361). En l'absence de convention d'honoraires, la deuxième chambre civile a enfin affirmé la possibilité pour « le juge de l'honoraire » de réduire le montant des honoraires réclamés en raison d'un vice du consentement, en l'espèce « une crainte révérentielle » du client, dans une passe difficile, de perdre son avocat, et un défaut d'information quant au montant des honoraires et à leur évolution prévisible du fait du caractère conflictuel de la procédure (2^e Civ., 3 mars 2011, pourvoi n° 09-72.968).

Mais la Cour de cassation, dans le respect des dispositions textuelles faisant référence aux seules contestations relatives au montant et au recouvrement des honoraires, s'est montrée soucieuse de circonscrire ce périmètre en extension, la procédure de contestation des honoraires devant être comprise *stricto sensu*.

Le juge fixant les honoraires n'est compétent ni pour connaître d'un conflit d'intérêts invoqué par les clients de l'avocat (2^e Civ., 19 février 2009, pourvoi n° 08-10.790, *Bull.* 2009, II, n° 54), ni pour se prononcer sur la validité d'un mandat donné par un majeur en curatelle (2^e Civ., 10 septembre 2009, pourvoi n° 08-18.800). Dans la même logique, le premier président qui juge irrecevable une contestation d'honoraires au motif que l'auteur du recours ne justifie pas du pouvoir de représenter sa mère, partie au procès, excède ses pouvoirs (2^e Civ., 26 juin 2008, pourvoi n° 06-21.711, *Bull.* 2008, II, n° 150).

Enfin, la Cour de cassation entend prohiber de façon expresse l'utilisation de la procédure spéciale prévue par l'article 174 du décret du 27 novembre 1991 pour mettre en cause la responsabilité de l'avocat. Le bâtonnier et, en appel, le premier président, sont incompétents pour connaître, même à titre incident, dans le cadre d'une telle procédure, d'une demande tendant à la réparation d'une faute professionnelle de l'avocat par voie d'allocation de dommages-intérêts ou de réduction du montant de ses honoraires (2^e Civ., 7 décembre 2006, pourvoi n° 05-17.023 ; 2^e Civ., 6 mai 2010, pourvoi n° 09-65.389, *Bull.* 2010, II, n° 87).

Point d'orgue de cette jurisprudence restrictive, l'arrêt du 26 mai 2011 porte plus spécifiquement sur la question de l'obligation d'information incombant à l'avocat à l'égard de son client sur les modalités de détermination de ses honoraires. Si l'avocat est tenu d'informer préalablement son client des conditions de fixation de sa rémunération, la Cour de cassation, opérant un revirement important de sa jurisprudence antérieure (1^{re} Civ., 18 juillet 2000, pourvoi n° 97-14.713, *Bull.* 2000, I, n° 214), a affirmé, par deux arrêts du 10 mars 2004, que le premier président d'une cour d'appel qui fixe par ordonnance le montant des honoraires dus à un avocat n'a pas le pouvoir de se prononcer sur une éventuelle responsabilité de l'avocat à l'égard de son client liée au manquement au devoir d'information préalable quant aux conditions de sa rémunération (2^e Civ., 10 mars 2004, pourvoi n° 02-18.241, *Bull.* 2004, II, n° 103 ; 2^e Civ., 10 mars 2004, pourvoi n° 02-18.241, *Bull.* 2004, II, n° 103 ; 2^e Civ., 10 mars 2004, pourvois n° 02-21.318 et n° 02-21.348, *Bull.* 2004, II, n° 104). Avec l'arrêt du 7 décembre 2006, la deuxième chambre civile interdit au « juge de l'honoraire »,

par une formule plus large encore, de se prononcer sur une éventuelle responsabilité de l'avocat à l'égard de son client liée « au manquement à son devoir de conseil et d'information » (2^e Civ., 7 décembre 2006, pourvoi n° 05-17.023).

Dans le litige ayant abouti à l'arrêt commenté du 26 mai 2011, le premier président avait retenu, pour limiter le montant des honoraires dus par M. X... à son avocat, M. Y..., une absence d'information de la part de ce dernier quant aux critères d'attribution de l'aide juridictionnelle, défaillance à l'origine d'une perte de chance réelle et certaine pour son client, qui faisait état de ses revenus modestes. La deuxième chambre civile censure ce raisonnement et, se fondant sur une lecture littérale de l'article 174 du décret du 27 novembre 1991, rappelle en formation solennelle que cette procédure spéciale qui oppose un client, non assisté d'un conseil, à son ex-avocat, confiée à un pair de ce dernier, le bâtonnier, puis, sur recours, à un juge unique, doit être réservée aux seules contestations relatives à la « fixation et au recouvrement » des honoraires, l'action en responsabilité étant diligentée, au contraire, selon la procédure « de droit commun », devant une juridiction collégiale. La délimitation restrictive du pouvoir judiciaire de la révision de l'honoraire reflète en outre l'exigence implicite du respect de la liberté contractuelle et de la sécurité juridique, indispensables à l'exercice indépendant du métier d'avocat, tout en veillant à la protection par le juge du contractant le plus faible qu'est souvent le client de l'avocat.

VII – DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE

A – Procédure pénale

1 – Garde à vue

Garde à vue – Droits de la personne gardée à vue – Assistance de l’avocat – Notification – Notification du droit de se taire – Exigences de l’article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l’homme – Détermination – Portée

Crim., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-88.293, *Bull. crim.* 2011, n° 114

Crim., 31 mai 2011, pourvoi n° 11-81.412, *Bull. crim.* 2011, n° 116

Dans ces deux arrêts, comme dans plusieurs autres rendus le même jour (*Crim.*, 31 mai 2011, pourvoi n° 11-81.459, *Bull. crim.* 2011, n° 111 ; *Crim.*, 31 mai 2011, pourvoi n° 11-80.034, *Bull. crim.* 2011, n° 113 ; *Crim.*, 31 mai 2011, pourvoi n° 10-88.809, *Bull. crim.* 2011, n° 115 ; *Crim.*, 31 mai 2011, pourvoi n° 11-81.460), la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé la position de principe qu’elle avait prise, au visa de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme, dans ses trois arrêts du 19 octobre 2010 (*Crim.*, 19 octobre 2010, pourvoi n° 10-82.306, *Bull. crim.* 2010, n° 163 ; pourvoi n° 10-82.902, *Bull. crim.* 2010, n° 164 et pourvoi n° 10-85.051, *Bull. crim.* 2010, n° 165), à savoir que sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l’espèce et non à la seule nature du crime ou délit reproché, toute personne soupçonnée d’avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue, être informée de son droit de se taire et bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l’assistance d’un avocat.

La chambre criminelle avait toutefois considéré, dans ses décisions du 19 octobre 2010, que ces règles ne pouvaient s’appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice, et c’est la raison pour laquelle elle avait retenu que lesdites règles prendraient effet lors de l’entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision n° 2010-14/22 QPC du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1^{er} juillet 2011.

Mais ultérieurement, par quatre arrêts rendus le 15 avril 2011 dans le domaine spécifique de la rétention des étrangers (*Ass. plén.*, 15 avril 2011, pourvoi n° 10-17.049, *Bull. crim.* 2011, n° 1 ; pourvoi n° 10-30.242, *Bull. crim.* 2011, n° 2 ; pourvoi n° 10-30.313, *Bull. crim.* 2011, n° 3 ; pourvoi n° 10-30.316, *Bull. crim.* 2011, n° 4), l’assemblée plénière de la Cour de cassation, si elle a consacré la solution de principe retenue par la chambre criminelle dans ses arrêts du 19 octobre 2010 quant au droit pour la personne placée en garde à vue de bénéficier de l’assistance d’un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires, a néanmoins estimé que cette règle devait recevoir une application immédiate, dès lors que « les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des

libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ».

Dans les deux arrêts rendus le 31 mai 2011 (pourvoi n° 10-88.293, *Bull. crim.* 2011, n° 114 et pourvoi n° 11-81.412, *Bull. crim.* 2011, n° 116), la chambre criminelle a donc fait une application immédiate, et non différée, de sa doctrine, pour tenir compte de la règle dégagée le 15 avril 2011 par l'assemblée plénière.

Dans la première espèce, le tribunal correctionnel, devant lequel la prévenue comparait pour menaces de mort réitérées et dégradations légères du bien d'autrui, n'avait pas fait droit aux conclusions de l'intéressée qui faisait valoir qu'elle n'avait pu bénéficier de l'assistance d'un avocat pendant sa garde à vue, et notamment lors de ses auditions, ce qui devait entraîner leur annulation. La cour d'appel avait confirmé le rejet de la nullité invoquée, en considérant que la garde à vue avait été conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre. La chambre criminelle a annulé cet arrêt, au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en constatant que, placée en garde à vue, la prévenue n'avait pas été informée du droit de se taire et n'avait pas bénéficié, en l'absence de renonciation expresse, de l'assistance d'un avocat, ce qui devait conduire la cour d'appel à annuler les auditions de l'intéressée et à étendre, le cas échéant, les effets de l'annulation aux actes dont ces auditions étaient le support nécessaire.

Dans la seconde espèce, une chambre de l'instruction, saisie d'une requête en annulation de procès-verbaux d'audition d'une personne placée en garde à vue qui soutenait qu'elle n'avait pu bénéficier de l'assistance d'un avocat au cours de cette mesure et, notamment, lorsqu'elle avait été interrogée par les enquêteurs, avait admis qu'une telle restriction portait irréversiblement atteinte aux droits de la défense et privait la personne concernée du droit d'être jugée équitablement. Toutefois, la chambre de l'instruction considérait que l'annulation systématique de toutes les gardes à vue pour non-respect de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme aurait des conséquences manifestement excessives, alors que la France était en train de prévoir des textes de nature à remédier aux insuffisances actuelles. La chambre de l'instruction n'avait donc pas prononcé l'annulation des auditions effectuées en garde à vue en méconnaissance des dispositions conventionnelles invoquées. La chambre criminelle a annulé cet arrêt, en retenant que la chambre de l'instruction, qui avait constaté l'irrégularité des auditions recueillies au cours de la garde à vue, aurait dû les annuler puis, le cas échéant, étendre les effets de l'annulation aux actes dont ces auditions étaient le support nécessaire, ainsi qu'il est prescrit par les articles 174 et 206 du code de procédure pénale.

Garde à vue – Droits de la personne gardée à vue – Assistance de l'avocat – Défaut – Personne gardée à vue ayant participé à sa propre incrimination – Valeur probante des déclarations de la personne gardée à vue ensuite rétractées – Absence – Portée

Crim., 11 mai 2011, pourvoi n° 10-84.251, *Bull. crim.* 2011, n° 97

Par cet arrêt, la chambre criminelle a censuré, au visa de l'article 593 du code de procédure pénale et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, un arrêt qui, pour déclarer un prévenu coupable d'atteinte sexuelle aggravée, s'était fondé sur les

aveux qu'il avait faits au cours de sa garde à vue, en 2007, sans avoir pu être assisté d'un avocat, et qu'il avait ensuite rétractés.

Par un arrêt postérieur, la chambre criminelle a, au contraire, écarté le moyen pris de ce que les aveux d'un prévenu recueillis lors de sa garde à vue auraient dû être écartés des débats. Elle a retenu qu'elle était en mesure de s'assurer, en l'état des énonciations de l'arrêt attaqué, que la cour d'appel s'était déterminée, pour retenir la culpabilité des prévenus, sur des éléments autres que les aveux recueillis au cours de la mesure de garde à vue (Crim., 7 septembre 2011, pourvoi n° 11-80.029).

Il résulte de ces arrêts, comme l'énonce désormais l'article préliminaire du code de procédure pénale, qu'aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui.

Cassation – Moyen – Moyen nouveau – Convention européenne des droits de l'homme – Article 6

Crim., 9 novembre 2011, pourvois n° 05-87.745 et n° 09-86.381, en cours de publication

Criminalité organisée – Procédure – Interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications – Décision du juge des libertés et de la détention – Absence de motivation – Convention européenne des droits de l'homme – Articles 6, 8 et 13 – Compatibilité – Conditions

Chambre de l'instruction – Nullités de l'instruction – Examen de la régularité de la procédure – Annulation d'actes – Demande de la personne mise en examen – Acte concernant un tiers – Grief – Défaut – Cas

Garde à vue – Nullités – Notification du droit à l'assistance d'un avocat – Défaut – Prétendue nullité concernant un tiers – Recevabilité – Condition – Grief – Défaut – Cas

Cassation – Moyen – Moyen nouveau – Garde à vue – Moyen tiré d'une évolution de la jurisprudence – Irrecevabilité

Crim., 27 septembre 2011, pourvoi n° 11-81.458, Bull. crim. 2011, n° 186

Par plusieurs arrêts en date du 31 mai 2011, la chambre criminelle, en conformité avec les arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation rendus le 15 avril 2011 en matière de garde à vue, énonce que la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, prise du défaut de notification à la personne gardée à vue du droit de se taire et d'assistance effective par un avocat, lorsqu'elle est constatée, doit conduire les juridictions à en tirer immédiatement les conséquences dans les procédures qui leur sont soumises. Ces arrêts font l'objet d'une présentation séparée et il y a lieu de s'y référer (voir *infra*).

Lorsque la juridiction concernée est une chambre de l'instruction, ce constat se traduit par l'annulation des auditions réalisées dans les conditions critiquées et des seuls actes ou pièces de la procédure dont elles sont le support nécessaire. Mais dès lors qu'est applicable

aux auditions en cause le régime des nullités de l'information prévu par les articles 170 et suivants du code de procédure pénale, il s'ensuit nécessairement que peuvent être opposées aux personnes concernées les forclusions édictées par les articles 173-1 et 174 du même code.

Or, s'agissant de nullités résultant de la méconnaissance des dispositions conventionnelles et non de la violation des règles du droit interne, deux questions ont été posées à la chambre criminelle à l'occasion des pourvois susvisés.

Le demandeur au pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt rendu le 27 septembre 2011 avait invoqué devant la chambre de l'instruction un grief tiré de la nullité de l'audition en garde à vue d'une personne qui l'avait mis en cause par ses déclarations, au motif pris de ce que, lors de la prolongation de la garde à vue de celle-ci, il ne lui avait pas été notifié à nouveau qu'elle pourrait bénéficier de l'assistance d'un avocat à la soixante-douzième heure de la mesure, contrairement à ce qu'exige l'article 706-88, alinéa 6, du code de procédure pénale. À l'occasion du pourvoi qu'il a formé contre l'arrêt ayant rejeté ce moyen de nullité, le demandeur a invoqué une violation des droits de la personne concernée, prise, cette fois, du défaut de notification à celle-ci du droit de se taire lors de son placement en garde à vue, ainsi que de pouvoir bénéficier de l'assistance effective d'un avocat. Il se prévalait ainsi de la jurisprudence relative à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'elle résulte des décisions de l'assemblée plénière de la Cour de cassation intervenues le 15 avril 2011. Il faisait valoir dans son mémoire qu'à la date à laquelle l'arrêt de la chambre de l'instruction critiqué avait été rendu, soit le 15 février 2011, il n'avait pas été en mesure d'invoquer cette jurisprudence qui n'était pas fixée.

La chambre criminelle a fait une application stricte des articles 173-1 et 174 du code de procédure pénale en relevant qu'au moment où le demandeur présentait ce moyen de nullité devant elle, il n'aurait plus été recevable à le proposer à la chambre de l'instruction en raison de la forclusion résultant de ces textes. L'intérêt de la discussion résidait dans le fait que les articles précités réservent à la partie concernée la possibilité d'être relevée des forclusions qu'ils édictent dès lors qu'elle n'aurait pu connaître, dans les délais impartis, les moyens de nullité dont elle se prévaut. L'évolution de la jurisprudence qui a conduit aux arrêts du 15 avril 2011 ne constitue pas un tel moyen. L'intérêt de la réponse apportée ici par la chambre criminelle, au-delà de l'illustration de ce qu'est un moyen nouveau présenté devant elle, réside dans la portée générale de l'interprétation qu'elle donne des articles 173-1 et 174 du code de procédure pénale et, par voie de conséquence, dans l'application qui peut en être faite directement par les chambres de l'instruction. Il convient de rappeler en outre qu'aux termes de l'article 595 du code de procédure pénale, lorsque la chambre de l'instruction statue sur le règlement d'une procédure, tous les moyens pris de nullités de l'information doivent lui être proposés, faute de quoi les parties ne sont plus recevables à en faire état devant la Cour de cassation, ce texte réservant également le cas où celles-ci n'auraient pu en connaître.

L'arrêt rendu le 9 novembre 2011, bien qu'il statue également sur un pourvoi formé contre la décision d'une chambre de l'instruction, élargit la réponse relative à l'irrecevabilité du moyen de cassation présenté pour la première fois devant la Cour de cassation lorsqu'il est pris de la violation, dans le domaine de la garde à vue, de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En l'espèce, l'arrêt attaqué remontait au 10 novembre 2005, et le pourvoi formé contre lui, en l'absence d'ordonnance du président de la chambre criminelle en ayant, à l'époque, prescrit l'examen immédiat, était examiné en même temps que celui dirigé contre l'arrêt rendu au fond par la cour d'appel. L'arrêt de la chambre de l'instruction était donc antérieur de plusieurs années aux arrêts en date du 19 octobre 2010 par lesquels la chambre criminelle, prenant en compte l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, a, pour la première fois, énoncé que la violation de l'article 6 de la Convention, en matière de garde à vue, est sanctionnée par la nullité des auditions de la personne gardée à vue réalisées sans que celle-ci ait bénéficié des garanties que lui apporte ce texte.

La chambre criminelle a relevé que le demandeur qui, selon les termes de l'arrêt, s'était borné, devant la chambre de l'instruction, à se prévaloir de la méconnaissance des dispositions de l'article 63-4 du code de procédure pénale, n'était plus recevable à invoquer, devant la Cour de cassation, des moyens de nullité de la garde à vue fondés sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La solution, qui consiste à déclarer nouveau, et, comme tel irrecevable, un moyen pris de la violation de la Convention européenne des droits de l'homme et proposé pour la première fois devant la Cour de cassation, a des précédents. À titre d'exemple peut être rappelé, s'agissant de la procédure suivie devant la cour d'assises, un arrêt du 9 mars 1995 (pourvoi n° 94-82.674, *Bull. crim.* 1995, n° 97) qui a déclaré irrecevable le moyen tiré de la violation alléguée de l'article 6 précité, pris de l'absence de traduction de l'arrêt de renvoi lors de sa signification et lors de sa lecture à l'audience, dès lors qu'il était proposé pour la première fois devant la Cour de cassation. Mais l'affirmation de ce principe, dont la portée dépasse la seule procédure d'information, est particulièrement importante dans le contexte de la profonde évolution connue par le régime de la garde à vue, la Cour de cassation contrôlant, aux termes de sa jurisprudence susvisée, la conformité aux exigences conventionnelles des procédures conduites avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011, qui a entendu traduire ces garanties dans le droit interne pour répondre aux exigences posées par le Conseil constitutionnel.

Garde à vue – Droits de la personne gardée à vue – Assistance de l'avocat – Notification – Notification du droit de se taire – Exigences de l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme – Détermination – Portée

Crim., 31 mai 2011, pourvoi n° 11-80.034, *Bull. crim.* 2011, n° 113

Crim., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-88.809, *Bull. crim.* 2011, n° 115

Douanes – Agent des douanes – Pouvoirs – Droit de visite des marchandises, des moyens de transport et des personnes – Article 60 du code des douanes – Fouilles des vêtements – Mesures non assimilables – Fouilles à corps et palpation de sécurité – Portée

Crim., 31 mai 2011, pourvoi n° 11-80.034, *Bull. crim.* 2011, n° 113

Ces deux arrêts alignent le régime de la retenue douanière sur celui de la garde à vue au regard des exigences découlant de l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

À l'époque des faits des arrêts commentés, la rétention douanière était prévue à l'article 323 3° du code des douanes. Depuis la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011, la rétention douanière est l'objet des articles 323-1 à 323-10 dudit code. La rétention douanière permet aux agents des douanes, en cas de délit flagrant, de procéder à la capture des prévenus, de les retenir contre leur gré et de les interroger.

Cette possibilité de prendre, à l'encontre des auteurs d'un délit douanier flagrant, une mesure coercitive, distingue le régime de la retenue douanière du droit de visite des marchandises, des moyens de transport et des personnes, prévu à l'article 60 du code des douanes, dans le cadre duquel les agents des douanes ne peuvent pas retenir les personnes contre leur gré au-delà du temps nécessaire aux opérations de contrôle qui requièrent leur présence et à la consignation desdites opérations par procès-verbal, ni prendre à leur égard des mesures coercitives (Crim., 13 juin 1996, pourvoi n° 96-80.189, *Bull. crim.* 1996, n° 252; Crim., 4 décembre 1997, pourvoi n° 96-83.547, *Bull. crim.* 1997, n° 416; Crim., 22 février 2006, pourvoi n° 04-87.027, *Bull. crim.* 2006, n° 53).

De façon ancienne et constante, la chambre criminelle juge que « si la durée de la retenue douanière est imputable sur celle de la garde à vue, aucune disposition légale n'étend à la première le régime prévu pour la seconde par l'article 63-1 du code de procédure pénale » (Crim., 1^{er} mars 1994, pourvois n° 94-80.571 et n° 94-80.571, *Bull. crim.* 1994, n° 80; Crim., 7 mars 1994, pourvois n° 93-85.698 et n° 93-85.698, *Bull. crim.* 1994, n° 89).

Sous l'empire de l'article 323 3° précité, les seules obligations imposées aux agents des douanes retenant une personne capturée en flagrant délit étaient celles que prévoyait ledit article, telles qu'elles résultaient de la loi n° 87-502 du 8 juillet 1987 modifiant les procédures fiscales et douanières, à savoir l'information immédiate du procureur de la République, une durée de vingt-quatre heures avec prolongation décidée par le procureur de la République pour la même durée, possibilité pour ce dernier de désigner un médecin, mention, par procès-verbal de constat, de la durée des interrogatoires et des repos qui les ont séparés, du jour et de l'heure du début et de la fin de la retenue.

Par une décision du 22 septembre 2010 (décision n° 2010-32 QPC), le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 323 3° du code des douanes contraire à la Constitution aux motifs que cette disposition « ne permet pas à la personne retenue contre sa volonté de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat pendant la phase d'interrogatoire; qu'une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes; qu'au demeurant, la personne en retenue douanière ne reçoit pas notification de son droit de garder le silence » et a dit que cette déclaration d'inconstitutionnalité prendrait effet le 1^{er} juillet 2011.

Dans les deux arrêts commentés, dans le prolongement direct de l'arrêt de l'assemblée plénière du 15 avril 2011 sur la garde à vue (pourvoi n° 10-17.049, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 1), la chambre criminelle a jugé, au visa de l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'il se déduit de cet article que toute personne, placée en retenue douanière ou en garde à vue, doit, dès le début de ces mesures, être informée de son droit de se taire et, sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances

particulières de l'espèce, pouvoir bénéficier, en l'absence de renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat.

Par voie de conséquence, elle a censuré les décisions des cours d'appel qui avaient écarté l'exception de nullité des procès-verbaux établis dans le cadre de la retenue douanière puis de la garde à vue, alors qu'il appartenait aux juges d'appel, après avoir constaté que les auditions recueillies au cours des mesures de rétention douanière puis de garde à vue étaient irrégulières, d'annuler ces actes, puis de procéder ainsi qu'il est prescrit par les articles 174 et 206 du code de procédure pénale.

On observera que la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue prévoit désormais que la personne placée en retenue douanière doit bénéficier de l'assistance d'un avocat dans les conditions et sous les réserves définies aux articles 63-2 à 63-4-4 du code de procédure pénale (article 323-3 du code des douanes), qu'elle doit être immédiatement informée par un agent des douanes de ce droit, ainsi que du choix dont elle dispose, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées, ou de se taire (article 323-6 dudit code). Lorsque la personne est retenue pour un délit douanier mentionné au dernier alinéa de l'article 414 ou à l'article 415 du code des douanes ou pour un délit connexe à une infraction mentionnée à l'article 706-73 du code de procédure pénale, l'intervention de l'avocat peut être différée dans les conditions prévues par les alinéas 6 à 8 de l'article 706-88 du même code (article 323-3, alinéa 2, dudit code).

2 – Instruction

Instruction – Ordonnances – Ordonnance de renvoi – Motifs – Ordonnance précisant les éléments à charge et à décharge concernant chacune des personnes mises en examen – Validité

Appel correctionnel ou de police – Évocation – Cas – Nullité prononcée pour toute autre cause que celle d'incompétence

Crim., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-86.940, Bull. crim. 2011, n° 47

Par cet arrêt rendu le 2 mars 2011, en une formation solennelle réunissant des représentants de ses quatre sections, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé les principes gouvernant l'application des articles 184 et 520 du code de procédure pénale.

Avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, qui a modifié la rédaction de plusieurs articles du code de procédure pénale, et notamment de l'article 184 dudit code, la Cour de cassation jugeait de façon constante que l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel rendue par le juge d'instruction répondait aux exigences légales lorsqu'elle était motivée, ou si, non motivée de façon propre, elle était conforme au réquisitoire définitif motivé du parquet et s'y référait explicitement (*Crim.*, 13 octobre 2004, pourvois n°s 03-81.763, 01-83.943, 01-83.944, 01-83.945, 00-86.726 et 00-86.727, *Bull. crim.* 2004, n° 243).

Lors des débats qui ont précédé le vote de la loi précitée, les parlementaires, relayant les débats qui avaient suivi ce qu'il est convenu d'appeler l'affaire dite d'Outreau, se sont

montrés soucieux d'instaurer le contradictoire dès la phase d'instruction, et de rendre plus perceptible dans ses effets l'obligation qu'a le juge d'instruction d'instruire à charge et à décharge. Ainsi, il leur a paru nécessaire d'imposer une distinction stricte entre le contenu du réquisitoire définitif de renvoi rédigé par le procureur de la République et celui de l'ordonnance de renvoi établie par le juge d'instruction.

Cependant, s'il a été relativement aisé d'améliorer le contradictoire dans la phase d'instruction, la question de la distinction entre les deux pièces de justice susmentionnées a été finalement éludée, la mise en œuvre de ce projet, et surtout son efficacité, paraissant particulièrement malaisées, voire impossibles. En effet, le procureur de la République et le juge d'instruction ont tous deux l'obligation de motiver, qui son réquisitoire définitif, qui son ordonnance de renvoi. Si, après l'étude d'un dossier, les éléments de fait et de droit qu'il contient conduisent le magistrat du parquet et celui de l'instruction à avoir des analyses concordantes, l'on perçoit mal comment le juge d'instruction pourrait établir une ordonnance strictement dissemblable du réquisitoire définitif, sauf à se livrer à un pur exercice de sémantique.

Malgré le silence final de la loi sur ce plan, quelques juridictions du fond ont suivi les avis majoritaires de la doctrine qui affirmait la nécessité impérieuse d'une distinction absolue, et disaient que l'ordonnance de renvoi était la reproduction par « copier-coller » du réquisitoire définitif. Elles ont ainsi annulé des ordonnances de renvoi, en retenant que celles-ci ne manifestaient pas une analyse personnelle du juge d'instruction, distincte de celle du ministère public.

Par trois arrêts non publiés, la chambre criminelle avait déjà sanctionné ces décisions en indiquant, d'une part, que l'exigence de motivation résultant de l'article 184 du code de procédure pénale est satisfaite lorsque le juge d'instruction rend une ordonnance conforme au réquisitoire motivé du procureur de la République et s'y réfère explicitement (Crim., 10 mars 2010, pourvoi n° 09-83.914), d'autre part, que la juridiction du second degré ne peut sans excès de pouvoir annuler l'ordonnance du juge d'instruction portant règlement de la procédure d'information, lorsque cette ordonnance satisfait, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale (Crim., 30 septembre 2009, pourvoi n° 09-83.182).

Dans les deux arrêts rendus le 2 mars 2011 (Crim., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-86.940, *Bull. crim.* 2011, n° 47; Crim., 2 mars 2011, pourvois n° 09-86.687 et n° 10-86.671), la chambre criminelle a plus solennellement affirmé cette position.

Elle a dit pour droit que l'ordonnance de renvoi qui précise les éléments à charge et à décharge concernant chacune des personnes mises en examen, en l'absence d'observation des parties, satisfait aux exigences de l'article 184 du code de procédure pénale.

Elle a rappelé également que la sanction d'une irrégularité de l'ordonnance du juge d'instruction portant renvoi devant le tribunal correctionnel n'était pas la nullité, dès lors qu'en application de l'article 385 du code de procédure pénale, si l'ordonnance n'a pas été rendue conformément aux dispositions de l'article 184 précité, il n'y a pas lieu de l'annuler, mais qu'il convient alors de renvoyer la procédure au ministère public, pour lui permettre de saisir à nouveau le juge d'instruction.

S'agissant de l'application de l'article 520 du code de procédure pénale, ce texte pose le principe de l'obligation d'évoquer puisqu'il ne laisse pas d'autre choix aux juges d'appel.

Il dispose en effet : « Si le jugement est annulé pour violation ou omission non réparée de formes prescrites par la loi à peine de nullité, la cour évoque et statue sur le fond. » Il est admis que la cour d'appel ainsi saisie ne puisse s'affranchir de l'obligation d'évoquer l'affaire que lorsque la question de l'incompétence territoriale de la juridiction du premier degré est posée. Dans tous les autres cas l'évocation est la règle.

Cette règle est ancienne et s'appliquait déjà sous l'empire du code d'instruction criminelle, ancêtre de notre actuel code de procédure pénale, en son article 215. Ainsi le corpus de notre jurisprudence actuelle est-il fixé de façon ancienne puisque, dans son arrêt du 12 décembre 1863 (*Bull. crim.* 1863, n° 294) la Cour affirmait déjà que, « hors les cas d'incompétence, les prescriptions dudit article 215 sont absolues et [qu']il appartient, même d'office, à la juridiction d'appel saisie de prononcer au fond, sans qu'elle puisse renvoyer pour être procédé en première instance », ce que nous continuons à affirmer aujourd'hui.

Si l'article 520 précité ne mentionne que les cas où le jugement est annulé lorsqu'une exception de nullité de forme est soulevée, la jurisprudence applique cependant de façon extensive la règle de l'évocation obligatoire par la cour d'appel. Elle affirme depuis longtemps que les énonciations du texte ne sont pas limitatives. Ainsi, toujours en 1863 (*Crim.*, 3 janvier 1863, *Bull. crim.* 1863, n° 4), la chambre énonce, pour rejeter le pourvoi formé contre un arrêt qui a retenu le fond quoique le jugement ait été annulé pour une cause autre qu'un vice de forme : « Attendu que les termes de l'article 215 du code d'instruction criminelle, [en ce que la cour impériale a retenu le fond] ne doivent pas être entendus dans un sens limitatif. »

Cette règle s'applique également dans le cas où le jugement est simplement réformé et non annulé. Ainsi, par un arrêt du 30 avril 1908 (*Bull. crim.* 1908, n° 171), la Cour de cassation impose cette obligation à une cour d'appel qui avait réformé partiellement un jugement.

Cette position est inchangée de nos jours (ainsi pour un arrêt qui avait infirmé partiellement une décision et renvoyé la procédure afin que le tribunal initialement saisi statue au fond : *Crim.*, 20 février 2007, pourvoi n° 06-84.607, *Bull. crim.* 2007, n° 50, ou pour une décision par laquelle une cour d'appel s'est bornée à ordonner le retrait du dossier de la procédure des pièces annulées et le dépôt de celles-ci au greffe : *Crim.*, 21 novembre 2000, pourvoi n° 00-83.693, *Bull. crim.* 2000, n° 344).

En conséquence, l'arrêt objet du présent commentaire casse l'arrêt de la cour d'appel qui, après avoir à bon droit infirmé le jugement qui avait annulé l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction, a renvoyé l'affaire devant le tribunal correctionnel au lieu d'évoquer et de statuer au fond, au motif que sa décision n'était pas une annulation du jugement, mais l'infirmité de l'appréciation du tribunal.

Instruction – Ordonnances – Appel – Appel de la partie civile – Ordonnance de règlement – Ordonnance complexe – Renvoi devant le tribunal correctionnel et non-lieu partiel – Contestation de la nature correctionnelle des faits – Recevabilité – Condition – Détermination

Crim., 23 février 2011, pourvoi n° 10-81.767, *Bull. crim.* 2011, n° 38

Dans l'arrêt commenté, la chambre criminelle a été amenée à trancher la question délicate de la conciliation de l'article 186 du code de procédure pénale, qui édicte une irrecevabilité

de principe de tout appel formé à l'encontre d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, avec l'article 186-3 dudit code, créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, qui prévoit une exception à ce principe lorsque le mis en examen ou la partie civile estime que les faits renvoyés devant le tribunal correctionnel constituent un crime qui aurait dû faire l'objet d'une ordonnance de mise en accusation devant la cour d'assises.

Il ne s'agit pas d'une question nouvelle.

Dans un premier temps, la chambre criminelle a jugé que la déclaration d'appel, pour échapper à l'irrecevabilité de principe édictée par l'article 186 du code de procédure pénale, devait faire apparaître de manière non équivoque que ce recours était exercé en application de l'article 186-3 dudit code. Il en est ainsi d'une déclaration d'appel, qui, en ce qu'elle vise expressément l'ordonnance qui « a requalifié et renvoyé devant le tribunal correctionnel », établit sans équivoque que la partie civile a entendu contester, comme l'y autorise l'article 186-3 du code de procédure pénale, la qualification correctionnelle finalement retenue par le juge d'instruction (Crim., 19 décembre 2007, pourvois n° 06-82.032 et n° 07-87.149). En revanche, tel n'est pas le cas d'une déclaration d'appel qui ne comporte aucune indication sur l'objet de ce recours (Crim., 15 mars 2006, pourvoi n° 05-87.299, *Bull. crim.* 2006, n° 79; Crim., 22 août 2007, pourvoi n° 07-84.087).

Dans un second temps, la chambre criminelle a infléchi sa jurisprudence dans un sens moins rigoureux, en énonçant que la recevabilité de l'appel exercé en application de l'article 186-3, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale, n'est pas subordonnée à la mention dans l'acte d'appel de l'objet de ce recours (Crim., 10 décembre 2008, pourvoi n° 08-86.812, *Bull. crim.* 2008, n° 252; Crim., 25 novembre 2009, pourvoi n° 09-84.814, *Bull. crim.* 2009, n° 195).

En l'espèce, pour déclarer irrecevable l'appel formé par la partie civile, en ce qu'il concernait les dispositions de l'ordonnance portant renvoi de personnes mises en examen pour le crime d'incendie volontaire en bande organisée devant le tribunal correctionnel, du chef de dégradations volontaires par incendie, la cour d'appel a retenu que la déclaration d'appel ne contenait aucune motivation et qu'aucun mémoire n'avait été déposé pour expliciter le recours exercé.

La chambre criminelle approuve cette motivation « dont il résulte que la partie civile appelante n'a invoqué les dispositions de l'article 186-3 du code de procédure pénale dans aucun acte de la procédure ».

Ce faisant, la chambre criminelle pose la règle selon laquelle la recevabilité de l'appel exercé en application de l'article 186-3, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale, si elle n'est pas subordonnée à la mention dans l'acte d'appel de l'objet de ce recours, est toutefois conditionnée au fait que l'appelant ait manifesté clairement sa volonté de contester la qualification retenue dans un acte de procédure.

3 – Contrôle de l'activité des officiers et agents de police judiciaire

Chambre de l'instruction – Pouvoirs – Pouvoir disciplinaire – Contrôle de l'activité des officiers et agents de police judiciaire – Enquête préalable à l'audience – Nécessité – Portée

Crim., 7 juin 2011, pourvoi n° 10-85.090, Bull. crim. 2011, n° 120

La chambre criminelle a rendu, en matière de contrôle de l'activité des officiers et agents de police judiciaire, le présent arrêt, dans lequel elle a précisé que l'enquête prescrite par l'article 226 du code de procédure pénale est essentielle aux droits de la défense, ne se confond pas avec l'audience de la chambre de l'instruction, et doit la précéder.

Les articles 224 et suivants du code susvisé disposent que la chambre de l'instruction, qui exerce un contrôle sur l'activité des fonctionnaires civils et des militaires, officiers et agents de police judiciaire, pris en cette qualité, peut, sans préjudice des sanctions disciplinaires qui pourraient être infligées à l'officier ou agent de police judiciaire par ses supérieurs hiérarchiques, lui adresser des observations ou décider qu'il ne pourra, temporairement ou définitivement, exercer, soit dans le ressort de la cour d'appel, soit sur l'ensemble du territoire, ses fonctions d'officier de police judiciaire et de délégué du juge d'instruction ou ses fonctions d'agent de police judiciaire.

La chambre de l'instruction est saisie soit par le procureur général, soit par son président, et peut se saisir d'office à l'occasion de l'examen de la procédure qui lui est soumise. Une fois saisie, elle fait procéder à une enquête et entend le procureur général ainsi que l'officier ou agent de police judiciaire en cause; celui-ci doit avoir été préalablement mis à même de prendre connaissance de son dossier d'officier de police judiciaire tenu au parquet général de la cour d'appel et peut se faire assister par un avocat.

Dans l'espèce soumise à la chambre criminelle, une chambre de l'instruction, saisie par son président, sans procéder à l'enquête prescrite par l'article 226 du code de procédure pénale, avait interdit à un officier de gendarmerie d'exercer pour une durée de un an les fonctions d'officier de police judiciaire ainsi que celles de délégué des juges d'instruction dans le ressort de la cour d'appel. L'officier de police judiciaire en cause avait formé un pourvoi en cassation dans lequel il soutenait, notamment, qu'il ne résultait ni de l'arrêt, ni du dossier, que l'enquête préalable à toute sanction disciplinaire prise sur le fondement des articles 224 et suivants du code de procédure pénale, et à laquelle il doit être procédé préalablement en vertu de l'article 227 (en réalité 226) du même code, aurait été diligentée.

La chambre criminelle aurait pu être tentée de déclarer nouveau et, comme tel, irrecevable, ce moyen, qui n'avait pas été soumis à la chambre de l'instruction.

Elle a néanmoins pris une position totalement différente en prononçant la cassation de l'arrêt, au visa des articles 224 et 226 du code de procédure pénale, en relevant que l'enquête prescrite par l'article 226 de ce code est essentielle aux droits de la défense, ne se confond pas avec l'audience de la juridiction et doit la précéder. La chambre de l'instruction ne peut donc se borner à procéder à une instruction à l'audience, mais doit faire procéder à une enquête, préalable à ladite audience.

La chambre criminelle exige ainsi que la procédure au terme de laquelle l'officier de police judiciaire est sanctionné respecte strictement les droits de la défense ; même s'ils ne sont pas mentionnés, la référence à l'article préliminaire du code de procédure pénale et à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme semble évidente.

4 – Jugements et arrêts

Jugements et arrêts – Conclusions – Recevabilité – Prévenu non comparant (article 411 du code de procédure pénale) – Condition – Détermination – Portée

Crim., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-87.568, *Bull. crim.* 2011, n° 139

À l'occasion d'un pourvoi formé contre un arrêt ayant condamné le prévenu pour infraction au code de la route, la chambre criminelle, statuant en chambre mixte, s'est prononcée sur la question de l'obligation pour le juge, lorsque le prévenu, absent et non représenté, l'a saisi par lettre adressée à la juridiction, de répondre aux chefs péremptoires des conclusions ainsi déposées.

Pour la Cour de cassation, le prévenu ne saurait se faire un grief d'une insuffisance ou d'un défaut de réponse à conclusions, dès lors que les écrits qu'il a adressés à la juridiction ne valent pas conclusions régulièrement déposées au sens de l'article 459 du code de procédure pénale, faute pour lui d'avoir comparu à l'audience ou d'y avoir été représenté.

Il convient tout d'abord de relever que la présence du prévenu à l'audience est essentielle au principe de la contradiction tel qu'il découle de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 14 juin 2001, *Medenica c. Suisse*, requête n° 20491/92, § 54 : « la comparution d'un prévenu revêt une importance capitale en raison tant du droit de celui-ci à être entendu que de la nécessité de contrôler l'exactitude de ses affirmations et de les confronter avec les dires de la victime, dont il y a lieu de protéger les intérêts, ainsi que des témoins ; dès lors, le législateur doit pouvoir décourager les absences injustifiées aux audiences »).

En droit interne, il résulte de l'article 410 du code de procédure pénale que le prévenu régulièrement cité à personne doit comparaître, à moins qu'il ne fournisse une excuse reconnue valable par la juridiction devant laquelle il est appelé. Si ces conditions sont remplies, le prévenu non comparant et non excusé est jugé par jugement contradictoire à signifier, sauf s'il est fait application des dispositions de l'article 411.

L'article 411 du même code prévoit que, quelle que soit la peine encourue, le prévenu peut, par lettre adressée au président du tribunal et qui sera jointe au dossier de la procédure, demander à être jugé en son absence en étant représenté au cours de l'audience par son avocat ou par un avocat commis d'office. Lorsque l'avocat du prévenu qui a demandé qu'il soit fait application des dispositions du présent article n'est pas présent au cours de l'audience, le prévenu est, sauf renvoi de l'affaire, jugé par jugement contradictoire à signifier.

Enfin, l'article 459 du code de procédure pénale dispose, quant à lui, que le prévenu, les autres parties, et leurs avocats, peuvent déposer des conclusions à l'audience. Celles-ci

sont visées par le président et le greffier qui en mentionnent le dépôt aux notes d'audience. Le juge est tenu de répondre à ces conclusions.

Depuis un arrêt du 27 mai 1987 (pourvoi n° 86-93.921, *Bull. crim.* 1987, n° 223), la chambre criminelle a adopté une conception large du dépôt de conclusions à l'audience en estimant que des écritures adressées à la juridiction par un prévenu qui ne comparait pas devant elle doivent être considérées comme des conclusions régulièrement déposées auxquelles la juridiction est tenue de répondre. Elle prononçait en conséquence la cassation des décisions ayant statué sans répondre aux conclusions du prévenu non comparant accompagnant la lettre par laquelle il demandait à être jugé en son absence, ou bien adressées à la juridiction par son avocat. La chambre criminelle jugeait également que le prévenu n'était en pareil cas soumis à aucun formalisme pour la présentation par écrit de ses moyens de défense.

Il convient toutefois de remarquer que la jurisprudence de la chambre criminelle avait déjà dégagé un tempérament à la faculté ouverte au prévenu, par l'article 411, de ne pas comparaître, en considérant que les juges n'avaient pas à répondre aux conclusions lorsqu'ils avaient refusé l'excuse invoquée par le prévenu absent, ordonné sa comparution personnelle, et que celui-ci, ayant eu connaissance de la nouvelle citation, n'avait pas comparu (Crim., 31 mai 2000, pourvoi n° 99-85443, *Bull. crim.* 2000, n° 210; Crim., 15 mars 2000, pourvoi n° 99-83 528, *Bull. crim.* 2000, n° 121).

Par son arrêt du 16 juin 2011, la chambre criminelle revient à une interprétation stricte de l'article 459 du code de procédure pénale, selon laquelle la juridiction pénale ne peut être saisie régulièrement de conclusions auxquelles elle est tenue de répondre que si ces conclusions sont déposées à son audience par la partie ou son représentant.

Appel correctionnel ou de police – Appel du prévenu – Déclaration d'adresse par le prévenu libre – Formalités prescrites par les articles 555 et suivants du code de procédure pénale – Exécution – Obligation
Crim., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-81.945, Bull. crim. 2011, n° 43

Par cet arrêt, la chambre criminelle a opéré un revirement important relatif à l'interprétation de l'article 503-1 du code de procédure pénale.

On rappellera qu'en vertu dudit article, issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, jugé conforme à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (Crim., 11 septembre 2007, pourvoi n° 06-88.773), le prévenu libre qui forme appel doit déclarer une adresse (son adresse personnelle ou celle d'un tiers consentant) à laquelle doivent être faites les citations, rectifications et significations qui lui sont destinées. À cette déclaration d'adresse, l'article précité attache deux conséquences : toute citation, notification ou signification faite à la dernière adresse déclarée est réputée faite à sa personne, et le prévenu qui ne comparait pas à l'audience sans excuse reconnue valable par la cour d'appel est jugé par arrêt contradictoire à signifier. Ne peut dès lors être jugé par arrêt contradictoire à signifier le prévenu appelant qui a été cité à une adresse qui n'était pas celle qu'il avait déclarée conformément à l'article 503-1 du code de procédure pénale (Crim., 20 février 2007, pourvoi n° 06-86.179, *Bull. crim.* 2007, n° 49).

On sait aussi que, selon la jurisprudence de la chambre criminelle (voir notamment *Rapport annuel 2008*, p. 344-345), l'huissier chargé de signifier l'acte était tenu de vérifier l'exactitude de l'adresse déclarée. S'il constatait que la personne ne demeurait pas ou plus à l'adresse déclarée, il n'avait pas d'autre formalité à accomplir, les dispositions des articles 555 et suivants n'étant pas applicables, la décision à intervenir étant contradictoire à signifier (Crim., 25 avril 2006, pourvoi n° 06-80.599, *Bull. crim.* 2006, n° 107). Ce n'est que dans l'hypothèse où il constatait que la personne demeurait bien à l'adresse indiquée mais qu'il ne pouvait lui remettre l'acte en main propre qu'il avait l'obligation de procéder comme il est dit aux articles 555 et 558 du code de procédure pénale, la décision étant de même contradictoire à signifier. Enfin, faute de vérification effective par l'huissier de l'adresse déclarée, la cour d'appel ne pouvait faire application de l'article 503-1 du même code et prononcer par arrêt contradictoire à signifier (Crim., 16 septembre 2008, pourvoi n° 08-81.351, *Bull. crim.* 2008, n° 184).

Dans l'arrêt ici commenté, la chambre criminelle, soucieuse de mieux concilier les droits de la défense et la lettre de l'article 503-1 du code de procédure pénale, revient sur cette jurisprudence.

Dans les faits de l'espèce, le prévenu appelant avait déclaré une adresse qui correspondait à sa résidence professionnelle, à laquelle il ne résidait pas le jour où s'était présenté l'huissier. Ce dernier, après avoir indiqué dans son procès-verbal de perquisition que le prévenu n'était pas présent à l'adresse déclarée, avait délivré une citation à parquet. Pour statuer par arrêt contradictoire à signifier, l'arrêt avait cru pouvoir énoncer que le prévenu avait été régulièrement cité à sa dernière adresse déclarée dans l'acte d'appel, qu'il n'avait pas comparu ni fourni d'excuse, et que la citation remise à parquet était réputée faite à sa personne, conformément à l'article 503-1 du code de procédure pénale.

La chambre criminelle censure cette motivation, au visa de l'article 503-1 précité, en énonçant qu'il appartenait à l'huissier d'effectuer les diligences prévues par les alinéas 2 et 4 de l'article 558 du code de procédure pénale.

Par cette décision, la chambre criminelle juge que si l'huissier ne parvient pas à remettre l'acte à l'intéressé lui-même ou à une personne présente à l'adresse déclarée, il n'a pas à vérifier que cette adresse correspond au domicile du prévenu appelant. Il lui appartient de conserver l'acte à son étude et d'accomplir les formalités prévues par les alinéas 2 et 4 de l'article 558 du code de procédure pénale à l'adresse déclarée.

La citation ainsi délivrée est réputée faite à personne et le prévenu non comparant est jugé par arrêt contradictoire à signifier, peu important que la lettre recommandée éventuellement envoyée par l'huissier à l'adresse déclarée soit ou non parvenue à son destinataire (Crim., 27 septembre 2011, pourvoi n° 11-80.252, *Bull. crim.* 2011, n° 185 et Crim., 5 octobre 2011, pourvoi n° 10-88.851, en cours de publication).

5 – Cour d’assises

Cour d’assises – Cour d’assises en sa formation prévue par l’article 698-6 du code de procédure pénale – Arrêt – Arrêt de condamnation – Motivation – Exigences légales et conventionnelles – Détermination

Crim., 15 juin 2011, pourvoi n° 09-87.135, Bull. crim. 2011, n° 127

Cour d’assises – Cour d’assises en sa formation prévue par l’article 698-6 du code de procédure pénale – Arrêt – Arrêt de condamnation – Motivation – Exigences légales et conventionnelles – Détermination

Crim., 15 juin 2011, pourvoi n° 10-80.508, Bull. crim. 2011, n° 128

Par deux arrêts du 19 janvier 2011, la chambre criminelle a transmis au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité tirée de la non-conformité à la Constitution des articles 349, 350, 353 et 357 du code de procédure pénale, dont il se déduit « l’absence de motivation », du moins entendue au sens traditionnel, des arrêts de cours d’assises statuant, avec ou sans jury, sur l’action publique (Crim., 19 janvier 2011, pourvoi n° 10-85.159, *Bull. crim.* 2011, n° 11 et pourvoi n° 10-85.305, *Bull. crim.* 2011, n° 12).

Par une décision n° 2011-113/115 QPC du 1^{er} avril 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré lesdits articles conformes à la Constitution.

Par deux arrêts du 15 juin 2011, la chambre criminelle a, pour la première fois, statué sur un moyen invoquant l’inconventionnalité de la motivation par réponse aux questions des arrêts de cours d’assises spécialement composées, sans jury. Elle a considéré que satisfait aux exigences conventionnelles et légales l’arrêt de condamnation reprenant les réponses qu’en leur intime conviction, les magistrats composant la cour d’assises d’appel spécialement composée, statuant dans la continuité des débats à vote secret et à la majorité, ont données aux questions sur la culpabilité posées conformément au dispositif de la décision de renvoi et soumises à la discussion des parties, dès lors qu’ont été assurés l’information préalable sur les charges fondant la mise en accusation, le libre exercice des droits de la défense ainsi que le caractère public et contradictoire des débats. La chambre criminelle a ainsi étendu aux cours d’assises spécialement composées sa jurisprudence adoptée en plénière de chambre, le 14 octobre 2009, s’agissant des arrêts de cours d’assises de droit commun, avec jury (Crim., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-86.480, *Bull. crim.* 2009, n° 170).

Par un arrêt du 28 septembre 2011, la chambre criminelle a eu à connaître de la légalité de la pratique adoptée par certains présidents de cours d’assises et consistant à poser des questions sur les preuves. Elle a jugé que c’était à tort que le président de la cour d’assises avait posé, avant la question principale sur la culpabilité de l’accusé, des questions distinctes sur des éléments de preuve des infractions, et ce en méconnaissance des dispositions de l’article 349 du code de procédure pénale. La cassation n’a cependant pas été prononcée dès lors que la défense n’avait pas élevé d’incident contentieux au sujet des questions (Crim., 28 septembre 2011, pourvoi n° 11-80.929, *Bull. crim.* 2011, n° 188).

Cette jurisprudence a vocation à régir la période antérieure à l’entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2012, de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au

fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, qui prévoit une motivation de l'arrêt pénal de la cour d'assises.

6 – Cassation

Cassation – Pourvoi – Arrêt de la chambre de l'instruction – Arrêt confirmant une ordonnance de non-lieu – Mémoire du témoin assisté – Recevabilité – Cas

Crim., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-85.079, *Bull. crim.* 2011, n° 134

De façon constante et ancienne, la chambre criminelle juge que le témoin assisté, dont les droits, bien qu'accrus par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, sont limitativement définis, n'est pas partie à la procédure (*Crim.*, 25 janvier 1993, pourvoi n° 92-80.455, *Bull. crim.* 1993, n° 38; *Crim.*, 5 mai 1998, pourvoi n° 97-83.002, *Bull. crim.* 1998, n° 150; *Crim.*, 11 octobre 2000, pourvoi n° 99-87.201, *Bull. crim.* 2000, n° 293; *Crim.*, 13 novembre 2001, pourvoi n° 01-85.506, *Bull. crim.* 2001, n° 232).

L'article 567 du code de procédure pénale réservant le pourvoi en cassation aux seules parties au procès, la chambre criminelle en a déduit que s'il résulte des dispositions de l'article 197-1 du code de procédure pénale qu'en cas d'appel de l'ordonnance de non-lieu, le témoin assisté est avisé de la date d'audience et peut faire valoir ses observations par l'intermédiaire de son avocat, il n'acquiert pas pour autant la qualité de partie à la procédure et ne tire d'aucune disposition légale la faculté de former un pourvoi en cassation contre l'arrêt rendu par la chambre de l'instruction (*Crim.*, 13 novembre 2001, précité).

Dans le même sens, la chambre criminelle a exclu que le témoin assisté soit recevable à se pourvoir en cassation contre un arrêt ayant, après infirmation d'une ordonnance de non-lieu, ordonné un supplément d'information (*Crim.*, 21 juin 2005, pourvoi n° 05-81.694, *Bull. crim.* 2005, n° 181) ou contre celui ayant déclaré recevable l'appel, par la partie civile, d'une ordonnance de non-lieu et ayant ordonné un supplément d'information (*Crim.*, 21 juin 2005, pourvoi n° 04-87.797, *Bull. crim.* 2005, n° 181).

La chambre criminelle a également décidé que le témoin assisté, à qui la loi ne reconnaît ni la qualité de partie ni la faculté de saisir le juge d'instruction d'une demande tendant à constater la prescription, est irrecevable à se pourvoir contre un arrêt de la chambre de l'instruction infirmant, sur l'appel de la partie civile, l'ordonnance ayant d'office constaté la prescription (*Crim.*, 28 mars 2006, pourvoi n° 05-86.661, *Bull. crim.* 2006, n° 87).

Néanmoins, atténuant la rigueur de cette jurisprudence, la chambre criminelle juge que le droit ouvert au témoin assisté de saisir la chambre de l'instruction d'une requête aux fins d'annulation d'actes de la procédure implique que, bien que n'étant pas partie à la procédure, celui-ci soit recevable à se pourvoir contre l'arrêt statuant sur une demande d'annulation (*Crim.*, 21 juin 2005, pourvoi n° 05-81.491, *Bull. crim.* 2005, n° 181).

De façon novatrice, dans l'arrêt commenté, la chambre criminelle décide que le témoin assisté est également recevable à déposer un mémoire en défense devant la Cour de cassation saisie d'un pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant confirmé l'ordonnance

de non-lieu rendue par le juge d'instruction, la décision à intervenir étant susceptible de lui faire grief.

On observera que, par un arrêt du même jour (Crim., 16 juin 2011, pourvoi n° 11-80.618), la chambre criminelle a précisé que le témoin assisté qui n'a pas été mis en mesure d'exercer les droits que lui reconnaît l'article 197-1 du code de procédure pénale est recevable à se pourvoir en cassation contre l'arrêt de la chambre de l'instruction saisi de l'appel de l'ordonnance de non-lieu. En l'espèce, l'arrêt de la chambre de l'instruction avait été rendu en l'absence du témoin assisté et de son avocat, qui n'avaient pas été convoqués pour l'audience.

B – Droit pénal général

Peines – Sursis – Sursis avec mise à l'épreuve – Délai d'épreuve expiré – Condamnation à l'emprisonnement assortie partiellement d'un sursis avec mise à l'épreuve – Condamnation avec sursis réputée non avenue – Effets – Détermination

Crim., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-87.986, Bull. crim. 2011, n° 84

Peines – Sursis – Sursis avec mise à l'épreuve – Délai d'épreuve expiré – Révocation – Révocation partielle – Condamnation réputée non avenue – Effets – Détermination

Crim., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-87.978, Bull. crim. 2011, n° 85

L'article 132-52 du code pénal dispose, dans son premier alinéa, que la condamnation assortie du sursis avec mise à l'épreuve est réputée non avenue lorsque le condamné n'a pas fait l'objet d'une décision ordonnant l'exécution de la totalité de l'emprisonnement. Dans son second alinéa, il prévoit que lorsque le bénéfice du sursis avec mise à l'épreuve n'a été accordé que pour une partie de l'emprisonnement, la condamnation est réputée non avenue dans tous ses éléments si la révocation du sursis n'a pas été prononcée dans les conditions prévues par le premier alinéa.

Pour la chambre criminelle, il résulte de ce texte qu'une condamnation à l'emprisonnement assortie partiellement d'un sursis avec mise à l'épreuve est réputée non avenue dans tous ses éléments à l'échéance du délai d'épreuve et perd ainsi son caractère exécutoire à partir de cette date, à moins qu'elle ne fasse l'objet d'une décision ordonnant la révocation totale du sursis.

Fait dès lors l'exacte application de l'article 132-52, alinéa 2, du code pénal, la chambre de l'application des peines qui constate, après l'échéance du délai d'épreuve, qu'est devenue sans objet la requête du condamné sollicitant une suspension de peine pour raison médicale, le sursis avec mise à l'épreuve n'ayant pas fait l'objet d'une révocation totale (premier arrêt).

Fait également l'exacte application de ce texte la chambre de l'application des peines qui constate qu'est devenue sans objet la demande d'aménagement d'une peine d'emprisonnement initialement assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve dont la révocation, partielle, a été ordonnée postérieurement à l'expiration du délai d'épreuve (second arrêt).

Par ces arrêts, la chambre criminelle a opéré un revirement de jurisprudence. Par un arrêt du 2 septembre 2009 (pourvoi n° 09-80.150, *Bull. crim.* 2009, n° 152), elle avait, en effet, jugé que justifie sa décision la cour d'appel qui, pour confirmer la décision des premiers juges tendant à faire exécuter la révocation partielle d'un sursis avec mise à l'épreuve, retient qu'il résulte de l'application combinée des articles 712-20 et 742 du code de procédure pénale que la révocation partielle d'un sursis de cette nature assortissant une partie de la peine d'emprisonnement est permise après l'expiration du délai d'épreuve, dès lors que la cause de la révocation est intervenue pendant ce délai, et autorise, en conséquence, la mise à exécution de l'emprisonnement ordonnée dans le délai de prescription de la peine.

Par les arrêts du 28 avril 2011, la chambre criminelle a consacré, au contraire, l'impossibilité de faire exécuter la partie d'une peine d'emprisonnement assortie du sursis avec mise à l'épreuve révoquée partiellement, lorsque la révocation partielle a été ordonnée postérieurement à l'expiration du délai de mise à l'épreuve. Elle a ainsi entendu faire prévaloir la notion de « non avenue » sur les dispositions de l'article 742 du code de procédure pénale, lesquelles autorisent la révocation, tant partielle que totale, après l'expiration du délai d'épreuve. Une révocation partielle, postérieurement à l'expiration du délai d'épreuve, apparaît donc désormais dépourvue d'intérêt.

Peines – Sursis – Condamnation à une peine ferme convertie en une peine de jours-amende – Effet – Révocation d'un sursis antérieur (non)

Crim., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-83.371, *Bull. crim.* 2011, n° 82

Peines – Sursis – Condamnation à une peine ferme convertie en une peine ferme avec sursis et travail d'intérêt général ou en une peine de jours-amende – Effet – Révocation d'un sursis simple antérieur (non)

Crim., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-87.481, *Bull. crim.* 2011, n° 83

Aux termes de l'article 132-36, alinéa 2, du code pénal, toute nouvelle condamnation à une peine d'emprisonnement ou de réclusion révoque le sursis antérieurement accordé, quelle que soit la peine qu'il accompagne.

Il résulte de cette disposition qu'une peine d'emprisonnement ferme, prononcée pour des faits qui sont survenus à une date postérieure à celle à laquelle une condamnation à une peine d'emprisonnement avec sursis est devenue définitive, révoque le sursis antérieur.

Le législateur a toutefois prévu que, préalablement à la mise à exécution des peines d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à deux ans, le ministère public en informe le juge de l'application des peines, qui peut soit aménager la peine d'emprisonnement notamment par une mesure de semi-liberté, un placement à l'extérieur, un placement sous surveillance électronique ou un fractionnement de peine, soit convertir la peine d'emprisonnement, lorsqu'elle est inférieure ou égale à six mois, dans les conditions prévues par l'article 132-57 du code pénal, en une peine de jours-amende ou en une peine avec sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général (article 723-15 du code de procédure pénale).

La question s'est donc posée de savoir si la conversion par le juge de l'application des peines d'une peine d'emprisonnement ferme en une peine de jours-amende ou en une peine avec sursis assorti de l'obligation d'effectuer un travail d'intérêt général, en application des

dispositions de l'article 132-57 du code pénal, faisait perdre à cette peine d'emprisonnement ferme son pouvoir de révocation d'un sursis simple antérieurement prononcé.

Dans le prolongement d'un arrêt du 19 décembre 1991 (Crim., 19 décembre 1991, pourvoi n° 91-84.460, *Bull. crim.* 1991, n° 491), la chambre criminelle a répondu par l'affirmative. Elle a considéré, par les présents arrêts du 28 avril 2011, que, lorsqu'une peine d'emprisonnement ferme ayant révoqué un sursis assortissant une peine d'emprisonnement a fait l'objet d'une conversion, les sursis antérieurs ne sont plus révoqués de plein droit.

Il convient de bien distinguer cette solution de celle retenue lorsque la révocation d'un sursis avec mise à l'épreuve résulte d'une décision juridictionnelle devenue définitive.

En effet, pour la Cour de cassation, la décision, devenue irrévocable, par laquelle une juridiction de jugement, en condamnant une personne à une peine privative de liberté sans sursis, ordonne la révocation d'un sursis avec mise à l'épreuve antérieurement accordé, a autorité de chose jugée ; il en résulte que la conversion ultérieure, par le juge de l'application des peines, de la peine d'emprisonnement ferme ainsi prononcée, en une peine d'emprisonnement avec sursis assorti de l'obligation d'effectuer un travail d'intérêt général, ne peut avoir pour effet de remettre en cause la révocation, par la juridiction ayant prononcé la condamnation ultérieurement convertie, du sursis avec mise à l'épreuve (Avis, 6 avril 2009, demande n° 09-00.001, *Bull. crim.* 2009, Avis, n° 2).

Question prioritaire de constitutionnalité – Code de procédure pénale – Article 716-4 – Nécessité des peines – Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel – Caractère sérieux – Défaut

Crim., 5 octobre 2011, pourvoi n° 11-90.087, en cours de publication

La chambre correctionnelle de la cour d'appel de Chambéry a transmis à la chambre criminelle une question prioritaire de constitutionnalité ainsi rédigée :

« Les dispositions de l'article 716-4 du code de procédure pénale qui énumèrent les mesures privatives de liberté ouvrant droit à déduction sur la durée de la peine prononcée sans viser l'incarcération subie à l'étranger à titre provisoire à raison de faits ultérieurement jugés par une juridiction nationale saisie sur dénonciation officielle portent-elles atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 1^{er}, 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et par l'article 66 de la Constitution ? »

Aux termes de l'article 716-4 du code de procédure pénale, quand il y a eu détention provisoire à quelque stade que ce soit de la procédure, cette détention est intégralement déduite de la durée de la peine prononcée ou, s'il y a lieu, de la durée totale de la peine à subir après confusion. Il en est de même s'agissant d'une détention provisoire ordonnée dans le cadre d'une procédure suivie pour les mêmes faits que ceux ayant donné lieu à condamnation, si cette procédure a été ultérieurement annulée.

Les dispositions de l'alinéa précédent sont également applicables à la privation de liberté subie en exécution d'un mandat d'amener ou d'arrêt, à l'incarcération subie hors de France en exécution d'un mandat d'arrêt européen ou sur la demande d'extradition et à l'incarcération subie en application du septième alinéa de l'article 712-17, de l'article 712-19 et de l'article 747-3.

À plusieurs reprises, la chambre criminelle a jugé qu'aucune disposition légale ou conventionnelle ne permettait d'imputer sur l'exécution d'une peine privative de liberté prononcée par une juridiction nationale, saisie sur dénonciation officielle des faits, pour un crime ou un délit commis par un citoyen français sur le territoire d'un État étranger, la durée de l'incarcération subie dans ce pays, soit au titre de la détention provisoire ordonnée pour les mêmes faits par une juridiction dudit État, soit en exécution d'une condamnation infligée pour ces faits par une telle juridiction dès lors que, comme c'était le cas en l'espèce, le condamné ne justifiait pas que sa peine avait été intégralement subie ou qu'elle avait été prescrite (Crim., 11 juin 1986, pourvoi n° 85-93.316, *Bull. crim.* 1986, n° 203 ; Crim., 21 octobre 1997, pourvoi n° 97-81.099, *Bull. crim.* 1997, n° 344).

Par l'arrêt du 5 octobre 2011, la chambre criminelle opère un revirement de jurisprudence. Elle juge désormais que l'article 716-4 du code de procédure pénale n'exclut pas de son domaine d'application la détention provisoire subie à l'étranger pour des faits jugés en France, mais prévoit au contraire, en termes généraux, que, quand il y a eu détention provisoire à quelque stade que ce soit de la procédure, cette détention est intégralement déduite de la durée de la peine prononcée, ce qui inclut l'hypothèse visée par la question. En conséquence, elle a considéré que la question posée ne présentait pas de caractère sérieux et a dit qu'il n'y avait pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel.

C – Droit pénal spécial

1 – Inceste

Cassation – Viol – Qualification d'inceste – Abrogation de la disposition appliquée à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité – Effets – Détermination

Crim., 12 octobre 2011, pourvoi n° 10-84.992, en cours de publication

Crim., 12 octobre 2011, pourvoi n° 10-82.842, en cours de publication

Crim., 12 octobre 2011, pourvoi n° 10-88.885, en cours de publication

Par un arrêt du 22 juin 2011, la chambre criminelle a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité de l'article 222-31-1 du code pénal aux droits et libertés que la Constitution garantit (pourvoi n° 10-84.992).

Aux termes de l'article 222-31-1 du code pénal, introduit par la loi n° 2010-121 du 8 février 2010, les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait.

Par une décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011, le Conseil constitutionnel a considéré que « s'il était loisible au législateur d'instituer une qualification pénale particulière pour désigner les agissements sexuels incestueux, il ne pouvait, sans méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, s'abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la

famille ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre grief, la disposition contestée doit être déclarée contraire à la Constitution ».

Il a précisé que l'abrogation de cet article prenait effet dès la publication de sa décision et que, à compter de cette date, aucune condamnation ne pouvait retenir la qualification de crime ou de délit « incestueux » prévue par le texte abrogé. Lorsque l'affaire était définitivement jugée à cette date, la mention de cette qualification devait être retirée du casier judiciaire.

Par les arrêts attaqués, les accusés avaient été déclarés coupables de viols aggravés qualifiés d'incestueux, au sens de l'article 222-31-1 du code pénal. Ayant formé un pourvoi contre ces arrêts, ils n'étaient pas définitivement jugés à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, le 17 septembre 2011.

Tirant les conséquences de cette décision, la chambre criminelle a donc annulé ces arrêts et renvoyé les causes et les parties devant d'autres cours d'assises.

2 – Incendie provoqué par manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement

Incendie involontaire – Manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement – Contribution aux destructions résultant de la propagation de l'incendie – Manquement – Nature – Détermination – Condition

Crim., 22 février 2011, pourvoi n° 10-87.676, Bull. crim. 2011, n° 33

L'article 322-5, alinéa 1^{er}, du code pénal, sanctionne la destruction, la dégradation ou la détérioration involontaire d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'une explosion ou d'un incendie « provoqués » par manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement.

Dans le présent arrêt, la Cour de cassation se prononce sur la nature et l'étendue du manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement en cas de destruction involontaire du bien d'autrui par l'effet d'un incendie.

Il convient de rappeler que les espèces soumises à la chambre criminelle ont presque exclusivement concerné des personnes à qui était imputée la responsabilité de l'origine ou du départ de l'incendie (Crim., 22 mars 2000, pourvoi n° 99-82.221 ; Crim., 19 octobre 2004, pourvoi n° 03-85.883).

Cependant, dans un précédent de 2007, la chambre criminelle avait déjà approuvé une cour d'appel qui, pour déclarer les prévenus coupables, avait retenu qu'un incendie, ayant pris naissance dans leur propriété (sans qu'une faute spécifique leur soit reprochée à ce stade), s'était propagé alentour en raison du défaut de débroussaillage des fonds voisins, qui leur incombait, sur la distance réglementaire autour de la maison (Crim., 4 septembre 2007, pourvoi n° 06-83.383, *Bull. crim.* 2007, n° 192).

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 22 février 2011, un incendie avait pris naissance dans un entrepôt de stockage d'archives dont l'exploitation avait été autorisée sous réserve de la mise en œuvre de mesures correctives au regard des dispositions de l'instruction ministérielle du 4 février 1987 relative aux entrepôts couverts.

La chambre criminelle a considéré que ne justifie pas sa décision d'annuler la mise en examen de la société exploitante, du chef de destruction involontaire du bien d'autrui par l'effet d'un incendie, en raison de l'absence de manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement qui soit à l'origine de l'incendie et de l'existence de problèmes de non-conformité à la circulaire n'ayant pas de lien direct avec le déclenchement de l'incendie, la chambre de l'instruction qui a relevé que des manquements à des obligations réglementaires de sécurité ou de prudence pouvaient « avoir effectivement contribué » aux destructions résultant de la propagation de l'incendie.

3 – Pollution maritime

Question prioritaire de constitutionnalité – Code de l'environnement – Articles L. 218-23 et L. 218-30 – Recours juridictionnel effectif – Droits de la défense – Légalité et personnalité des peines – Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel – Caractère sérieux – Défaut

Crim., 3 mai 2011, pourvoi n° 11-90.012, Bull. crim. 2011, n° 89

À l'occasion de l'appel formé contre un jugement ayant condamné, pour rejet illicite d'hydrocarbure en mer, le capitaine du navire et l'armateur à deux amendes, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a transmis à la Cour de cassation deux questions prioritaires de constitutionnalité posées par les prévenus tendant à savoir si les articles L. 218-30 du code de l'environnement qui permet au procureur de la République d'ordonner, en cas de pollution maritime, l'immobilisation d'un navire, puis la mainlevée de cette immobilisation sous condition de caution, et L. 218-23 du même code, qui permet au tribunal de mettre à la charge du propriétaire ou de l'exploitant du navire pollueur tout ou partie de l'amende prononcée contre le capitaine ou le responsable à bord, portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Devant la cour d'appel, les prévenus soutenaient en effet que l'article L. 218-30 du code de l'environnement portait atteinte au droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et au droit à un recours juridictionnel effectif, qui s'évince de l'article 16 de cette déclaration. S'agissant de l'article L. 218-23, ils considéraient que celui-ci portait atteinte au principe de la personnalité des peines qui découle des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, au principe de légalité des délits et des peines tiré de l'article 8 de la déclaration et au principe de proportionnalité des peines.

Il convient de rappeler qu'en application des articles 220 et 226 § 1 b de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer signée à Montego Bay en 1982, ainsi que de l'article 5 § 2 de la Directive 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, la France a obligation de prévoir dans sa législation nationale une procédure d'immobilisation d'un navire ayant servi à une pollution maritime, assortie d'une procédure de mainlevée sous caution.

C'est l'objet de l'article L. 218-30 du code de l'environnement, qui dispose que l'immobilisation et sa mainlevée sous condition de cautionnement peuvent être décidées par le procureur de la République ou le juge d'instruction au cours de l'enquête.

S'agissant de l'article L. 218-23 du code de l'environnement, il importe également de rappeler que cet article prévoit un mécanisme de sanction pécuniaire en application de l'article 8 de la Directive européenne du 7 septembre 2005 précitée qui dispose que « les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les infractions visées à l'article 4 donnent lieu à des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui peuvent comprendre des sanctions pénales ou administratives ».

La Cour a considéré que :

- « la question relative à l'article L. 218-30 du code de l'environnement ne présente pas de caractère sérieux au regard du droit à un recours juridictionnel effectif que la Constitution garantit, dès lors que les décisions prises par le procureur de la République d'immobilisation d'un navire, qui a pour effet de le placer sous main de justice, puis de mainlevée de cette immobilisation contre fourniture d'un cautionnement, peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal correctionnel, dans les conditions prévues aux articles 41-4 ou 478 du code de procédure pénale ; »
- « la question relative à l'article L. 218-23 du code de l'environnement ne présente pas de caractère sérieux, dès lors, d'une part, qu'il est tenu compte, pour mettre l'amende à la charge du propriétaire ou de l'exploitant du navire, des circonstances de fait, et notamment des conditions de travail imposées au capitaine, et dès lors, d'autre part, que le propriétaire ou l'exploitant du navire ne peut être condamné à supporter financièrement l'amende infligée au prévenu, dans la limite de ce que peut légitimement prévoir le législateur, qu'à la condition d'avoir été cités à l'audience, où il est en mesure d'exercer tous les droits de la défense ; qu'il en résulte que ce texte ne comporte aucune atteinte aux principes de légalité et de personnalité des peines. »

La Cour de cassation a dit n'y avoir lieu de renvoyer les questions devant le Conseil constitutionnel.

Sur la procédure prévue par l'article L. 218-30, la Cour de cassation a ainsi considéré que la procédure de restitution, prévue à l'article 41-4 du code de procédure pénale, est applicable à l'immobilisation d'un navire décidée par le ministère public et peut constituer un recours juridictionnel effectif.

Il résulte de l'article 41-4 du code de procédure pénale que le procureur de la République est compétent, d'office ou sur requête, pour décider de la restitution des objets placés sous main de justice lorsque la propriété n'en est pas sérieusement contestée ; qu'il n'y a pas lieu à restitution lorsque celle-ci est de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens ; que la décision de non-restitution prise par le procureur peut être contestée dans le mois de sa notification par requête de l'intéressé devant le tribunal correctionnel, qui statue en chambre du conseil, par des jugements pouvant faire l'objet de toutes voies de recours habituelles ; que si la restitution n'a pas été demandée ou décidée dans un délai de six mois à compter de la décision de classement, les objets non restitués deviennent propriété de l'État, sous réserve du droit des tiers ; qu'il en est de même quand le propriétaire ou la personne à qui la restitution a été accordée ne réclame pas l'objet dans un certain délai. Le texte ne prévoit pas l'obligation pour le procureur, saisi d'une demande de restitution, de statuer dans un délai déterminé, ni de faculté pour le requérant de saisir directement le tribunal correctionnel en cas d'absence de décision, hors décision de classement expresse.

La Cour de cassation a également considéré que la procédure prévue à l'article 478 du code de procédure pénale, qui permet à la juridiction de jugement de statuer sur le sort des objets saisis, est applicable à l'immobilisation d'un navire décidée par le ministère public, et peut constituer un recours juridictionnel effectif.

S'agissant de la procédure prévue par l'article L. 218-23 du code de l'environnement, la Cour de cassation a estimé qu'elle ne comporte aucune atteinte aux principes de légalité et de personnalité des peines, dans la mesure où l'armateur ne peut être condamné à supporter financièrement l'amende infligée au capitaine ou au responsable de bord que si plusieurs conditions sont remplies : d'une part, l'existence de circonstances de fait, notamment imputables aux conditions de travail, d'autre part, la condition d'avoir été cité à l'audience, ce qui le met en mesure d'exercer tous les droits reconnus à la défense.

D – Droit pénal économique et financier

Escroquerie – Manœuvres frauduleuses – Définition – Demande d'ouverture d'un compte bancaire aux fins d'obtention d'un chéquier dans le seul but de créer l'apparence d'une solvabilité

Crim., 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 10-83.568, Bull. crim. 2011, n° 117

L'arrêt commenté contribue à faire le départ, en cas d'émission de chèques sans provision, entre les hypothèses où une telle émission est insusceptible de qualification pénale et celles où l'existence de manœuvres frauduleuses accompagnant une telle émission permet de retenir la qualification d'escroquerie.

On sait que la jurisprudence de la chambre criminelle est fixée de longue date en ce sens qu'un mensonge, même produit par écrit, ne peut constituer une manœuvre frauduleuse, au sens de l'article 313-1 du code pénal, s'il ne s'y joint aucun fait extérieur ou acte matériel, aucune mise en scène ou intervention d'un tiers destinés à donner force et crédit à l'allégation du prévenu (*Crim., 11 mai 1971, pourvoi n° 70-92.741, Bull. crim. 1971, n° 145*).

La chambre criminelle en a déduit que l'émission de chèques sans provision, sur une brève période de temps, de façon à devancer l'envoi par l'établissement bancaire d'une lettre invitant le tireur à régulariser sa situation, ne constitue pas une escroquerie (*Crim., 1^{er} juin 2005, pourvoi n° 04-87.757, Bull. crim. 2005, n° 167*).

Dans les faits de l'espèce, la cour d'appel avait relevé que le prévenu, qui avait pour seul but de tromper les commerçants en vue d'obtenir la remise de biens, avait fait ouvrir un compte et s'était fait délivrer un chéquier pour créer l'illusion de moyens financiers qu'il ne possédait pas.

La chambre criminelle approuve la cour d'appel d'être entrée en voie de condamnation du chef d'escroquerie, en jugeant que l'ouverture d'un compte bancaire dans le seul dessein de se faire délivrer un chéquier destiné à créer l'apparence d'une solvabilité, et l'utilisation desdits chèques pour obtenir la remise de marchandises avec le dessein formé dès l'origine de ne pas en payer le prix, caractérisent les manœuvres frauduleuses constitutives de l'escroquerie.

VIII – APPLICATION DU DROIT DE L’UNION EUROPÉENNE ET INTERNATIONAL

A – Droit de l’Union européenne

Expert judiciaire – Liste de la cour d’appel – Inscription – Assemblée générale des magistrats du siège – Décision – Refus – Motivation – Défaut – Portée

2^e Civ., 29 septembre 2011, pourvoi n° 09-10.445, en cours de publication

Union européenne – Libre prestation de services – Directive 2005/36/CE – Application – Exclusion – Cas – Inscription sur la liste nationale des experts judiciaires

Expert judiciaire – Liste nationale des experts – Inscription – Bureau de la Cour de cassation – Décision – Refus – Motivation – Défaut – Portée

2^e Civ., 29 septembre 2011, pourvoi n° 09-10.605, en cours de publication

Par ces deux arrêts, la deuxième chambre, tirant les conséquences de la réponse apportée par la CJUE (CJUE, 17 mars 2011, affaires n° C-372/09 et C-373/09) à des questions préjudicielles posées par deux arrêts avant dire droit (2^e Civ., 10 septembre 2009, pourvoi n° 09-10.605 et pourvoi n° 09-10.445), annule la décision de refus d’inscription d’un traducteur sur la liste des experts judiciaires d’une cour d’appel, ainsi que la décision d’irrecevabilité, prise par le bureau de la Cour de cassation, de la demande de la même personne d’inscription sur la liste nationale des experts judiciaires.

Le motif d’annulation tient au fait que les décisions prises par ces deux instances à l’égard du candidat, qui se prévalait de la qualité d’expert traducteur assermenté depuis de nombreuses années dans un autre État membre, ne le mettaient pas en mesure de connaître les raisons pour lesquelles sa demande avait été rejetée et d’exercer un recours effectif devant la Cour de cassation, permettant de vérifier que sa qualification, acquise et reconnue dans un autre État membre, en qualité de traducteur assermenté, avait été dûment prise en compte et, s’agissant de l’inscription sur la liste nationale, si elle pouvait équivaloir à celle résultant de l’inscription pendant trois années consécutives sur une liste dressée par une cour d’appel.

Comme la CJUE l’avait fait elle-même, la Cour de cassation a limité la portée de sa décision à la situation particulière dont elle était saisie, c’est-à-dire celle d’un traducteur, ressortissant communautaire, se prévalant d’une qualification dans un autre État membre. En l’état, il existe donc, pour les assemblées générales de cours d’appel et le bureau de la Cour de cassation, une obligation de motiver les décisions de refus d’inscription ou d’irrecevabilité des candidatures, en ce qui concerne les seuls traducteurs communautaires se prévalant d’une formation et/ou d’une expérience acquise dans un autre État membre.

B – Conventions internationales

Conventions internationales – Accords et conventions divers – Convention de Montréal du 28 mai 1999 – Compétence internationale – Règle de compétence – Portée

Conventions internationales – Accords et conventions divers – Convention de Montréal du 28 mai 1999 – Compétence internationale – Option de compétence – Portée

1^{re} Civ., 7 décembre 2011, pourvoi n° 10-30.919, en cours de publication

Cet arrêt mérite une attention particulière à un double titre. Tout d'abord, il admet la recevabilité d'une action de type déclaratoire, dans certaines circonstances et dans un domaine spécifique de l'ordre juridique international, celui du transport aérien international. Ensuite, il procède, pour la première fois, à l'interprétation de certaines dispositions de la Convention de Montréal du 28 mai 1999 prévoyant dans ce domaine des règles de compétence juridictionnelle. Plus précisément, il s'agit des dispositions figurant aux articles 33 § 1 et 46 de cette Convention. Elles ouvrent au demandeur à une action en responsabilité contre un ou plusieurs transporteurs une option de compétence entre plusieurs fors, parmi lesquels figurent le for du lieu d'établissement du transporteur ou de l'un d'eux, ainsi que le for du lieu de destination du vol à l'occasion duquel l'accident a eu lieu.

Les faits à l'origine de la présente affaire sont connus : le 16 août 2005, un aéronef, affrété par une société américaine établie en Floride (le transporteur contractuel) et exploité par une compagnie aérienne colombienne (le transporteur de fait), en provenance de Panamá City et à destination de Fort-de-France, s'est écrasé au Venezuela, causant la mort de tous les passagers, originaires de la Martinique, et de tous les membres de l'équipage colombien. Il s'est ensuivi de nombreuses procédures civiles en indemnisation contre ces sociétés de transport, ainsi que contre d'autres sociétés (en leur qualité de constructeur du moteur ou de l'aéronef, ou de prétendus responsables de la maintenance, des remises en état et de la navigabilité de celui-ci).

S'agissant des ayants droit des victimes passagers, plusieurs groupes peuvent être distingués :

- certains, appartenant à un premier groupe, ont, en août 2006, porté leur demande en indemnisation contre le transporteur de fait, son liquidateur judiciaire et son assureur, devant le tribunal de Fort-de-France, en tant que for du lieu de destination du vol, lequel a tranché le litige au fond ;
- d'autres, appartenant à un deuxième groupe, ont, en décembre 2006, porté leur demande en indemnisation contre les deux transporteurs, devant une juridiction fédérale des États-Unis située en Floride, État où est établi le transporteur contractuel ; cette juridiction américaine, estimant ne pas être la plus appropriée pour connaître du litige, a accueilli la requête des défendeurs aux fins de dessaisissement pour cause de *forum non conveniens*, tout en imposant à ces derniers une série d'obligations, et sous réserve que les demandeurs réintroduisent leur action en Martinique dans un certain délai ; c'est dans l'attente de cette décision américaine, puis au vu de celle-ci, avant qu'elle ne soit confirmée par une juridiction

fédérale américaine d'appel, que ces demandeurs, ou une partie d'entre eux, ont assigné, devant le tribunal de Fort-de-France, d'abord en août 2007 à titre conservatoire le transporteur de fait, son liquidateur judiciaire et son assureur, puis en janvier 2009 le transporteur contractuel, lequel a appelé ces derniers en intervention forcée et en garantie;

– d'autres demandeurs, appartenant à un troisième groupe, lesquels n'étaient parties ni à la procédure américaine, ni à la procédure française à titre conservatoire, se sont joints aux demandeurs du deuxième groupe pour saisir, en janvier 2009, le tribunal de Fort-de-France.

La position des demandeurs du deuxième et du troisième groupe devant ce for français avait ceci de singulier qu'ils l'avaient saisi d'une demande en dessaisissement de leur litige, à titre principal pour incompétence internationale ou défaut de pouvoir juridictionnel, à titre subsidiaire pour litispendance en l'état de l'instance pendante devant la juridiction fédérale américaine d'appel, tout en formulant, à titre infiniment subsidiaire, une demande en indemnisation, en vue de voir leur litige tranché au fond par ce for.

Après avoir joint ces dernières instances, ce tribunal a déclaré recevable la demande tendant à son dessaisissement du litige au profit de la juridiction fédérale américaine d'appel, mais l'a dit mal fondée, l'a en conséquence rejetée et a renvoyé le tout à la mise en état.

Les demandeurs des deuxième et troisième groupes ont alors formé un contredit contre ce jugement. Dans ce contredit, ils ont invoqué l'existence d'une situation de litispendance, tout en se réclamant de la connexité de leur litige avec une instance engagée par les ayants droit des membres de l'équipage colombien devant la même juridiction fédérale américaine de première instance que celle saisie par une partie d'entre eux (ceux du deuxième groupe). Après s'être dite valablement saisie par la voie du contredit et avoir déclaré irrecevable la demande de dessaisissement fondée sur la connexité, la cour d'appel de Fort-de-France a confirmé le jugement entrepris.

Les demandeurs des deuxième et troisième groupes se sont alors pourvus en cassation contre cet arrêt. Trois moyens étaient développés au soutien de ce pourvoi : le premier faisait valoir une certaine interprétation de la Convention de Montréal pour reprocher sa violation à l'arrêt attaqué ; le deuxième se prévalait de l'existence d'une situation de litispendance ainsi que d'une clause attributive de juridiction en faveur du for américain ; le troisième se réclamait de certaines règles de procédure civile pour contester l'irrecevabilité de l'exception de connexité.

C'est sur ce premier moyen, et lui seul, que porte l'arrêt faisant l'objet du présent commentaire : après avoir été déclaré recevable, il est retenu comme bien fondé et de nature à justifier une cassation sans renvoi. La thèse soutenue par ce moyen était la suivante : l'option de compétence ouverte au demandeur par les articles 33 § 1 et 46 de la Convention de Montréal s'oppose à ce que le litige soit tranché par un autre juge (en l'espèce, le juge de Fort-de-France) que celui choisi par le demandeur (en l'espèce, le juge fédéral de Floride). Cette thèse se « greffait » sur celle soutenue, sans succès, devant les juridictions américaines, en faveur de l'incompatibilité de la doctrine du *forum non conveniens* avec la Convention de Montréal. L'une comme l'autre thèse posait la question de la portée de l'option de compétence ouverte au demandeur par cette Convention, la première vis-à-vis de la juridiction choisie par le demandeur, la seconde vis-à-vis d'une juridiction non choisie par celui-ci.

S'agissant de la recevabilité de ce premier moyen, elle était contestée par les défendeurs, faute pour les demandeurs de satisfaire aux exigences de cohérence, de loyauté et de bonne foi, et de justifier d'un intérêt légitime à remettre en cause la compétence ou le prétendu « pouvoir juridictionnel » des juges de Fort-de-France, qu'ils avaient eux-mêmes saisis. À l'appui de cette contestation, les défendeurs se prévalaient d'une abondante jurisprudence selon laquelle le demandeur n'est pas recevable à contester la compétence de la juridiction qu'il a lui-même saisie (Soc., 20 mars 1974, pourvoi n° 74-60.003, *Bull.* 1974, V, n° 197 ; Soc., 4 mars 1976, pourvoi n° 75-60.154, *Bull.* 1976, V, n° 142 ; 2^e Civ., 29 novembre 1978, pourvoi n° 76-15.612, *Bull.* 1978, II, n° 252 ; 1^{re} Civ., 28 avril 1982, pourvoi n° 81-11.438, *Bull.* 1982, I, n° 150 ; 2^e Civ., 24 novembre 1993, pourvoi n° 92-11.917 ; Soc., 7 mai 1996, pourvoi n° 93-43.771 ; Soc., 27 mai 1999, pourvoi n° 98-60.309 ; 2^e Civ., 7 décembre 2000, pourvoi n° 99-14.902, *Bull.* 2000, II, n° 163 ; 2^e Civ., 15 février 2001, pourvoi n° 99-16.543 ; 3^e Civ., 29 avril 2002, pourvoi n° 00-20.973). Cette jurisprudence se réclame d'un argument de texte (2^e Civ., 7 décembre 2000, précité) : le code de procédure civile classant l'exception d'incompétence, réglemée par les articles 75 et suivants, parmi les exceptions de procédure définies à l'article 73, lesquelles figurent sous le titre consacré aux moyens de défense, la compétence de la juridiction saisie ne peut être contestée que par le défendeur par voie d'exception, et non par le demandeur par voie d'action.

Cette jurisprudence peut également se réclamer, de manière plus générale, des exigences de bonne foi, de loyauté, de cohérence et de confiance légitime dont découle l'interdiction de principe de se contredire au détriment d'autrui, correspondant à la règle dite de l'estoppel, à laquelle la Cour s'est expressément référée, à ce jour une seule fois, en matière d'arbitrage international (1^{re} Civ., 6 juillet 2005, pourvoi n° 01-15.912, *Bull.* 2005, I, n° 302). Selon les défendeurs, les demandeurs auraient méconnu de telles exigences en reprochant aux juges de Fort-de-France de ne pas s'être dessaisis du litige dont ils les avaient eux-mêmes saisis.

Une objection supplémentaire était soulevée à l'encontre de la recevabilité du premier moyen : l'absence d'intérêt actuel et légitime à agir. Deux arguments étaient invoqués en ce sens. Tout d'abord, ce moyen tendrait à ériger la Cour de cassation en une sorte de censeur des décisions américaines ayant admis, à l'occasion de la procédure engagée par les demandeurs du deuxième groupe, la compatibilité de la doctrine du *forum non conveniens* avec la Convention de Montréal. Ensuite et surtout, l'objectif poursuivi par ce moyen, à savoir le dessaisissement du litige par les juges de Fort-de-France après l'épuisement des voies de recours internes aux États-Unis (au niveau fédéral) contre les décisions américaines de dessaisissement, risquerait d'aboutir à un déni de justice.

Ces diverses objections sont écartées par l'arrêt commenté en raison du caractère déclaratoire de l'action des demandeurs. Cette qualification repose sur une définition doctrinale de l'action déclaratoire : il s'agit d'une action dont l'objet est de faire constater par le juge l'existence et l'étendue d'un droit (L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 5^e éd., 2006, n° 355). Tel est le cas de l'action en cause puisqu'elle tend à faire constater par le juge français l'existence et la portée du droit d'option que la Convention de Montréal reconnaît aux demandeurs pour porter leur action devant tel ou tel juge compétent en vertu de cette Convention. Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation admet, en matière internationale, la recevabilité d'une action en raison de son caractère déclaratoire (voir, en ce

sens, 1^{re} Civ., 10 février 1971, pourvoi n° 69-14.277, *Bull.* 1971, I, n° 48, dans le prolongement de 1^{re} Civ., 22 janvier 1951, *RCDIP* 1951, p. 167, note P. Francescakis, à propos d'une action visant à déclarer inopposable à l'égard d'un époux un jugement de divorce obtenu, à l'étranger, par son conjoint, afin de se prémunir contre les effets qu'un tel jugement est susceptible de produire en France indépendamment de tout exequatur, et de mettre ainsi fin à une incertitude affectant son statut personnel). Cela étant, cet arrêt marque un progrès important dans la reconnaissance de l'action déclaratoire en matière internationale puisque cette qualification se départ de la conception traditionnelle de l'action, définie à l'article 30 du code de procédure civile comme étant « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée » (voir, déjà en ce sens, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 mars 2008, à propos de l'accident aérien de Charm el-Cheikh, et les commentaires de cet arrêt par G. Cuniberti, « Compétence des juridictions françaises suite à un jugement de *forum non conveniens* », in *JDI* 2009, n° 1, p. 171, et M.-L. Niboyet, « Une nouvelle action déclaratoire : l'action aux fins de déclaration d'incompétence internationale », in *Gaz. Pal.* 21 février 2009, n° 52, p. 48). Au cas présent, l'action des demandeurs ne rentrait pas dans cette catégorie usuelle, puisque, au contraire, les demandeurs s'opposaient à ce que les juridictions françaises tranchent leur litige au fond, mais, en revanche, les sollicitaient pour que celles-ci leur reconnaissent un droit d'option effectif en faveur des juridictions américaines, ces dernières ayant été choisies par eux pour statuer. C'est en raison de la situation « pathologique » dans laquelle se trouvent les demandeurs, lesquels ont été contraints, du fait des décisions américaines de dessaisissement, de porter leur litige devant une juridiction qu'ils n'avaient pas choisie, que la recevabilité de leur action est admise par le présent arrêt. C'est de cette situation pathologique que les demandeurs tirent un intérêt actuel et légitime à agir aux fins de voir déclarer l'indisponibilité actuelle du for français, dans l'espoir que le for américain accepte finalement de trancher leur litige au fond, quitte à revenir ensuite devant le for français pour que celui-ci le tranche, afin d'éviter un déni de justice dans l'hypothèse où le for américain persisterait dans son refus d'exercer sa compétence. En admettant la recevabilité de leur action, laquelle, par son premier moyen, se prévaut d'une certaine interprétation de la Convention de Montréal, la Cour de cassation ne s'érige pas en un prétendu et éventuel censeur des décisions américaines de dessaisissement (lesquelles reposent, elles aussi, sur une certaine interprétation de cette Convention), mais se pose en un interlocuteur naturel des juridictions dont émanent celles-ci. En adoptant cette position, la Cour de cassation introduit une forme de dialogue des juges dans l'ordre international, rendu nécessaire en l'absence de juridiction internationale en mesure d'assurer l'interprétation uniforme de cette Convention (entre tous les États qui y sont parties).

C'est dans ce contexte et dans cet état d'esprit qu'en réponse au premier moyen, une fois admise la recevabilité de ce dernier, le présent arrêt ne se limite pas à indiquer, sous la forme d'un énoncé de principe, l'interprétation que la Cour de cassation retient des articles 33 § 1 et 46 de la Convention de Montréal, mais prend le soin d'exposer les principales raisons l'y ayant conduite, eu égard à la motivation développée par les juridictions américaines pour retenir, par le biais d'une autre interprétation de cette Convention, la compatibilité de la doctrine du *forum non conveniens*. Ces raisons découlent de la méthode prescrite par la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités pour l'interprétation des

conventions internationales. L'interprétation requise n'est pas seulement littérale, contextuelle ou historique, mais aussi et surtout téléologique. D'où l'importance accordée aux objectifs poursuivis par la Convention de Montréal. Ces objectifs sont à la fois variés et complémentaires : la conciliation des divers intérêts en présence, l'unification des règles relatives au transport aérien international, la prévisibilité et la sécurité des règles de compétence directe. Tous ces objectifs concourent à conférer au choix du demandeur, en vertu de l'option de compétence qui lui est ouverte, un caractère impératif et exclusif, qui s'oppose à ce que le litige soit tranché par une juridiction que celui-ci n'a pas choisie. Il en va ainsi de l'objectif consistant à concilier les divers intérêts en présence (ceux des transporteurs et ceux des passagers ou de leurs ayants droit) : le caractère impératif et exclusif du choix des demandeurs est la contrepartie de l'établissement d'une liste limitative de fors compétents, lequel profite aux transporteurs en leur assurant, grâce à une limitation du *forum shopping*, une certaine prévisibilité quant aux juridictions devant lesquelles ils risquent d'être attirés. La prévisibilité et la sécurité corrélative des règles de compétence directe posées par la Convention de Montréal ne doivent pas seulement bénéficier aux transporteurs en tant que défendeurs, mais aussi aux demandeurs : seuls ces derniers disposent du choix de décider devant quelle juridiction leur litige sera effectivement tranché ; on ne saurait leur opposer une règle de procédure interne, telle que celle du *forum non conveniens*, inconnue de la plupart des États parties à la Convention, qui aboutit à contrarier le choix des demandeurs par un effet de substitution, le juge choisi par ces derniers étant en mesure, selon cette règle, de substituer sa propre appréciation du for le plus approprié pour trancher le litige au fond à celle à laquelle les demandeurs se sont préalablement livrés pour arrêter leur choix de for.

Cette interprétation de la Convention de Montréal s'inscrit dans le prolongement d'un vaste mouvement jurisprudentiel, engagé par des juridictions anglaises (en 1995, dans l'affaire *Milor srl v. British Airways, PLC*, [1996] Q. B 702 (eng. CA), à propos de la Convention de Varsovie, à laquelle a succédé la Convention de Montréal pour les États qui l'ont ratifiée, puis, en 2005 (Queen's bench Division, Commercial Court, jugement du 21 juin 2005, affaire *Royal & Sun Assurance PLC*), à propos de la Convention sur le transport international de marchandises par route), poursuivi par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 1^{er} mars 2005, *Andrew Owusu c. N.B. Jackson*, agissant sous le nom commercial « Villa Holidays Bal-Inn Villas » e.a., affaire C-281/02, à propos de la Convention de Bruxelles), et développé par la Cour de cassation (1^{re} Civ., 11 juillet 2006, pourvoi n° 04-18.644, *Bull.* 2006, I, n° 379 ; 1^{re} Civ., 12 novembre 2009, pourvoi n° 08-15.269 ; Com., 20 octobre 2009, pourvoi n° 09 10.317, *Bull.* 2009, IV, n° 131, à propos des Conventions de Varsovie et de Montréal).

IX – EXAMEN DES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ

La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 a créé l'article 61-1 de la Constitution, qui dispose que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

Conformément au rôle qui lui est dévolu par la Constitution, la Cour de cassation exerce donc depuis le 1^{er} mars 2010 un contrôle des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), renvoyant au Conseil constitutionnel celles qui satisfont aux conditions fixées par la loi n° 2009-1523 du 10 décembre 2009.

Elle dispose à cette fin des services du bureau du droit constitutionnel, créé au mois de juin 2009 au sein du service de documentation, des études et du rapport et placé sous la responsabilité de deux magistrats.

Avec près de une question prioritaire de constitutionnalité transmise ou enregistrée chaque jour devant la Cour de cassation depuis l'entrée en vigueur de cette réforme, c'est un « contentieux arrivé à maturité, très spécialisé, d'une importance quantitative limitée au regard du nombre total d'affaires traitées par les juridictions du fond, mais aux enjeux majeurs » qui prend place au sein de l'ordre judiciaire (Luc Briand, « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions judiciaires du fond, 1^{er} semestre 2011 », *in Gaz. Pal.*, 15 septembre 2011, n° 258, p. 7-15).

A – Procédure

La Cour de cassation a précisé les règles applicables à la procédure de QPC.

Ainsi, par arrêt du 8 décembre 2011 (pourvoi n° 11-40.070, en cours de publication), la première chambre civile a jugé que, « s'il a été décidé que “tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative”, sous la réserve que cette jurisprudence ait été soumise à la cour suprême compétente, il résulte tant des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution et de l'article 23-5, alinéa 3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée que des décisions du Conseil constitutionnel, que la contestation doit concerner la portée que donne à une disposition législative précise l'interprétation qu'en fait la juridiction suprême de l'un ou l'autre ordre ».

Dans cet arrêt, elle a jugé par ailleurs qu'une question prioritaire de constitutionnalité n'est recevable qu'autant qu'elle porte sur une disposition législative précise et non encore soumise au Conseil constitutionnel, et qu'il n'en va pas ainsi d'un article du code dont la substance a été déclarée maintes fois conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, ou de dispositions mentionnées mais non identifiées ou non arguées d'inconstitutionnalité.

B – Dispositions législatives contestées

La Cour de cassation a ordonné le renvoi au Conseil constitutionnel de QPC portant sur des dispositions législatives emblématiques, dans les domaines les plus variés : le droit pénal, du travail, de l'environnement, ou encore la procédure pénale, ont ainsi fait l'objet de nombreuses questions prioritaires. En particulier, accomplissant la mission de gardien des libertés individuelles confiée à l'autorité judiciaire par la Constitution, la Cour de cassation a attaché une importance particulière aux questions prioritaires de constitutionnalité portant sur les dispositions législatives relatives aux droits des personnes poursuivies, assurant la protection des droits de la défense, du droit au recours et du droit au procès équitable.

Au titre des dispositions législatives anciennes, la troisième chambre civile a ainsi ordonné le renvoi au Conseil constitutionnel d'une QPC portant sur l'article 544 du code civil, dont la rédaction est inchangée depuis 1804, dans les termes suivants : « Les dispositions de l'article 544 du code civil [La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements], telles qu'interprétées de façon constante par la Cour de cassation, portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, et notamment au principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement ou de dégradation, au droit de mener une vie familiale normale et à l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue le droit au logement ? » (3^e Civ., 30 juin 2011, pourvoi n° 11-40.017, en cours de publication.)

Elle a également jugé sérieux le moyen tiré de ce que l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819, qui instituait une distinction fondée sur la seule nationalité entre des héritiers d'un même auteur pour la dévolution de biens situés en France, portait atteinte au principe d'égalité (1^{re} Civ., 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 11-40.008 ; 1^{re} Civ., 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 11-40.010). Cette dernière disposition a été déclarée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel (Décision n° 2011-159 QPC du 5 août 2011, Mme Elke B. et autres [Droit de prélèvement dans la succession d'un héritier français], JO du 6 août 2011, p. 13478).

Saisie d'une QPC critiquant une jurisprudence ancienne et constante sur la prescription des infractions dissimulées, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que « la prescription de l'action publique ne revêt pas le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et ne procède pas des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ni d'aucune disposition, règle ou principe de valeur constitutionnelle » (Ass. plén., 20 mai 2011, pourvoi n° 11-90.025, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 7 ; pourvoi n° 11-90.032, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 8 ; pourvoi n° 11-90.033, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 6).

Par décision n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011 (M. Michel G. [Discipline des vétérinaires], considérant 5, JO du 26 novembre 2011, p. 20016), le Conseil constitutionnel a énoncé « qu'aucune loi de la République antérieure à la Constitution de 1946 n'a fixé le principe selon lequel les poursuites disciplinaires sont nécessairement soumises à une règle de prescription ».

Au titre de certaines dispositions législatives emblématiques, la Cour de cassation a statué sur le moyen d'inconstitutionnalité contestant l'infraction d'inceste. L'article 222-31-1 du code pénal avait été créé par la loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire

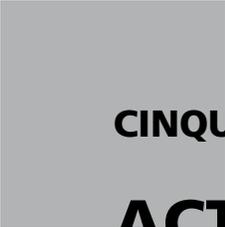
l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux. Il avait été largement critiqué par la doctrine, qui jugeait que la définition proposée de l'inceste s'avérait « à la fois trop large et trop étroite » (S. Detraz, « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *in Gaz. Pal.*, 4 mars 2010, n° 63, p. 10). Par arrêt du 22 juin 2011 (Crim., 22 juin 2011, pourvoi n° 10-84.992), la Cour de cassation a ordonné le renvoi d'une QPC portant sur cet article, jugeant que la famille « n'[était] pas définie avec suffisamment de précision pour exclure l'arbitraire ». Faisant sienne cette analyse, le Conseil constitutionnel énonce que le législateur « ne pouvait, sans méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, s'abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille », et déclare contraire à la Constitution l'article 222-31-1 du code pénal (Décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011, M. Claude N. [Définition des délits et crimes incestueux], JO du 17 septembre 2011, p. 15600).

En matière de procédure pénale, la chambre criminelle a notamment ordonné le renvoi au Conseil constitutionnel d'une question portant sur les articles 130, 130-1 et 133 du code de procédure pénale, critiqués en ce qu'ils permettent de priver un individu de liberté pendant une durée de quatre jours sans présentation à un magistrat du siège, ladite question présentant dès lors un caractère sérieux au regard du principe constitutionnel de la protection de la liberté individuelle (Crim., 29 mars 2011, pourvoi n° 11-90.008, *Bull. crim.* 2011, n° 62). Par décision n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011 (M. Kiril Z. [Exécution du mandat d'arrêt et du mandat d'amener], JO du 25 juin 2011, p. 10840), le Conseil constitutionnel a jugé ces dispositions conformes à la Constitution, sous réserve que la privation de liberté de quatre ou six jours prévue par l'article 130 ne soit pas mise en œuvre, « dans le cadre d'un mandat d'amener, à l'encontre d'une personne qui n'encourt pas une peine d'emprisonnement correctionnelle ou une peine plus grave ».

Elle a également ordonné le renvoi au Conseil d'une question portant sur les articles 393 et 803-2 du code de procédure pénale, qui prévoient que toute personne déférée à l'issue de sa garde à vue est présentée au procureur de la République, jugeant que « la restriction apportée aux droits de la défense pourrait être considérée comme injustifiée, et, en conséquence, non conforme à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (Crim., 1^{er} mars 2011, pourvoi n° 10-90.125).

Par ailleurs, faisant usage du critère de nouveauté, qui lui permet « d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel » (Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, considérant 21, JO du 11 décembre 2009, p. 21381, *Recueil*, p. 206) de toute question dont elle est saisie, la Cour de cassation a renvoyé au Conseil la question de la motivation des arrêts des cours d'assises (Crim., 19 janvier 2011, pourvoi n° 10-85.159, *Bull. crim.* 2011, n° 11 ; pourvoi n° 10-85.305, *Bull. crim.* 2011, n° 12).

Enfin, la Cour de cassation entend veiller à ce que les règles régissant la procédure applicable devant elle garantissent parfaitement les droits et libertés protégés par la Constitution. Elle a ainsi jugé sérieux le moyen tiré de ce que l'article 618-1 du code de procédure pénale, qui réserve à la seule partie civile, à l'exclusion de la personne poursuivie, la possibilité d'obtenir, devant la Cour de cassation, le remboursement des frais exposés à l'occasion d'un pourvoi, serait de nature à porter atteinte au principe d'égalité devant la justice (Crim., 12 janvier 2011, pourvoi n° 10-84.429).



CINQUIÈME PARTIE

ACTIVITÉ DE LA COUR

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE



Activité juridictionnelle

A – Aspects statistiques

1. Statistiques de l'année 2011

Tableau 1.1 - REPARTITION DU CONTENTIEUX CIVIL ET PENAL EN 2011

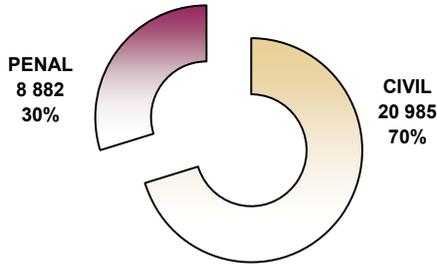
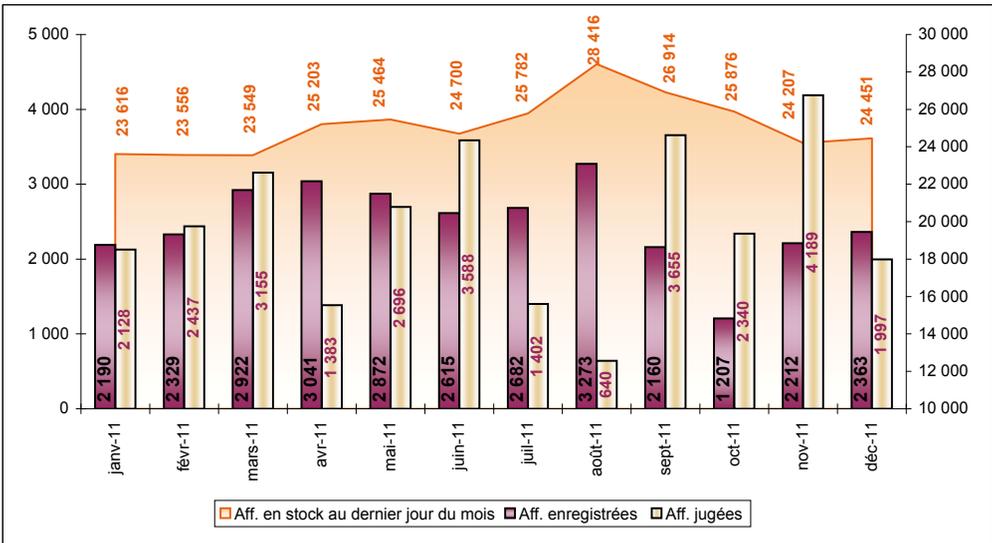
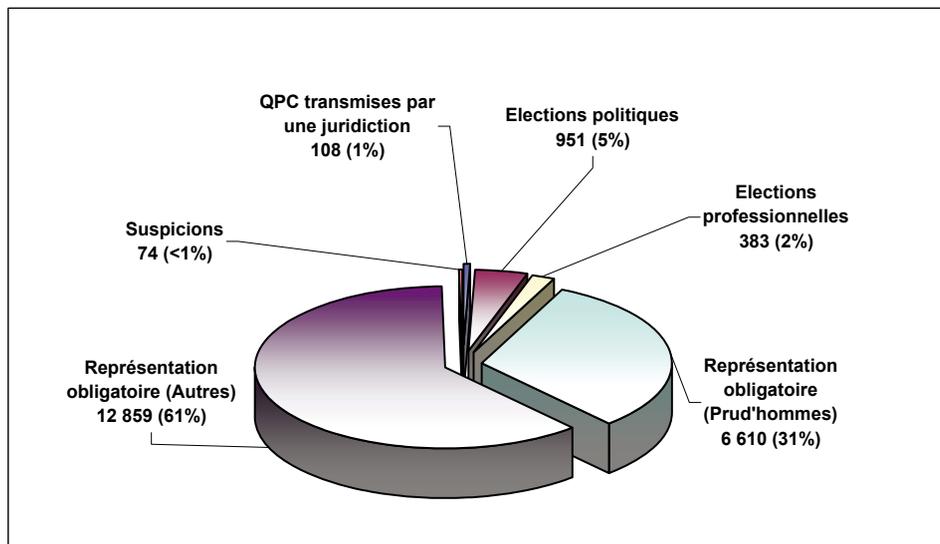


Tableau 1.2 - EVOLUTION DU STOCK GENERAL CIVIL ET PENAL - ANNEE 2011



**Tableau 1.3 - REPARTITION DU CONTENTIEUX CIVIL, COMMERCIAL ET SOCIAL EN 2011
PAR CATEGORIES D'AFFAIRES**



**Tableau 1.4 - REPARTITION DES DOSSIERS CIVILS TERMINES EN 2011
PAR CATEGORIES DE DECISIONS (HORS QPC)**

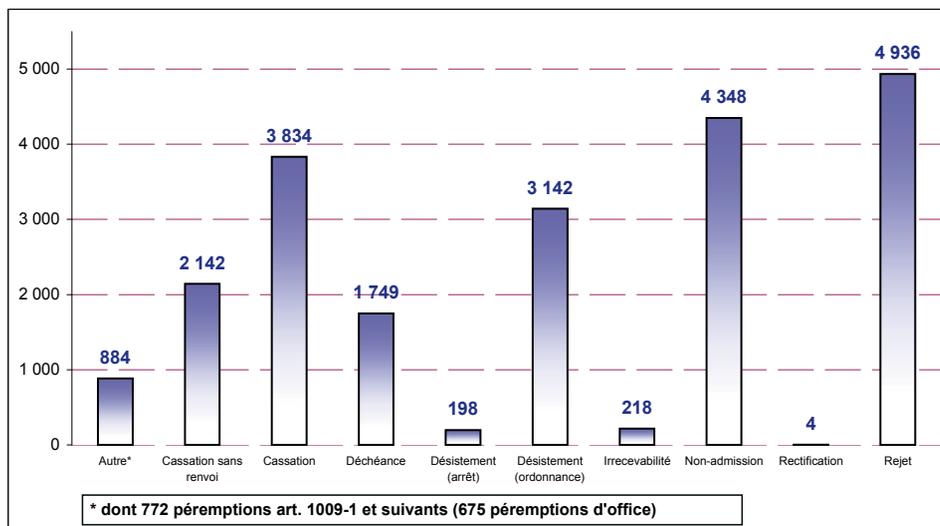


Tableau 1.5 - EVOLUTION DU STOCK DES AFFAIRES CIVILES - ANNEE 2011

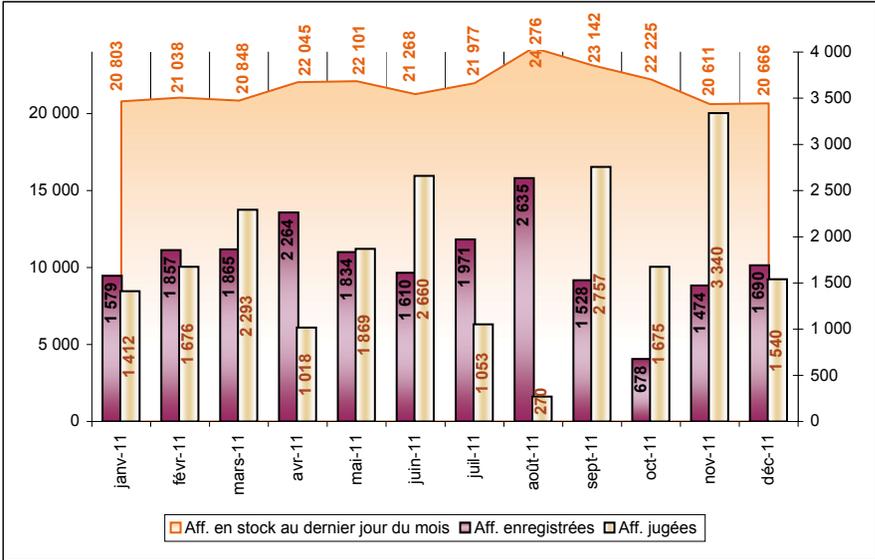
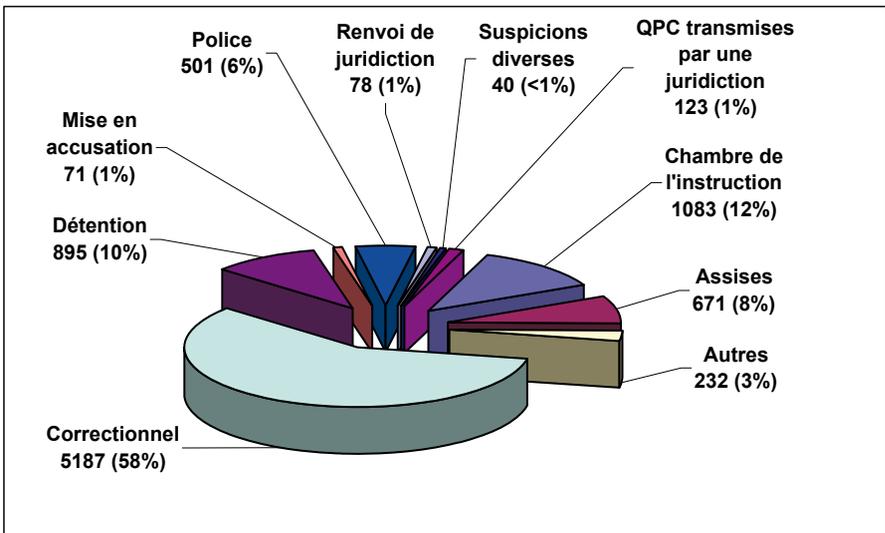


Tableau 1.6 - REPARTITION DU CONTENTIEUX PENAL EN 2011 PAR CATEGORIES D'AFFAIRES



CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

**Tableau 1.7 - REPARTITION DES DOSSIERS PENAUX JUGES EN 2011
PAR CATEGORIES DE DECISIONS (HORS QPC)**

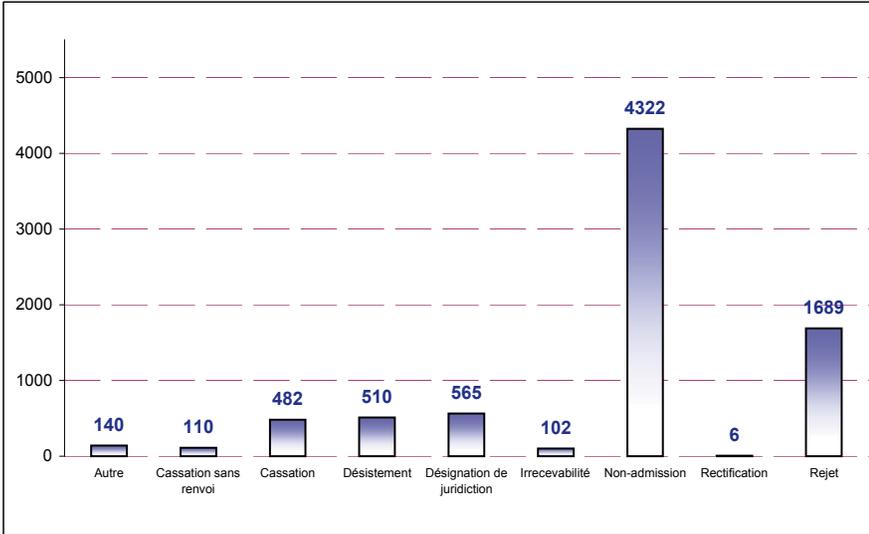
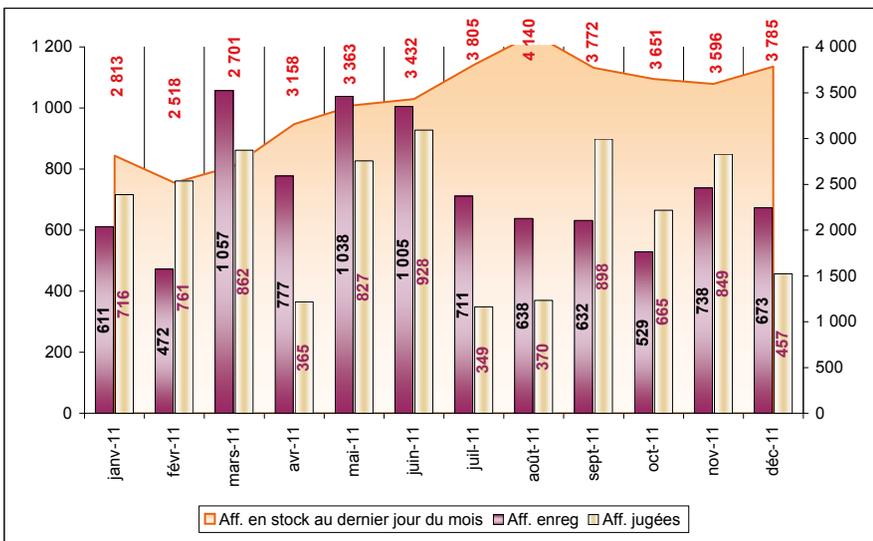


Tableau 1.8 - EVOLUTION DU STOCK DES AFFAIRES PENALES - ANNEE 2011



2. Évolution du stock et de la durée des affaires civiles et pénales

Tableau 2.0 - EVOLUTION DU STOCK GENERAL CIVIL ET PENAL

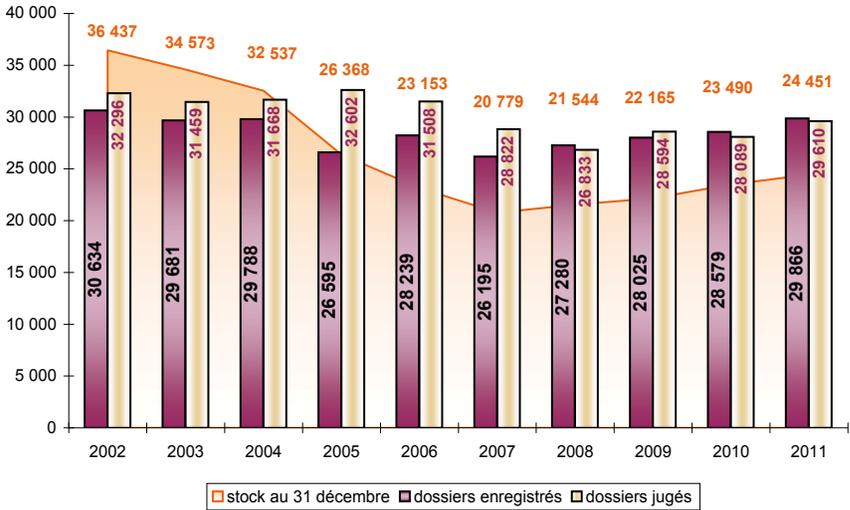


Tableau 2.1 - STOCK, FLUX ET DELAI DU CONTENTIEUX CIVIL (HORS QPC) SOUMIS A LA COUR DE CASSATION

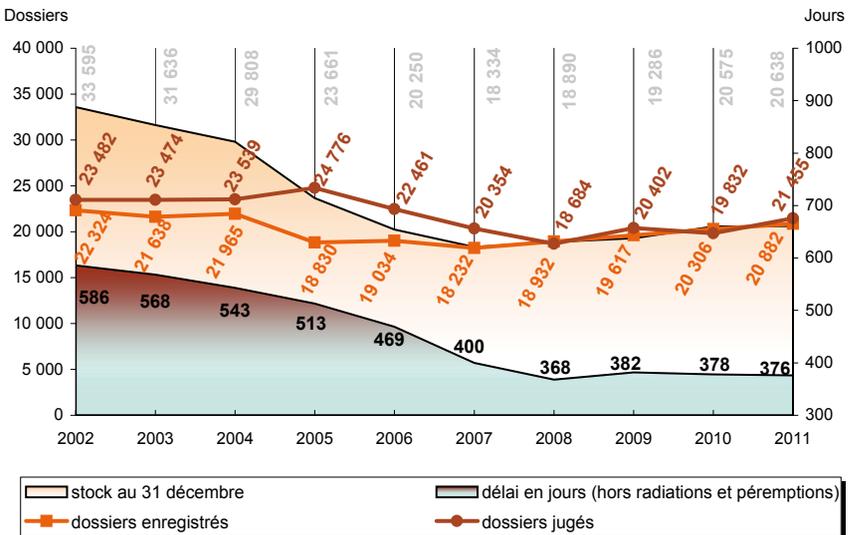


Tableau 2.2 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRES CIVILES

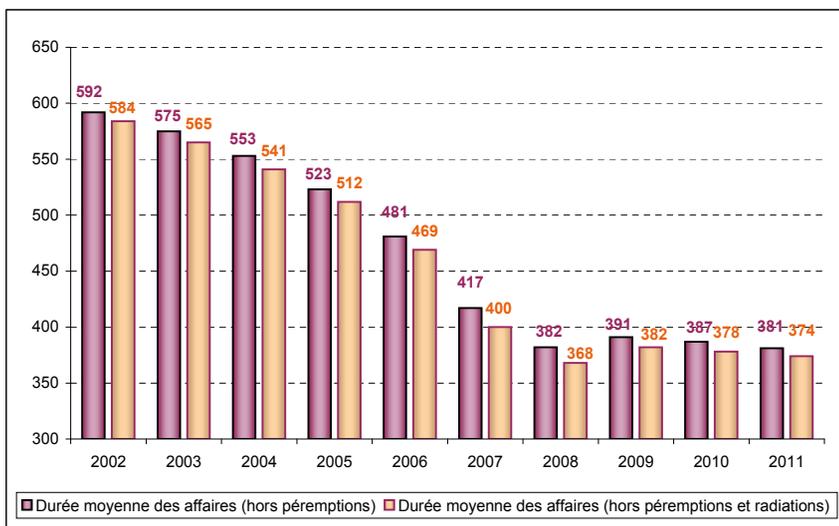


Tableau 2.3 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRET (en jours) - CHAMBRES CIVILES



Tableau 2.4 - STOCK, FLUX ET DELAI DU CONTENTIEUX PENAL SOUMIS A LA COUR DE CASSATION (Hors QPC)

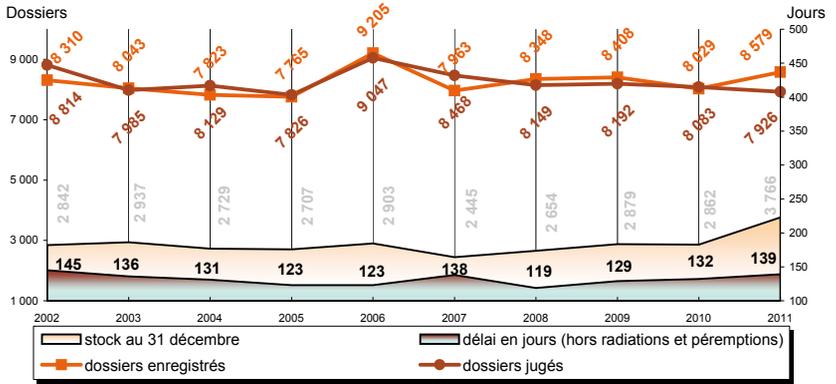
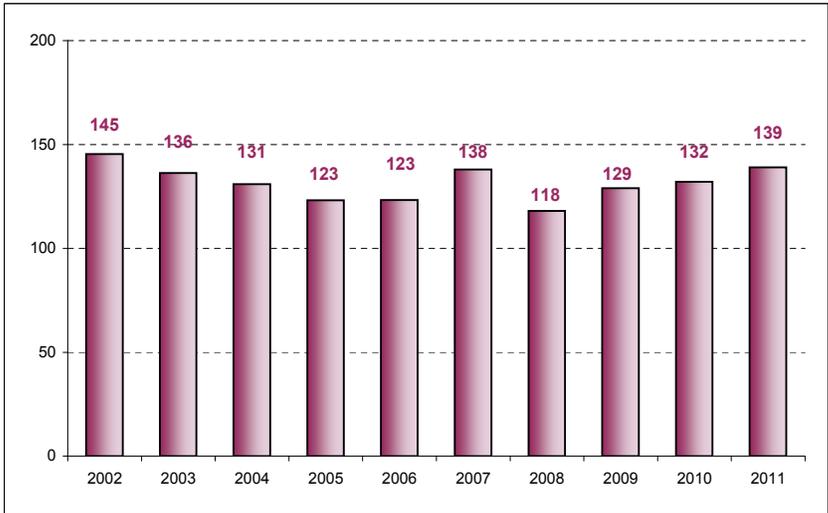


Tableau 2.5 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRE CRIMINELLE



**Tableau 2.6 - PROCEDURE DE RADIATION (ART. 1009-1 DU CPC)
REQUETES ET DECISIONS 1009-1**

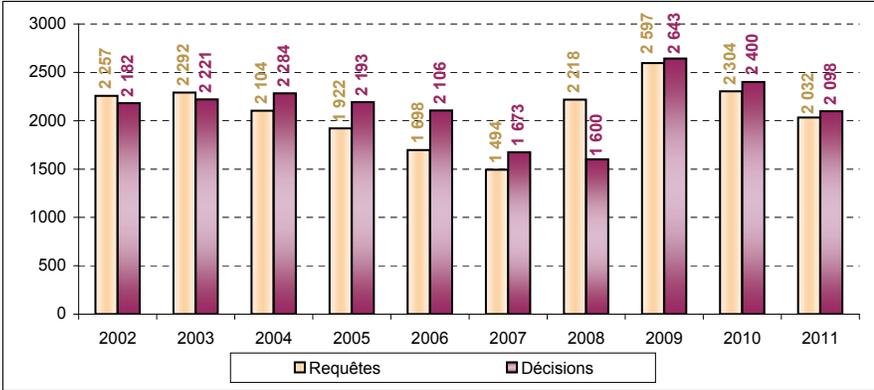


Tableau 2.7 - REPARTITION DES REQUETES 1009-1 EN 2011

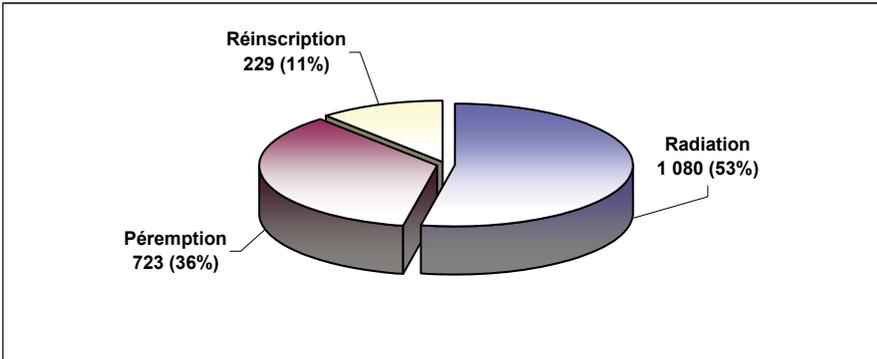
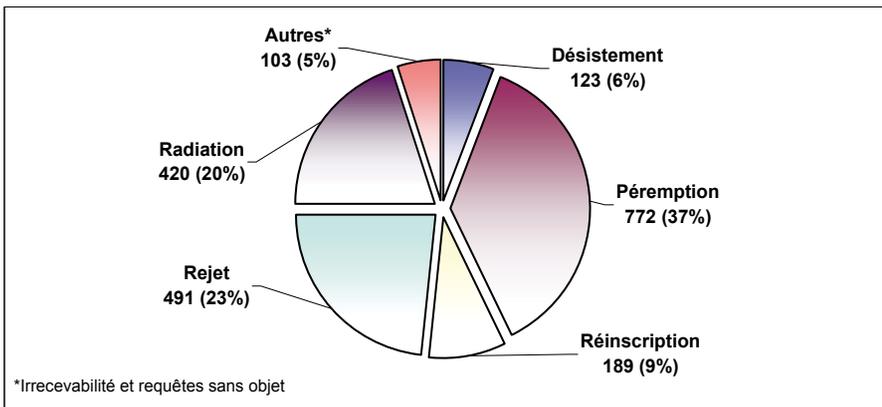


Tableau 2.8 - REPARTITION DES DECISIONS 1009-1 EN 2011



3. Répartition et évolution de l'activité en matière civile, commerciale, sociale et criminelle

**Tableau 3.1 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2011
PAR LA PREMIERE CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIES DE DECISIONS**

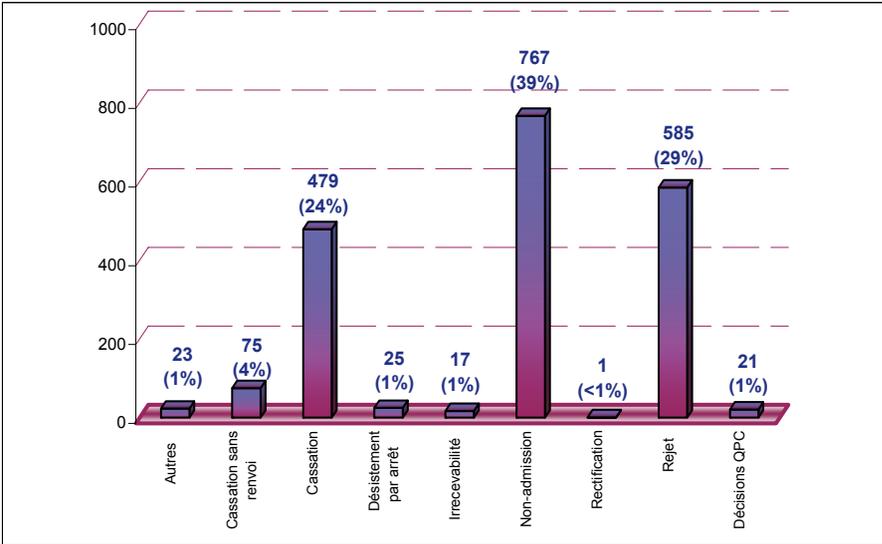
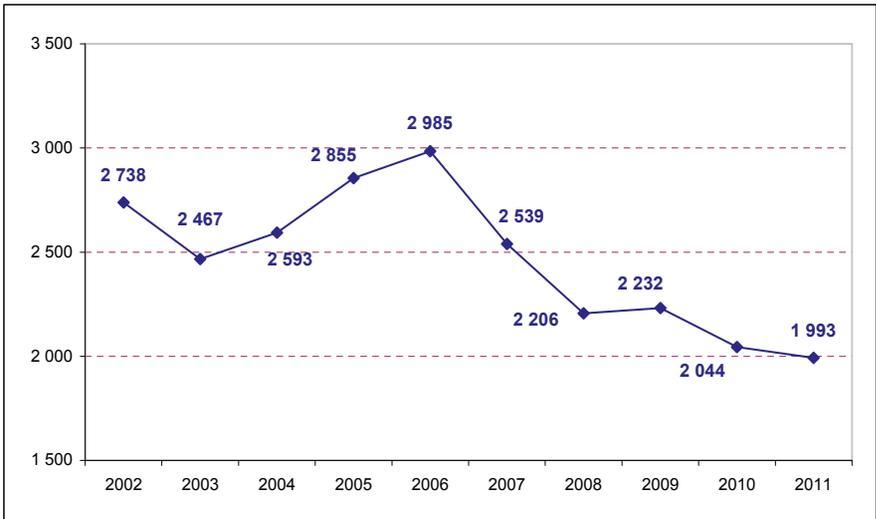
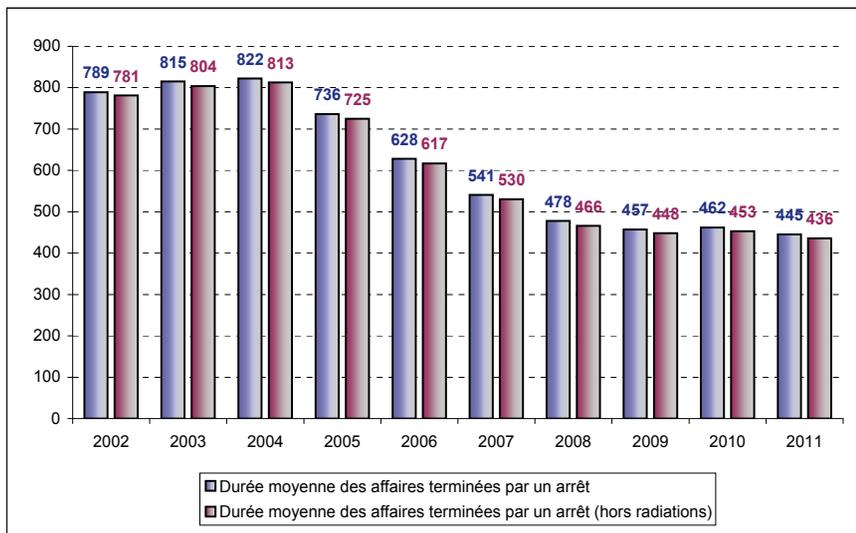


Tableau 3.2 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - PREMIERE CHAMBRE CIVILE



**Tableau 3.3 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRÊT (en jours)
PREMIERE CHAMBRE CIVILE**



La répartition des principales décisions de la première chambre civile (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

Cassation	29%
Rejet	31%
Non-admission	40%

**Tableau 3.4 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2011
PAR LA DEUXIEME CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIES DE DECISIONS**

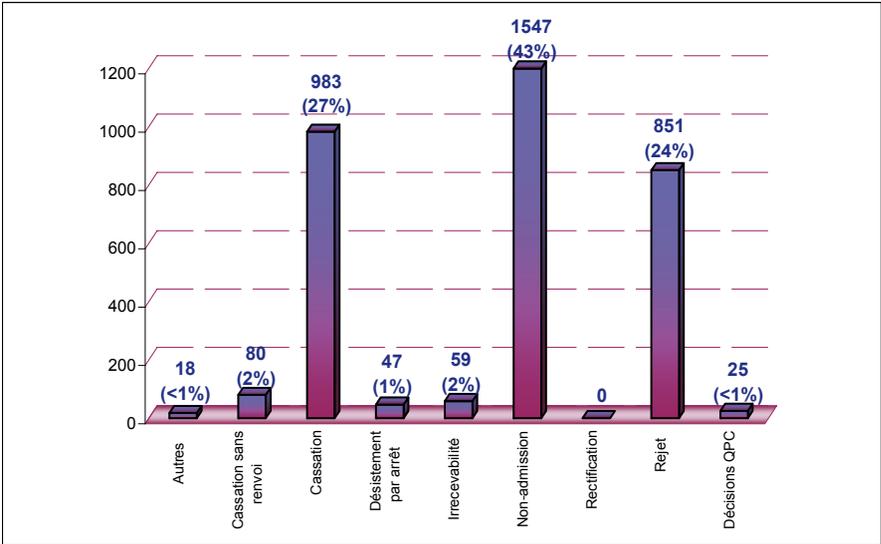
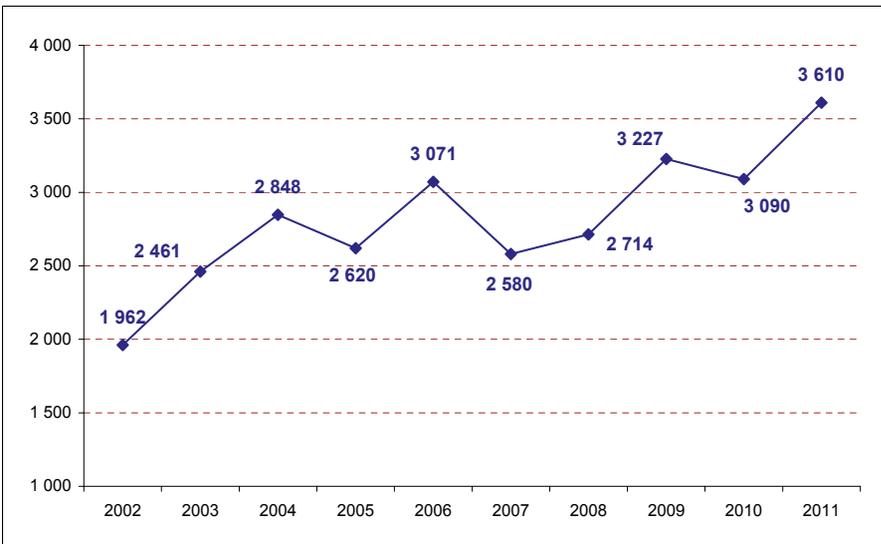
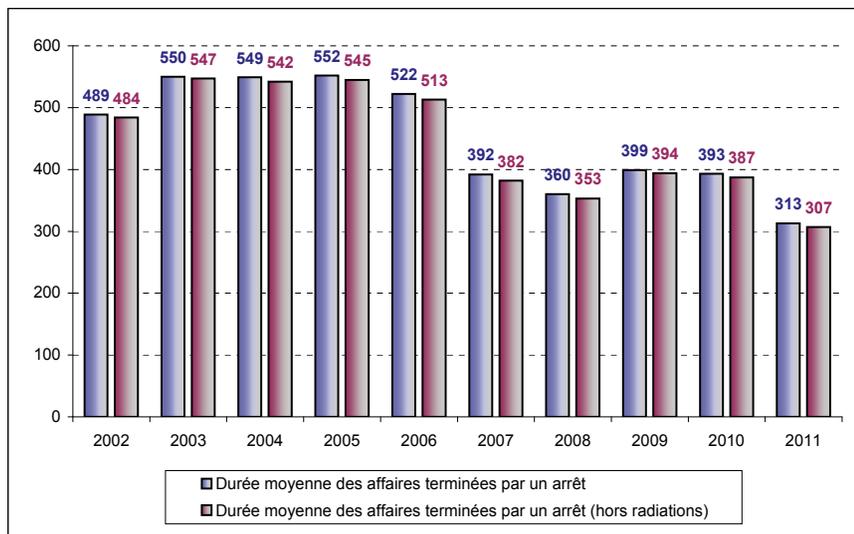


Tableau 3.5 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - DEUXIEME CHAMBRE CIVILE



**Tableau 3.6 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRÊT (en jours)
DEUXIEME CHAMBRE CIVILE**



La répartition des principales décisions de la deuxième chambre civile (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

Cassation	31%
Rejet	25%
Non-admission	45%

**Tableau 3.7 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2011
PAR LA TROISIEME CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIES DE DECISIONS**

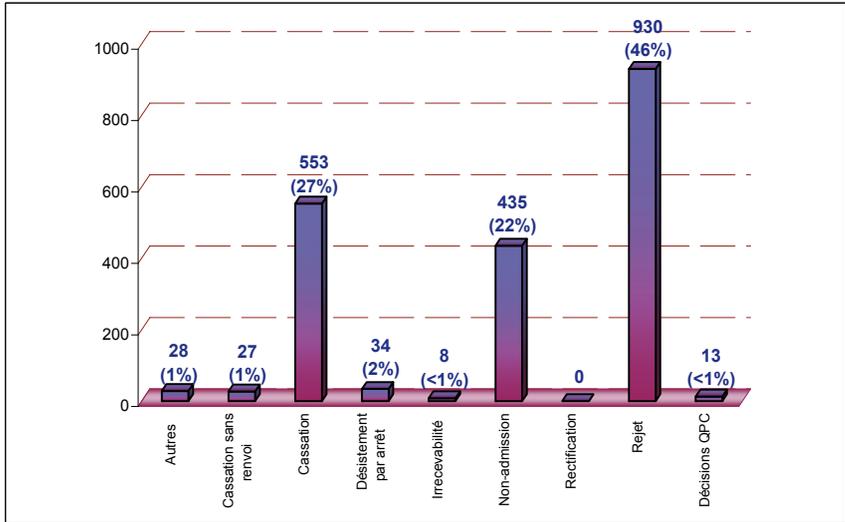
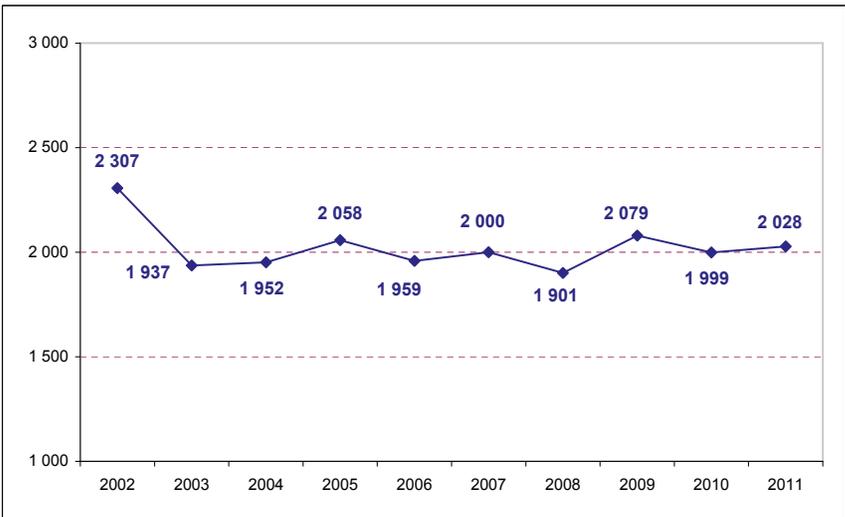
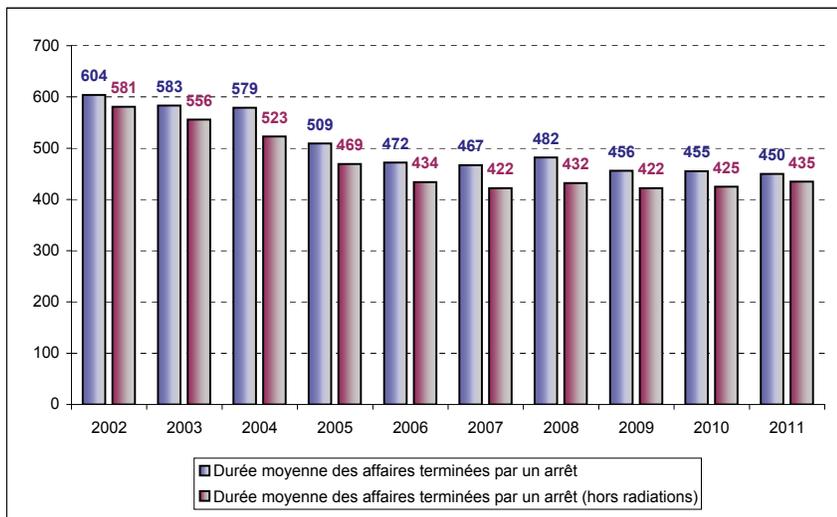


Tableau 3.8 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - TROISIEME CHAMBRE CIVILE



**Tableau 3.9 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRÊT (en jours)
TROISIEME CHAMBRE CIVILE**



La répartition des principales décisions de la troisième chambre civile (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

Cassation	30%
Rejet	48%
Non-admission	22%

**Tableau 3.10 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2011
PAR LA CHAMBRE COMMERCIALE PAR CATEGORIES DE DECISIONS**

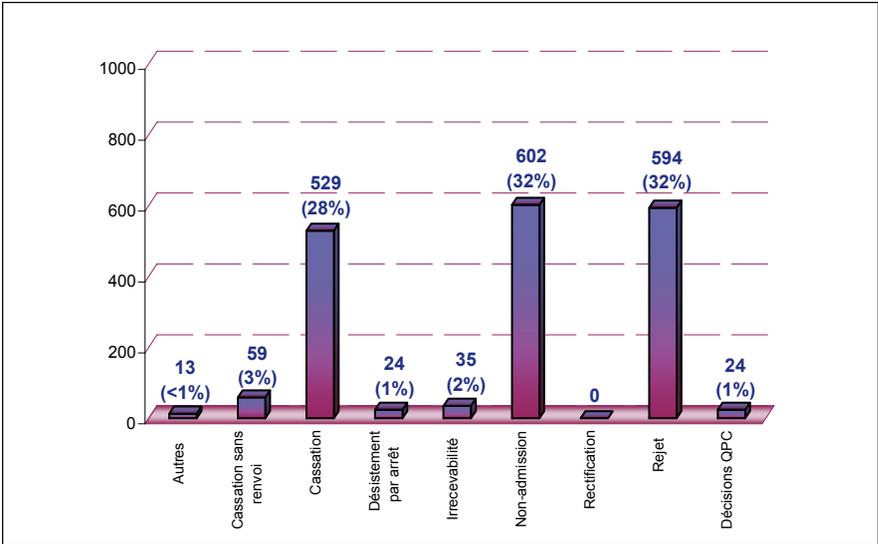
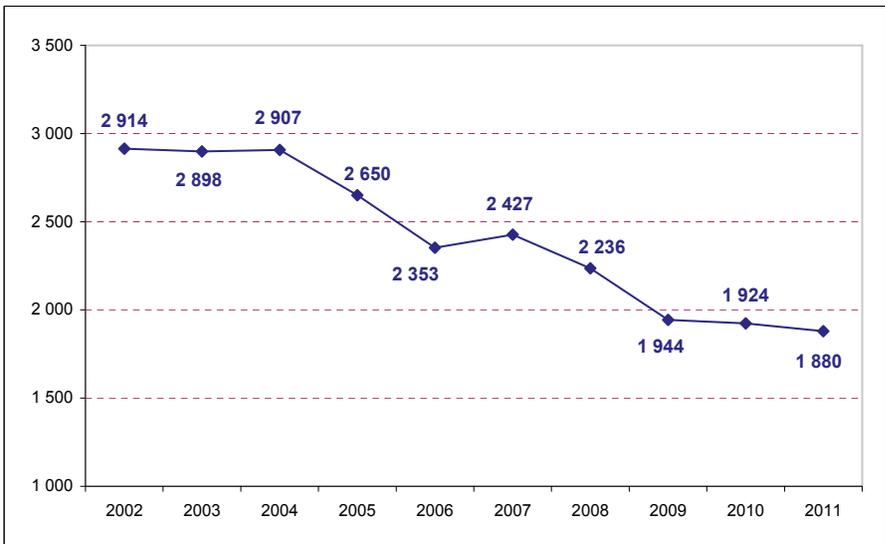
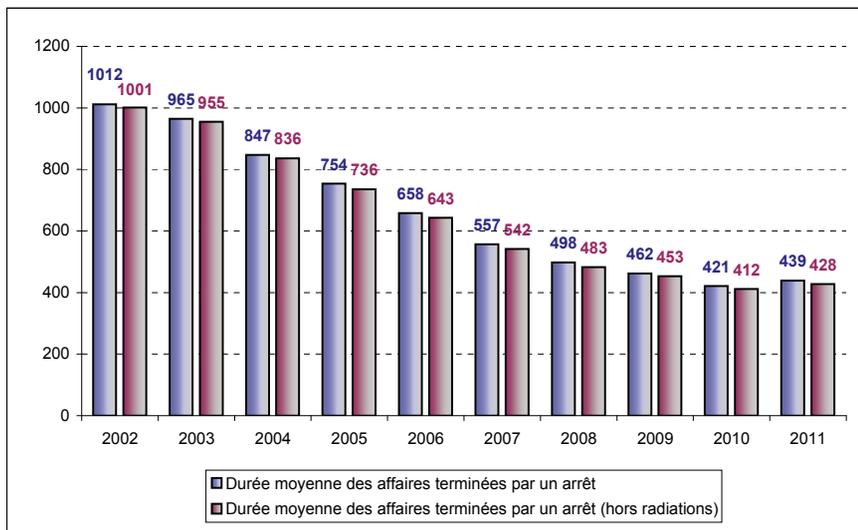


Tableau 3.11 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - CHAMBRE COMMERCIALE



**Tableau 3.12 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRÊT (en jours)
CHAMBRE COMMERCIALE**



La répartition des principales décisions de la chambre commerciale (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

Cassation	33%
Rejet	33%
Non-admission	34%

**Tableau 3.13 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2011
PAR LA CHAMBRE SOCIALE PAR CATEGORIES DE DECISIONS**

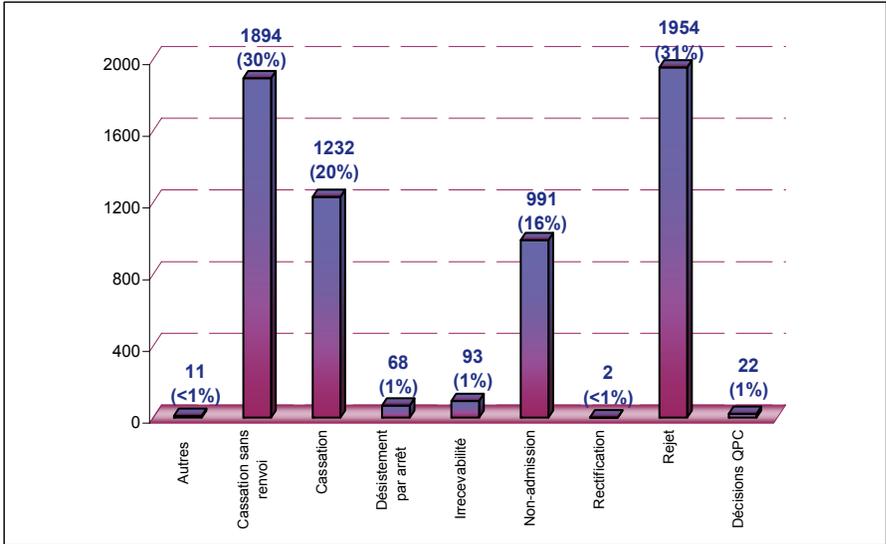
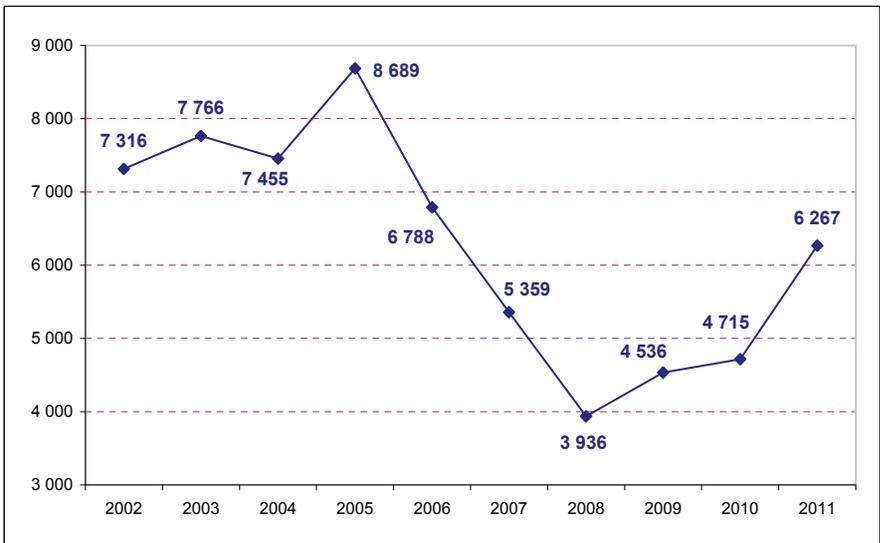
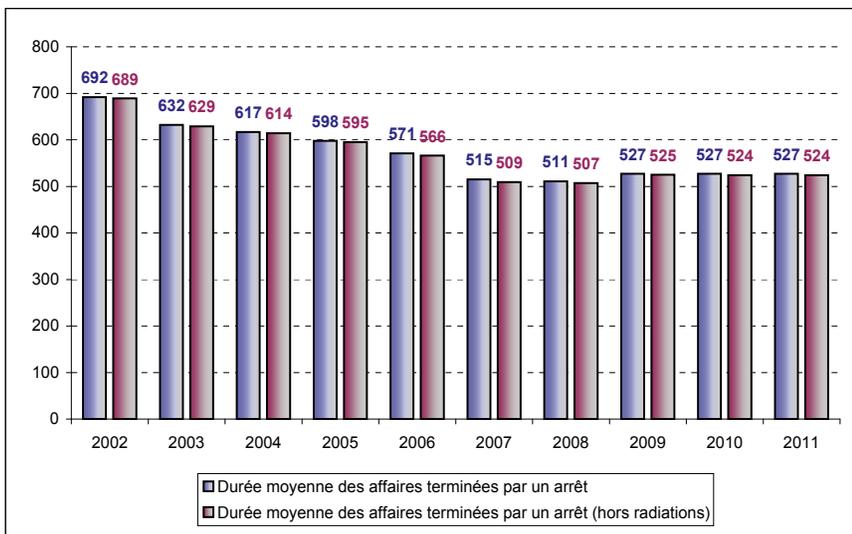


Tableau 3.14 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGÉES - CHAMBRE SOCIALE



**Tableau 3.15 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRÊT (en jours)
CHAMBRE SOCIALE**



La répartition des principales décisions de la chambre sociale (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

Cassation	52%
Rejet	32%
Non-admission	16%

**Tableau 3.16 - REPARTITION DES DOSSIERS PENAUX JUGES EN 2011
PAR CATEGORIES DE DECISIONS**

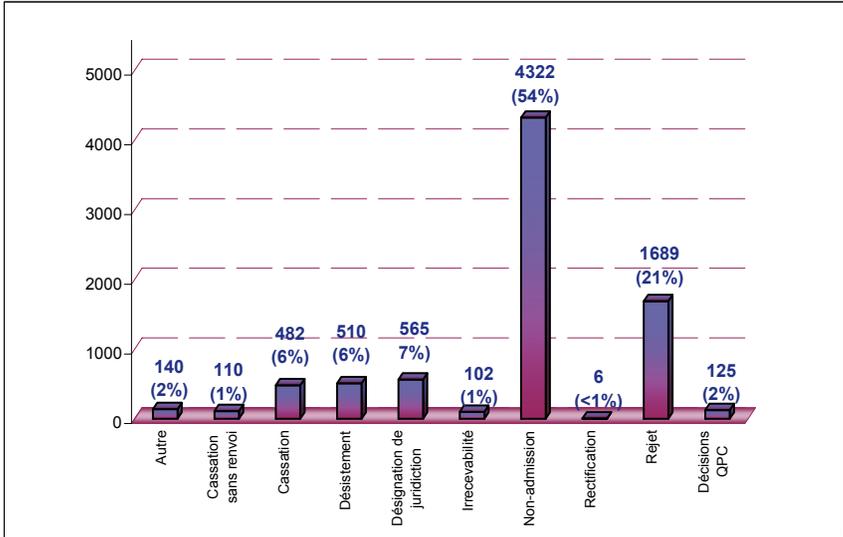


Tableau 3.17 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - CHAMBRE CRIMINELLE

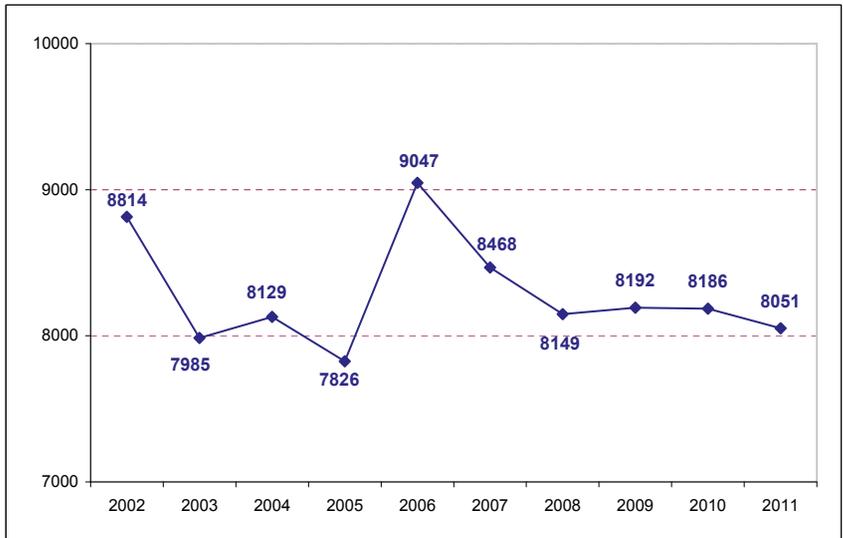
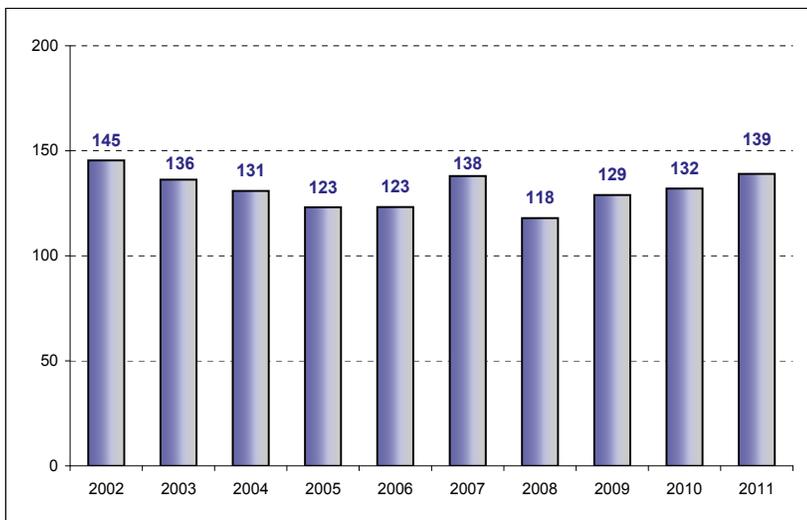


Tableau 3.18 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRE CRIMINELLE



La répartition des principales décisions de la chambre criminelle (hors désistements, rectifications et autres) se présente comme suit :

Sur l'ensemble des dossiers jugés

Cassation ou annulation	9%
Rejet	25%
Non-admission et irrecevabilité	66%

Sur dossiers jugés sur pourvois soutenus

Cassation ou annulation	19%
Rejet	45%
Non-admission et irrecevabilité	36%

**Tableau 3.19 - REPARTITION PAR FORMATIONS DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRET
CHAMBRES CIVILES**

Années	Total arrêts chambres civiles	Formation de section		Formation restreinte HORS non-admission		Formation restreinte NON-ADMISSION	
2005	18 553	3 463	18,67%	8 545	46,06%	6 545	35,28%
2006	16 992	2 801	16,48%	8 761	51,56%	5 430	31,96%
2007	14 741	2 016	13,68%	7 997	54,25%	4 728	32,07%
2008	12 986	2 220	17,10%	6 853	52,77%	3 913	30,13%
2009	13 985	1 795	12,84%	8 231	58,86%	3 959	28,31%
2010	13 796	1 827	13,24%	8 251	59,81%	3 718	26,95%
2011	15 778	1 774	11,24%	9 658	61,21%	4 346	27,54%

**Tableau 3.20 - REPARTITION PAR FORMATIONS DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRET
CHAMBRE CRIMINELLE**

Années	Total arrêts chambre criminelle	Formation de section		Formation restreinte HORS non-admission		Formation restreinte NON-ADMISSION	
2005	6 922	375	5,42%	2 751	39,74%	3 796	54,84%
2006	8 094	273	3,37%	3 018	37,29%	4 803	59,34%
2007	7 496	216	2,88%	2 884	38,47%	4 396	58,64%
2008	7 245	226	3,12%	2 365	32,64%	4 654	64,24%
2009	7 221	194	2,69%	2 873	39,79%	4 154	57,53%
2010	7 290	148	2,03%	2 896	39,73%	4 246	58,24%
2011	7 138	168	2,35%	3 088	43,26%	3 882	54,38%

**Tableau 3.21 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN ASSEMBLEE PLENIERE
CHAMBRE MIXTE ET AVIS DE LA COUR**

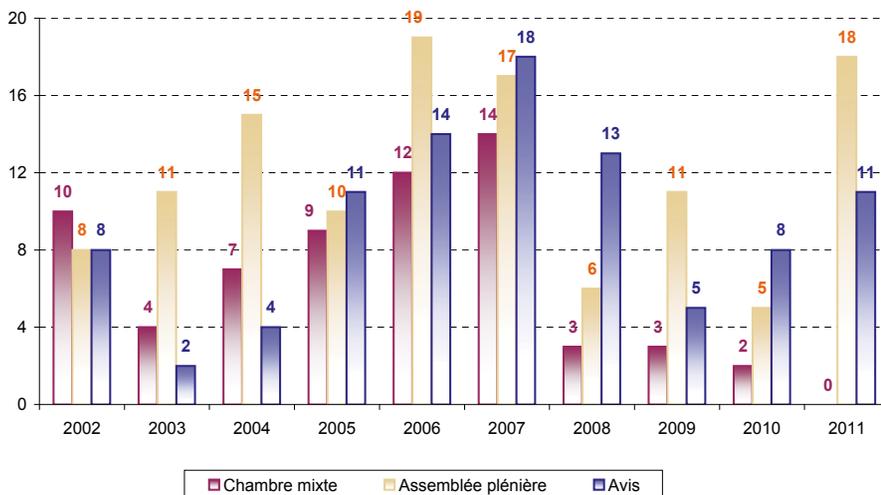
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Ass. plénière (Pourvois en matière civile)	5	8	14	7	18	14	3	7	3	14 *
Ass. plénière (Pourvois en matière pénale)	3	3	1	3	1	3	3	4	2	4
Total	8	11	15	10	19	17	6	11	5	18

* 14 pourvois en matière civile ayant fait l'objet de 12 arrêts rendus en assemblée plénière dont 4 ont un objet pénal (GAV)

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Chambre mixte	10	4	7	9	12	14	3	3	2	0

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Avis de la Cour	8	2	4	11	14	18	13	5	8	11

**Tableau 3.22 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGÉES EN ASSEMBLEE PLENIERE ET CHAMBRE MIXTE,
ET AVIS DE LA COUR**



4. Questions prioritaires de constitutionnalité

**Tableau 4.1 - REPARTITION DES QPC ENREGISTREES EN 2011
CIVIL ET PENAL**

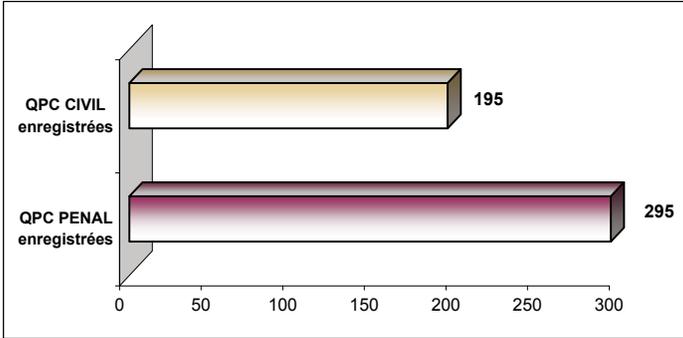


Tableau 4.2 - REPARTITION DES QPC CIVILES ENREGISTREES EN 2011

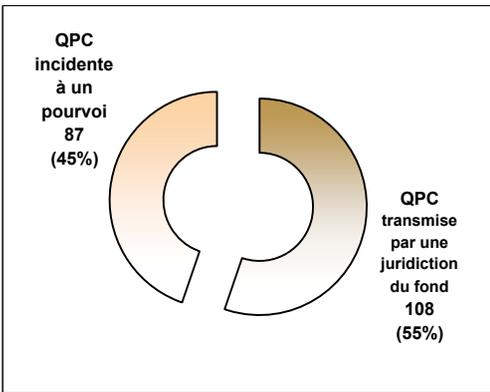
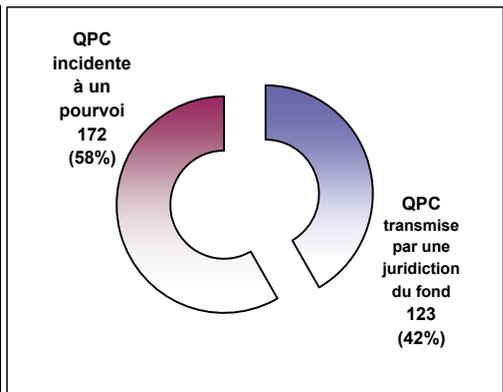
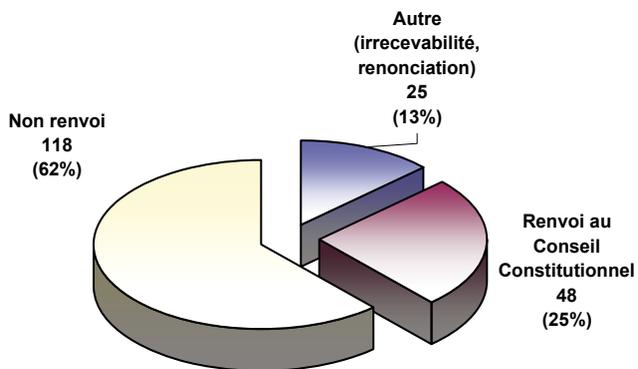


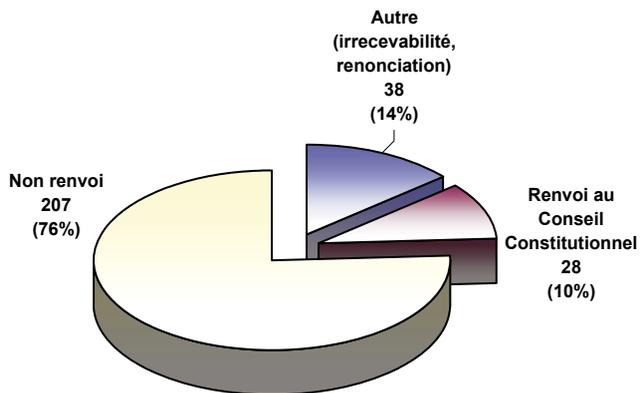
Tableau 4.3 - REPARTITION DES QPC PENALES ENREGISTREES EN 2011



**Tableau 4.4- REPARTITION DES QPC CIVILES STATUEES EN 2011
PAR CATEGORIES DE DECISIONS**



**Tableau 4.5- REPARTITION DES QPC PENALES STATUEES EN 2011
PAR CATEGORIES DE DECISIONS**



B – Commentaires et observations sur les statistiques

OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LA STATISTIQUE DE LA COUR DE CASSATION

1. L'activité globale

Les statistiques 2011 de la Cour de cassation révèlent une augmentation de l'activité (tableaux 2.0 et 1.2).

A cet égard, le cumul des affaires enregistrées s'élève à **29 866** en 2011 contre **28 579** en 2010, soit une augmentation de **4,50 %** (tableau 2.0).

De la même façon, le nombre de dossiers jugés croît, s'établissant à **29 610** en 2011, contre **28 089** en 2010, soit une nette augmentation de **5,41 %** (tableau 2.0).

Le stock des dossiers en cours de jugement connaît, lui aussi, une légère augmentation, s'établissant à **24 451** dossiers en 2011, contre **23 490** en 2010, soit une augmentation de **4,09 %** (tableau 2.0).

Pour l'année 2011, **490** questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) ont été enregistrées (tableau 4.1) contre **539** en 2010. Par ailleurs, en 2011, la Cour de cassation a statué, toutes chambres confondues, sur **464** QPC (tableaux 4.4 et 4.5).

2. L'activité de la chambre criminelle

L'activité de la chambre criminelle représente **30 %** de l'activité globale de la Cour de cassation (tableau 1.1).

En 2011, la chambre criminelle a enregistré **8 579** affaires nouvelles, contre **8 029** en 2010 (tableau 2.4).

Elle a statué dans **7 926** dossiers contre **8 083** en 2010 (**-1,9 %**) (tableau 2.4).

Le stock des affaires en cours s'élève à **3 766** au 31 décembre 2011 contre **2 862** au 31 décembre 2010 (**+31,5 %**). Cette augmentation du stock se traduit par un allongement du délai de jugement, passant de **132 jours** en 2010 à **139 jours** en 2011 (tableau 2.4).

La répartition du contentieux pénal par catégories d'affaires montre que les décisions rendues en matière correctionnelle prédominent (**58 %**) (tableau 1.6).

Sur les **7 926** dossiers jugés en 2011, la chambre criminelle a prononcé notamment **4 322** arrêts de non-admission, **1 689** décisions de rejet et **482** arrêts de cassation. Le nombre de désistements constatés est resté stable, soit **510** en 2011, contre **542** en 2010 (tableau 1.7).

Par ailleurs, la chambre criminelle a statué sur **273** QPC en 2011 (125 QPC transmises par les juridictions du fond, 148 QPC incidentes à un pourvoi) (tableau 4.5). Dans le même temps, elle a enregistré **295** QPC (123 QPC transmises par une juridiction, 172 QPC incidentes à un pourvoi) (tableau 4.3).

En 2011, **28** QPC ont été renvoyées devant le Conseil constitutionnel (soit **10 %** de l'ensemble des questions), ce qui représente, en comparaison de 2010, une sensible diminution (**99** QPC en 2010 et **42 %** des questions transmises) (tableau 4.5).

38 QPC ont donné lieu à une décision d'irrecevabilité ou de non-lieu à statuer (**14 %**) et **207** à une décision de non saisine du Conseil constitutionnel (**76 %**) (tableau 4.5).

3. L'activité des chambres civiles, sociale et commerciale

L'activité civile représente **70 %** de l'activité globale de la Cour de cassation (tableau 1.1).

L'activité des chambres civiles, de la chambre sociale et de la chambre commerciale, en 2011, est marquée par une stabilité relative. En effet, ces chambres ont enregistré, cette année, **20 882** dossiers, contre **20 306** en 2010, soit une augmentation de **2,83 %**. Dans le même temps, **21 455** dossiers ont été jugés (contre **19 832** en 2010), soit une forte augmentation de **8,18 %**. Cette régulation a porté le stock, au 31 décembre 2011, à **20 638** dossiers, en très légère augmentation au regard du stock existant au 31 décembre 2010 qui s'élevait à **20 575** dossiers (**+0,30 %**) (tableau 2.1).

Le délai de jugement d'un dossier est stable : **376** jours en 2011 contre **378** en 2010 (tableau 2.1).

En 2011, ont été constatés par les chambres civiles **3 142** désistements au terme d'une ordonnance et **198** désistements au terme d'un arrêt, chiffres comparables à ceux enregistrés en 2010 (tableau 1.4).

Les chambres ont statué sur **191** QPC en 2011 (108 QPC transmises par les juridictions du fond, 83 QPC incidentes à un pourvoi) (tableau 4.4). Dans le même temps, ont été enregistrées **195** QPC (108 QPC transmises par une juridiction du fond, 87 QPC incidentes à un pourvoi) (tableau 4.1).

48 QPC ont été renvoyées au Conseil constitutionnel (soit **25 %**). En comparaison de 2010, la proportion des procédures transmises au Conseil constitutionnel a donc doublé. Par ailleurs **25** QPC ont donné lieu à une décision d'irrecevabilité ou de non-lieu à statuer (**13 %**) et **118** à une décision de non renvoi (**62 %**) (tableau 4.4).

Les statistiques de chaque chambre sont détaillées dans les tableaux 3.1. à 3.18.

4. Les assemblées plénières et les chambres mixtes (tableau 3.21)

En 2011, le nombre des pourvois examinés par l'assemblée plénière de la Cour de cassation a sensiblement augmenté, s'élevant à **18**, contre 5 en 2010, 11 en 2009, 6 en 2008, 17 en 2007.

Aucun pourvoi n'a été examiné par les chambres mixtes de la Cour, contre 2 en 2010, 3 en 2009 et 2008 et 14 en 2007.

En 2011, **11** demandes d'avis ont été examinées par la Cour de cassation, contre 8 en 2010, 5 en 2009, 13 en 2008 et 18 en 2007.



||

Avis de la Cour

Les avis (articles L. 441-1 à L. 441-4 et R. 441-1 du code de l'organisation judiciaire)

Les avis en matière civile

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Domaine d'application – Exclusion – Cas – Question sur laquelle la Cour de cassation a déjà statué – Applicabilité de certaines dispositions législatives et réglementaires en Nouvelle-Calédonie

Avis, 10 janvier 2011, demande n° 10-00.007, Bull. 2011, Avis, n° 1, rapport de M. Lafargue et avis de M. Pagès

Lorsque la Cour de cassation a déjà statué sur une question de droit sur laquelle son avis est sollicité, il n'y a pas lieu à avis.

Tel est le cas des deuxième et quatrième questions qui ne sont pas nouvelles en considération de la jurisprudence de la Cour de cassation telle qu'exprimée dans l'arrêt de sa troisième chambre rendu le 8 avril 2010 et dont il résulte que les lois n° 75-597 du 9 juillet 1975 et n° 85-1097 du 11 octobre 1985 ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie, en vertu du principe de spécialité législative.

Par voie de conséquence, ne présentent pas de difficultés sérieuses les première et troisième questions.

Par jugement du 30 août 2010, le tribunal de première instance de Nouméa a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur la question de l'applicabilité en Nouvelle-Calédonie de divers textes relatifs au droit de la consommation et sur la possibilité pour le juge de modérer les clauses pénales.

Sous la forme de deux premières questions, il était demandé à la Cour de cassation d'émettre un avis sur l'applicabilité en Nouvelle-Calédonie des décrets n° 78-373 du 17 mars 1978 et n° 87-344 du 21 mai 1987 et des lois n° 85-1097 du 11 octobre 1985 et n° 75-597 du 9 juillet 1975 (modifiant l'article 1152 du code civil), ces textes législatifs et réglementaires devant être considérés, selon le rédacteur de la demande d'avis, comme destinés, en raison de leur objet, à régir l'ensemble du territoire de la République.

Sous la forme de deux autres questions, il était demandé à la Cour de cassation d'émettre un avis sur le point de savoir si, à défaut d'application des décrets n° 78-373 du 17 mars 1978 et n° 87-344 du 21 mai 1987 à la Nouvelle-Calédonie, les parties au contrat de location avec option d'achat pouvaient fixer librement une indemnité contractuelle libre de tout maximum réglementaire et si le renvoi, par l'article 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, à l'application de l'article 1152 du code civil devait s'entendre de l'application à la

Nouvelle-Calédonie de l'article 1152 du code civil modifié par la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 (non étendue à la Nouvelle-Calédonie).

Les deux premières questions posaient la question de la valeur et de la portée du principe de spécialité législative ; tandis que les deux dernières questions soulevaient une difficulté tenant à la mise en œuvre de ce même principe en présence de textes non systématiquement étendus, ou incomplètement étendus du fait de la non-applicabilité des dispositions nécessaires à leur mise en œuvre. En somme, le problème soulevé par les deux dernières questions était celui de l'effectivité du droit et de l'office du juge, en situation de devoir arbitrer entre, d'une part, ce qui apparaît résulter de la volonté du législateur (qui étend l'application de certains textes à l'Outre-mer mais en omettant ensuite d'étendre les dispositions nécessaires à la cohérence du tout), et, d'autre part, le respect du principe de spécialité législative (principe à valeur constitutionnelle) qui soumet l'application des textes à une mention expresse d'applicabilité.

Sur aucun de ces points la Cour de cassation n'a estimé devoir émettre d'avis, en rappelant que lorsqu'elle a déjà statué sur une question de droit sur laquelle son avis est sollicité, il n'y a pas lieu à avis, que tel était le cas pour les deuxième et quatrième questions, qui ne sont pas nouvelles en considération de sa jurisprudence telle qu'exprimée dans l'arrêt de sa troisième chambre rendu le 8 avril 2010 (pourvoi n° 08-20.525, *Bull.* 2010, III, n° 75) et dont il résulte que les lois n° 75-597 du 9 juillet 1975 et n° 85-1097 du 11 octobre 1985 ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie en vertu du principe de spécialité législative, et que, par voie de conséquence, les première et troisième questions ne présentent pas de difficulté sérieuse.

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Domaine d'application – Exclusion – Cas – Question de droit ne présentant pas de difficulté sérieuse
Avis, 31 janvier 2011, demande n° 10-00.008, Bull. 2011, Avis, n° 2, rapport de Mme Agostini et avis de M. Foerst

Ne présente pas de difficulté sérieuse permettant la saisine pour avis de la Cour de cassation la question de savoir si, à compter du 13 août 2004, date d'application de la loi n° 2004-803 transformant l'EPIC EDF en SA, EDF a le droit de mobiliser les dispositions du décret 54-50 du 16 janvier 1954 pour faire application des paragraphes 111 et 111-1 pages 4 et 5 du chapitre 621 de la circulaire PERS 70 du 10 février 1974 complétant l'annexe 3 du statut national issu du décret du 22 juin 1946 et mettre ainsi ses agents en inactivité d'office, dès lors que la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, dont l'article 24 a transformé l'établissement public industriel et commercial EDF en société à compter du 19 novembre 2004, n'a eu ni pour objet ni pour effet de mettre fin à l'application au personnel d'EDF du décret n° 54-50 du 16 janvier 1954 « portant règlement d'administration publique pour l'application au personnel d'EDF et de GDF du décret du 9 août 1953 relatif au régime de retraite des personnels de l'État et des services publics », lequel est resté en vigueur jusqu'à son abrogation par le décret n° 2008-1072 du 20 octobre 2008.

L'article 24 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières a transformé l'établissement public

industriel et commercial EDF « en société anonyme dont l'État détient plus de 70% du capital » (disposition aujourd'hui codifiée à l'article L. 111-67 du code de l'énergie). En application de son article 47, le changement de statut d'EDF est intervenu à la date du 19 novembre 2004, date de publication du décret n° 2004-1224 du 17 novembre 2004 portant statuts de la société anonyme Électricité de France.

Il a été posé à la Cour de cassation la question de savoir si, à partir du 19 novembre 2004, la société EDF a pu continuer à faire application de l'article 2 du décret n° 54-50 du 16 janvier 1954 permettant la mise à la retraite d'office de ceux de ses agents remplissant les conditions prévues pour l'obtention d'une pension d'ancienneté alors prévue par l'article 3 de l'annexe III au décret n° 46-1541 du 22 juin 1946 portant statut du personnel des industries électriques et gazières.

La Cour a considéré qu'il n'y avait pas lieu à avis, faute pour la question de présenter un caractère sérieux.

En effet, la loi du 9 août 2004 n'a eu ni pour objet ni pour effet de mettre fin à l'application du statut du personnel d'EDF, fixé par le décret du 22 juin 1946, ni à celle du décret du 16 janvier 1954 qui en est un élément. L'intention du gouvernement, auteur du projet de loi qui allait devenir la loi du 9 août 2004, était clairement de ne rien changer au statut du personnel. Selon le communiqué du conseil des ministres du 19 mai 2004, « le projet de loi n'a d'incidence ni sur le périmètre du statut des personnels des industries électriques et gazières, qui reste celui de la loi de 1946, ni sur le contenu de ce statut ». Telle était également l'analyse des parlementaires, rapporteurs du projet de loi à l'Assemblée nationale puis au Sénat. Les débats parlementaires le confirment également.

Cette intention a été consacrée par la loi qui n'a ni abrogé ni même modifié l'article 47 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, fondement du décret du 22 juin 1946. L'article 25 de la loi du 9 août 2004 (abrogé par l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011) disposait notamment que « la transformation en sociétés d'Électricité de France et de Gaz de France n'emporte ni création de personnes morales nouvelles, ni cessation d'activité. Les biens, droits, obligations, contrats et autorisations de toute nature des sociétés Électricité de France et Gaz de France, en France et hors de France, sont ceux de chacun des établissements publics au moment de la transformation de leur forme juridique. Cette transformation ne permet aucune remise en cause de ces biens, droits, obligations, contrats et autorisations [...] ». L'article 28 de cette loi (codifié désormais à l'article L. 161-6 du code de l'énergie), qui constitue la seule disposition relative aux relations de travail, prévoit en son premier alinéa qu'« un décret en Conseil d'État procède pour les entreprises dont le personnel relève du statut national du personnel des industries électriques et gazières aux adaptations prévues à l'avant-dernier alinéa de l'article L. 231-1, au dernier alinéa de l'article L. 421-1 et au quatrième alinéa de l'article L. 431-1 du code du travail dans les conditions prévues par ces articles ». Les adaptations ainsi prévues ne concernent que l'application des règles d'hygiène et sécurité, les délégués du personnel et le comité d'entreprise.

L'application des dispositions statutaires après l'entrée en vigueur de la loi n'a pas fait difficulté en doctrine. Selon Martine Long (*J.-Cl. adm.*, fasc. 153 « Gaz », mars 2007),

« le statut particulier du personnel des industries gazières et électriques a été maintenu par la loi du 9 août 2004 ».

S'agissant de la question des retraites du personnel des industries électriques et gazières, si elle est traitée par la loi du 9 août 2004, les articles 16 et 17 n'ont pas eu pour objet de modifier les règles du régime d'assurance vieillesse, invalidité, décès, résultant du statut, et notamment les règles relatives à la rupture du contrat de travail pour mise à la retraite, mais uniquement de confier le fonctionnement de ce régime à une caisse autonome de sécurité sociale. La chambre sociale l'avait d'ailleurs rappelé dans un arrêt du 23 octobre 2007 (pourvoi n° 06-43.329, *Bull.* 2007, V, n° 173).

Les dispositions de la loi comme celles des décrets des 22 janvier 2008 et 27 juin 2008 n'ont ni modifié ni abrogé le décret du 16 janvier 1954 qui est donc resté applicable jusqu'à son abrogation. La chambre sociale a continué de faire application de ce texte, qui n'était pas discutée, à l'occasion de contentieux concernant des situations postérieures au 19 novembre 2004.

Le décret du 16 janvier 1954 a été abrogé à compter du 23 octobre 2008 par le décret n° 2008-1072 du 20 octobre 2008 (*JO* du 22 octobre 2008) qui n'a eu que ce seul objet.

Cette abrogation, et elle seule, a ainsi mis fin à la possibilité pour EDF de mettre ses agents à la retraite d'office.

Officiers publics ou ministériels – Huissier de justice – Tarif – Débours tarifés – Actes et formalités relatifs à la procédure d'expulsion motivée par l'existence d'une dette locative – Coefficient multiplicateur – Application – Conditions – Détermination – Portée

Avis, 7 mars 2011, demande n° 10-00.010, Bull. 2011, Avis, n° 3, rapport de M. Sommer et avis de M. Marotte

Parmi les actes et formalités relatifs à la procédure d'expulsion motivée par l'existence d'une dette locative, seuls ceux qui ont également pour finalité le recouvrement de la dette tels le commandement de payer visant la clause résolutoire ou l'assignation aux fins de résiliation du bail ou la notification au représentant de l'État de cet acte, peuvent se voir appliquer le coefficient multiplicateur de l'article 7 du décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996 portant fixation du tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale.

Officiers publics ou ministériels – Huissier de justice – Tarif – Débours tarifés – Formalité n° 24 du tableau II annexé au décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996 due au titre de l'information donnée au représentant de l'État – Recouvrement – Modalités – Portée

Même avis

L'article 24 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 n'ayant ni pour objet ni pour effet de fixer la rémunération des huissiers de justice, l'huissier de justice peut recouvrer contre le locataire la rémunération de la formalité n° 24 du tableau II annexé au décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996 portant fixation du tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale, due au titre de l'information donnée au représentant de l'État.

Le décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996 portant fixation du tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale encadre et délimite les conditions de rémunération de ces professionnels. Le texte, qui institue une réglementation d'ordre public, prévoit que la rémunération de l'huissier de justice comprend trois éléments principaux, le droit fixe, le droit proportionnel et le droit d'engagement des poursuites. Le droit fixe est exprimé en taux de base, lequel est actuellement de 2,20 euros. Les tableaux I et II annexés au décret fixent le nombre de taux de base pour chaque acte, requête, formalité ou diligence. L'article 7 du décret instaure un coefficient multiplicateur du droit fixe lorsque les actes, formalités ou requêtes sont relatifs à une obligation pécuniaire déterminée.

À l'occasion d'une saisie des rémunérations, un huissier de justice, qui avait pratiqué la saisie pour le compte d'un bailleur sur le fondement d'une ordonnance de référé ayant ordonné une expulsion et condamné le locataire au paiement d'une certaine somme au titre des loyers impayés et de l'indemnité d'occupation, a présenté un état de frais comprenant des actes et formalités relatifs à la procédure d'expulsion.

Le juge d'instance d'Orléans, juge de la saisie des rémunérations, s'est alors interrogé sur les sommes mises en compte dans l'état de frais et a soumis à la Cour de cassation deux questions. La première portait sur le point de savoir si le coefficient multiplicateur de l'article 7 du tarif pouvait être appliqué aux actes et formalités relatifs à la procédure d'expulsion à la suite d'impayés. La seconde question était relative à la tarification de l'acte de notification au préfet de l'assignation aux fins d'expulsion, pour lequel le tarif accorde à l'huissier de justice 14 taux de base, tandis que l'article 24 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, qui concerne la résiliation du bail d'habitation, précise que cette formalité est réalisée par l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

La Cour de cassation a, le 7 mars 2011, émis l'avis que, parmi les actes et formalités relatifs à la procédure d'expulsion motivée par l'existence d'une dette locative, seuls ceux qui ont également pour finalité le recouvrement de la dette, tels le commandement de payer visant la clause résolutoire ou l'assignation aux fins de résiliation du bail ou encore la notification au représentant de l'État de cet acte, peuvent se voir appliquer le coefficient multiplicateur de l'article 7 du décret tarifaire. S'agissant de la seconde question, la formation pour avis a rappelé que l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989 n'avait ni pour objet ni pour effet de fixer la rémunération de l'huissier de justice, de sorte que celui-ci peut recouvrer contre le locataire la rémunération de la formalité n° 24 du tableau II annexé au décret du 12 décembre 1996, due au titre de l'information donnée au représentant de l'État.

Seuls donc les actes relatifs à la procédure d'expulsion qui tendent aussi au recouvrement d'un impayé sont éligibles au coefficient multiplicateur de l'article 7 du décret du 12 décembre 1996, à l'exclusion par exemple du procès-verbal d'expulsion ou de la réquisition de concours de la force publique.

La réponse apportée à la seconde question permet de prévenir un contresens auquel pourrait conduire une lecture rapide de la dernière phrase de l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989.

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Domaine d’application – Exclusion – Cas – Question dont la réponse découle de la solution apportée par un pourvoi en cours – Applications diverses – Régime des heures de délégation des représentants du personnel maître de l’enseignement privé sous contrat

Avis, 4 avril 2011, demande n° 11-00.002, Bull. 2011, Avis, n° 4, rapport de Mme Pécaut-Rivolier et avis de M. Legoux

Il n’y a pas lieu à avis dès lors que les réponses aux questions découlent de la solution qui sera apportée à un pourvoi dans une instance en cours opposant les mêmes parties.

Par jugement du 16 décembre 2010, le conseil de prud’hommes de Perpignan a sollicité l’avis de la Cour de cassation sur les questions suivantes :

« 1. Alors que la loi et la Cour de cassation reconnaissent que le maître agent public de l’État n’a pas qualité de salarié de l’établissement, quelle est la qualification des sommes versées au titre du paiement des heures de délégation par les établissements scolaires, s’agit-il de salaire ou d’indemnités ?

2. Qui de l’État, employeur du maître agent public, ou de l’établissement scolaire, doit établir la fiche relative aux heures de délégation qui doit être annexée au bulletin de paie établi par l’État, étant rappelé que l’employeur exclusif du maître agent public est l’État ?

3. Sur la base du traitement versé par l’État au maître agent public, quelle est l’assiette de calcul à prendre en considération pour procéder au paiement des heures de délégation ?

4. Si les sommes versées au maître agent public au titre des heures de délégation ont le caractère de salaires, quelle est l’assiette de calcul des cotisations sociales à retenir ?

5. Les heures de délégation du maître agent public doivent-elles pour leur paiement par l’établissement, faire l’objet d’une majoration au titre du régime des heures supplémentaires alors même que l’établissement ne rémunère pas à l’enseignant une activité donnant lieu à rémunération au taux normal ?

6. Dans l’affirmative, quel serait le taux applicable (taux pratiqué par l’État ou taux prévu par le code du travail) ?

7. Si le régime des heures supplémentaires est applicable aux heures de délégation effectuées par le maître agent public, ce dernier peut-il prétendre à un repos compensateur au titre de ces heures de délégation et qui de l’État ou de l’établissement scolaire doit le prendre en charge ?

8. Si les sommes versées au maître agent public au titre des heures de délégation ont le caractère de salaire, le maître agent public peut-il bénéficier de congés payés et dans l’affirmative, sur quelle base de calcul et à quel taux ces congés payés doivent-ils être déterminés ?

9. Le maître agent public peut-il prétendre au paiement d’heures de délégation effectuées pendant les périodes où il n’exerce pas d’heures de présence devant les élèves, tout en étant rémunéré par l’État ? »

Cette demande d’avis s’inscrivait manifestement dans le cadre d’un désaccord sur la mise en œuvre pratique d’une jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, faisant suite à l’entrée en vigueur de la loi n° 5-2005 du 5 juillet 2005 relative au statut des

maîtres contractuels de l'enseignement privé sous contrat. Aux termes de cette loi, les maîtres contractuels de l'enseignement privé sont désormais des agents publics. Toutefois, pour préserver les droits relatifs à la représentation du personnel, les articles L. 442-5 du code de l'éducation et L. 813-8 du code rural et de la pêche maritime prévoient désormais que :

« Nonobstant l'absence de contrat de travail avec l'établissement, les personnels enseignants mentionnés à l'alinéa précédent sont, pour l'application des articles L. 2141-11, L. 2312-8, L. 2322-6, L. 4611-1 à L. 4611-4 et L. 4611-6 du code du travail, pris en compte dans le calcul des effectifs de l'établissement, tel que prévu à l'article L. 1111-2 du même code. Ils sont électeurs et éligibles pour les élections des délégués du personnel et les élections au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et au comité d'entreprise. Ils bénéficient de ces institutions dans les conditions prévues par le code du travail [...] » (l'article du code rural n'ayant pas intégré la nouvelle numérotation du code du travail).

La chambre sociale, faisant application du nouveau texte, a dit que les heures de délégation des maîtres contractuels de l'enseignement privé sous contrat étaient désormais à la charge de l'État, sauf lorsque ces heures sont effectuées en sus du temps de travail. En effet, l'employeur doit prendre en charge « le paiement des heures de délégation accomplies [par X... enseignant comme maître contractuel, délégué du personnel et délégué syndical] en dehors de son temps de travail, pour l'exercice de ses mandats dans l'intérêt de la communauté de travail constituée par l'ensemble du personnel de l'établissement » (Soc., 18 novembre 2008, pourvoi n° 07-42.921, *Bull.* 2008, V, n° 228).

Puis, dans deux arrêts ultérieurs, l'un du 31 mars 2009 (pourvoi n° 08-40.408, *Bull.* 2009, V, n° 101), l'autre du 13 octobre 2010 (pourvoi n° 09-67.198, *Bull.* 2009, V, n° 229), la chambre sociale a statué encore plus précisément sur la prise en charge des heures de délégation en ces termes :

« Le paiement des heures de délégation des maîtres des établissements d'enseignement privé sous contrat [d'association avec l'État] prises en dehors de leur temps de travail incombe à l'établissement au sein duquel ils exercent les mandats prévus par le code du travail dans l'intérêt de la communauté constituée par l'ensemble du personnel de l'établissement. »

Dans ces conditions, la demande d'avis, qui visait exclusivement, sous couvert de questions relatives à la mise en œuvre de cette jurisprudence, à en contester le bien-fondé – alors qu'était en cours dans le même temps un pourvoi opposant les mêmes parties, sur cette même question (Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-14.121, *Bull.* 2011, V, n° 118) –, n'était pas recevable.

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Domaine d'application – Exclusion – Cas – Question sur laquelle la Cour de cassation a déjà statué – Formalité de la légalisation des actes publics étrangers destinés à être produits en France

Avis, 4 avril 2011, demande n° 11-00.001, Bull. 2011, Avis, n° 5, rapport de Mme Vassallo et avis de Mme Falletti

Lorsque la Cour de cassation a déjà statué sur une question de droit sur laquelle son avis est sollicité, il n'y a pas lieu à avis.

Tel est le cas de la question qui n'est pas nouvelle, la Cour de cassation ayant déjà statué par deux arrêts de la première chambre civile du 4 juin 2009 (pourvois n° 08-10.962 et n° 08-13.541, Bull. 2009, I, n° 115 et 116) dont il résulte que, malgré l'abrogation de l'ordonnance de la marine d'août 1681, la formalité de la légalisation des actes de l'état civil établis par une autorité étrangère et destinés à être produits en France demeure, selon la coutume internationale et sauf convention contraire, obligatoire pour y recevoir effet.

La Cour de cassation a été saisie, par jugement du 6 janvier 2011 du tribunal de grande instance de Lille, d'une demande d'avis ainsi libellée :

« Sollicite l'avis de la Cour de cassation sur les effets et la valeur probante devant les juridictions françaises d'un consentement par acte authentique non légalisé, donné à Haïti par les parents biologiques haïtiens en vue de l'adoption plénière de leur enfant en France. »

La question, qui s'inscrit dans le contexte très spécifique des adoptions internationales réalisées en Haïti, pose la question plus générale de la valeur probante d'un acte authentique non légalisé émanant d'un pays qui n'est lié à la France par aucun dispositif conventionnel et qui, par suite, est soumis à une exigence de légalisation.

Haïti ne connaissant, en 2011, qu'une forme d'adoption simple, les juridictions locales ne pouvaient, en conséquence, prononcer qu'une adoption simple. Toutefois, les familles adoptantes, dans la perspective d'une possible conversion de cette adoption simple en adoption plénière de droit français sur le fondement de l'article 370-5 de notre code civil qui dispose *in fine* que l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger « peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause », sollicitaient les parents de naissance pour obtenir, devant notaire, souvent après le prononcé de la décision d'adoption, un second consentement à l'adoption plénière de leur enfant. C'est la légalisation de ce document qui a posé difficulté, les autorités haïtiennes se refusant à le légaliser, tout comme les autorités consulaires françaises.

La question posée était donc celle de savoir si un tel document, non légalisé, pouvait produire des effets en France, étant précisé que le pays dont il émanait n'était signataire, ni de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de légalisation des actes publics étrangers, ni d'une convention bilatérale de dispense de légalisation.

Le fondement du principe de légalisation est ancien puisqu'il ressort d'une ordonnance royale d'août 1681 qui disposait que « tous actes expédiés dans les pays étrangers où il y aura des consuls ne feront aucune foi, s'ils ne sont pas par eux légalisés ». Ce texte a toutefois été expressément abrogé par une ordonnance de codification n° 2006-460 du 21 avril 2006. La Cour a déjà statué, après cette abrogation, sur le maintien de l'exigence de légalisation, qu'elle a fondée sur la coutume internationale.

Aussi, la Cour de cassation a répondu à cette demande d'avis que la question n'était pas nouvelle, la première chambre ayant déjà statué par deux arrêts du 4 juin 2009 (1^{re} Civ. 4 juin 2009, pourvoi n° 08-10.962, Bull. 2009, I, n° 115 ; pourvoi n° 08-13.541, n° 116) dont il résulte que, malgré l'abrogation de l'ordonnance de la marine d'août 1681, la formalité de la légalisation des actes de l'état civil établis par une autorité étrangère et destinés à être produits en France demeure, selon la coutume internationale et sauf convention contraire, obligatoire, pour y recevoir effet.

Compétence – Compétence territoriale – Règles particulières – Litige intéressant un magistrat ou un auxiliaire de justice – Demande de renvoi devant une juridiction située dans un ressort limitrophe – Procédure de règlement des différends entre avocats à l’occasion de leur exercice professionnel – Application – Défaut

Avis, 23 mai 2011, demande n° 11-00.003, Bull. 2011, Avis, n° 6, rapport de M. Vasseur et avis de M. Sarcelet

La procédure spéciale de règlement des différends entre avocats à l’occasion de leur exercice professionnel, instituée aux articles 21 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et 179-1 à 179-7 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, échappe par nature aux dispositions de l’article 47 du code de procédure civile.

Par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d’allègement des procédures, le législateur a récemment accru les pouvoirs des bâtonniers, qui représentent les différents barreaux et président pour chacun d’eux le conseil de l’ordre des avocats.

Chaque bâtonnier avait déjà compétence pour fixer les honoraires dus à l’avocat par son client, sa décision étant rendue à charge de recours devant le premier président de la cour d’appel, ainsi que pour trancher tout litige né à l’occasion d’un contrat de travail entre un avocat employeur et un avocat salarié ou à l’occasion d’un contrat de collaboration libérale, la décision pouvant en la matière être frappée d’appel devant la cour d’appel.

La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 précitée est venue compléter l’article 21 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques afin de confier au bâtonnier la mission d’arbitrer les différends entre avocats à l’occasion de leur exercice professionnel.

L’article 179-1 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d’avocat, créé par décret n° 2009-1544 du 11 décembre 2009 d’application de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 précitée, précise désormais qu’« en cas de différend entre avocats à l’occasion de leur exercice professionnel et à défaut de conciliation, le bâtonnier du barreau auprès duquel les avocats intéressés sont inscrits est saisi par l’une ou l’autre des parties ». « Lorsque le différend oppose des avocats de barreaux différents, le bâtonnier saisi par un membre de son barreau transmet sans délai l’acte de saisine au bâtonnier du barreau auquel appartient l’avocat défendeur. Les bâtonniers disposent d’un délai de quinze jours pour s’entendre sur la désignation du bâtonnier d’un barreau tiers. À défaut de s’être entendus dans ce délai sur cette désignation, le bâtonnier du demandeur saisit le président du Conseil national des barreaux qui désigne le bâtonnier d’un barreau tiers. En cas de pluralité de défendeurs appartenant à des barreaux différents, le bâtonnier initialement saisi demande au président du Conseil national des barreaux de désigner le bâtonnier d’un barreau tiers » (article 179-2).

Par ailleurs, l’article 47 du code de procédure civile permet de porter le litige auquel un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie devant une juridiction limitrophe de celle dans le ressort de laquelle il exerce ses fonctions. Au premier rang des personnes visées par cette disposition figurent les avocats dont la loi régissant le statut mentionne expressément la qualité d’auxiliaire de justice.

Ce privilège de juridiction, qui permet aux avocats d'éviter de soumettre aux juges devant lesquels ils plaident le plus fréquemment les litiges qui leur sont personnels dans un double souci de discrétion et de garantie de l'impartialité des magistrats, peut être invoqué par toutes les parties au litige, indépendamment de leur position procédurale respective, et sans que le juge ne puisse refuser le renvoi lorsque les conditions en sont réunies.

La question s'est posée de savoir si le privilège de juridiction pouvait être invoqué en cas de recours formé contre la décision d'un bâtonnier rendue en application de ce nouveau pouvoir d'arbitrage.

La chambre commerciale considère que l'article 47 du code de procédure civile peut être invoqué dans le cadre de la procédure collective d'un avocat (Com., 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-20.801, *Bull.* 2008, IV, n° 177 ; Com., 12 octobre 2010, pourvoi n° 09-16.743).

En revanche, la mise en œuvre de cette disposition est exclue dans le cadre des procédures disciplinaires concernant les avocats (1^{re} Civ., 12 février 1991, pourvoi n° 89-16.142, *Bull.* 1991, I, n° 60), pour les procédures d'omission du tableau (1^{re} Civ., 18 janvier 2005, pourvoi n° 03-11.740) ou en matière de contestation d'honoraires (1^{re} Civ., 9 octobre 2001, pourvoi n° 99-11.897, *Bull.* 2001, I, n° 247).

Dans la ligne de cette jurisprudence, la Cour de cassation a estimé, dans son présent avis émis le 23 mai 2011, que la procédure spéciale de règlement des différends entre avocats à l'occasion de leur exercice professionnel, instituée aux articles 21 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et 179-1 à 179-7 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, échappe par nature aux dispositions de l'article 47 du code de procédure civile.

Majeur protégé – Procédure – Ouverture d'une mesure de protection judiciaire – Requête – Instruction – Désistement – Portée

Avis, 20 juin 2011, demande n° 11-00.004, Bull. 2011, Avis, n° 7, rapport de Mme Capitaine et avis de M. Mellottée

Dans une procédure aux fins d'ouverture d'une mesure de protection en cours d'instruction devant le juge des tutelles et dès lors qu'aucune décision prononçant une telle mesure n'a encore été prise, le désistement d'instance émanant du requérant met fin à l'instance en application de l'article 394 du code de procédure civile.

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Domaine d'application – Exclusion – Cas – Question sans objet

Même avis

Lorsque la question sur laquelle l'avis de la Cour de cassation est sollicité est sans objet, il n'y a pas lieu à avis.

La Cour de cassation a été saisie, par jugement du 25 mars 2011 du juge des tutelles du tribunal d'instance de Courbevoie, d'une demande d'avis ainsi libellée :

« 1° Le désistement d'instance émanant du requérant accepté, le cas échéant, par la personne à protéger, entraîne-t-il de plein droit l'extinction de la procédure en cours devant le juge des tutelles aux fins d'ouverture d'une mesure de protection ?

2° En cas de conclusion d'un mandat de protection future au cours de la procédure d'instruction d'une demande de mise sous protection, le juge des tutelles peut-il écarter l'application du principe de subsidiarité énoncé par l'article 428, alinéa 1^{er}, du code civil lorsqu'il ressort des éléments du dossier, d'une part que le mandant présentait à la date de signature du mandat une altération des facultés mentales qui serait de nature à justifier l'instauration d'une mesure de tutelle et, d'autre part, que postérieurement à la signature et à la mise en œuvre du mandat, le mandant n'a pas exprimé la volonté d'être représenté dans la gestion de ses affaires et n'est pas en mesure de s'exprimer sur les modalités de gestion prévues par le mandat de protection future ? »

La première question posée concernait la portée du désistement d'instance en matière tutélaire au regard de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, qui a notamment supprimé la possibilité pour le juge des tutelles de se saisir d'office.

En effet, l'article 394 du code de procédure civile, en vigueur depuis 1976, précise que le désistement est possible *en toute matière* et traduit le principe directeur du procès énoncé à l'article 1^{er} du code de procédure civile.

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 pour l'essentiel de ses dispositions, confortant les principes fondamentaux du droit des régimes de protection juridique en rééquilibrant les rôles des différents intervenants. Notamment, l'article 430 du code civil a délimité les conditions de saisine du juge des tutelles qui ne peut plus être saisi que par les proches de la personne à protéger ou par le ministère public. Si la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs avait confié au juge des tutelles un rôle essentiel dans la protection des majeurs, l'une des idées-forces de la loi nouvelle, illustrée par l'article 415 du code civil, a été de replacer la personne vulnérable au centre du dispositif de protection et de renforcer les principes mentionnés à l'article 428 du code civil, nécessité, subsidiarité, proportionnalité et individualisation de la mesure de protection.

En supprimant la saisine d'office du juge des tutelles et en donnant au procureur de la République un rôle de filtre des signalements des tiers et la possibilité de saisir le juge des tutelles, le législateur s'est conformé aux principes affirmés par la Cour européenne des droits de l'homme et a rapproché la procédure tutélaire de la procédure civile de droit commun, même si certaines spécificités demeurent, notamment liées au fait que la protection des majeurs a pour finalité l'intérêt de la personne protégée.

Cependant, ces spécificités n'interviennent que dans le cadre d'une mesure de protection ordonnée par le juge, car si pendant la phase d'instruction, le juge des tutelles peut ordonner d'office des mesures d'instruction, ces mesures ne concourent qu'à la mise en état du dossier et visent à lui permettre d'apprécier si une mesure de protection est nécessaire. Il n'y a pas de spécificité à ce stade alors que, dès qu'une mesure de protection, même provisoire, a été instaurée par le juge, il doit « terminer » la mesure par une autre décision, soit la mainlevée, soit une mesure de protection dont il fixe la durée.

Dans la présente espèce, le juge des tutelles avait déclaré recevable la requête mais n'avait pris aucune mesure de protection, telle une mesure de sauvegarde de justice, pendant

l'instruction du dossier. La Cour de cassation a considéré que le désistement d'instance s'imposait alors au juge des tutelles comme pour toute instance de droit commun.

Dès lors, elle a considéré que la seconde question était devenue sans objet et qu'il n'y avait pas lieu à avis.

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Domaine d'application – Exclusion – Cas – Question ne répondant pas à l'exigence d'être de pur droit et dégagee des éléments de fait de l'espèce

Avis, 5 décembre 2011, demande n° 11-00.006, Bull. 2011, Avis, n° 8, rapport de Mme Nicolle et avis de M. Mucchielli

Lorsque la question sur laquelle l'avis de la Cour de cassation est sollicité ne répond pas à l'exigence d'être de pur droit et dégagee des éléments de fait de l'espèce, il n'y a pas lieu à avis.

Saisie par le conseil de prud'hommes de Lille d'une demande d'avis portant, d'une part sur la recevabilité de la tierce opposition formée par un syndicat professionnel, question mélangée de fait et de droit pour relever du pouvoir souverain du juge du fond à apprécier l'intérêt à agir du tiers opposant, d'autre part sur la recevabilité des demandes nouvelles formées par le salarié défendeur à la tierce opposition, question subordonnée à l'appréciation de l'indivisibilité du litige et de ses effets sur la tierce opposition, la Cour de cassation, en disant n'y avoir lieu à avis, a rappelé que pour relever d'une demande d'avis, les questions formulées doivent être de pur droit et dégagees des éléments de fait de l'espèce.

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Domaine d'application – Exclusion – Cas – Question ne répondant pas à l'exigence d'être de pur droit et dégagee des éléments de fait de l'espèce

Avis, 12 décembre 2011, demande n° 11-00.007, Bull. 2011, Avis, n° 9, rapport de Mme Renault-Malignac et avis de M. Mucchielli

Lorsque la question sur laquelle l'avis de la Cour de cassation est sollicité ne répond pas à l'exigence d'être de pur droit et dégagee des éléments de fait de l'espèce, il n'y a pas lieu à avis.

À l'occasion d'un recours formé devant un premier président de cour d'appel en matière de contestation d'honoraires d'avocat, l'avis de la Cour de cassation a été sollicité sur la question suivante :

« Recevabilité d'un appel en matière de représentation non obligatoire régularisé par lettre recommandée avec accusé de réception électronique revêtu d'une signature numérique; acte sur lequel le domicile de l'appelant n'apparaît pas, M. X..., militaire expatrié, indiquant les coordonnées d'une boîte postale des armées et une adresse à Orry-la-Ville sur une deuxième page du courrier adressé au premier président de la cour d'appel d'Amiens. »

La question portait sur la compatibilité de l'usage d'une lettre recommandée électronique pour former un recours avec les dispositions de l'article 176 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 et, d'une manière plus générale, avec celles de l'article 932 du code de procédure civile qui prévoit dans les matières sans représentation obligatoire la forme de l'appel, dans un contexte de dématérialisation du procès civil résultant des articles 748-1 et suivants du code de procédure civile relatifs à la communication par voie électronique.

Toutefois, par sa rédaction, mêlant la question de la recevabilité du recours avec celle de la valeur et de la portée d'éléments de fait du dossier sur la signature et le domicile de l'auteur du recours, elle impliquait une appréciation incompatible avec les dispositions de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire qui dispose qu'« avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation ».

Aussi, rappelant une nouvelle fois le domaine d'application de la procédure de saisine pour avis, la formation pour avis a, dans son avis émis le 12 décembre 2011, retenu que telle qu'elle était formulée, la question ne répondait pas à l'exigence d'être de pur droit et dégagée des éléments de fait de l'espèce et a dit qu'il n'y avait pas lieu à avis.

Les avis en matière pénale

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Domaine d'application – Exclusion – Cas – Question de droit ne présentant pas de difficulté sérieuse
Avis, 7 février 2011, demande n° 10-00.009, Bull. crim. 2011, Avis, n° 1, rapport de Mme Lazerges et avis de M. Lucazeau

Ne présentent pas de difficulté sérieuse permettant la saisine pour avis de la Cour de cassation les questions de savoir, d'une part, si le tribunal correctionnel est compétent sur le fondement de l'article 710, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale pour statuer sur une requête d'un condamné concernant le refus par le ministère public de ramener à exécution une décision devenue définitive ayant illégalement ordonné une confusion de peines, et, d'autre part, si cette décision illégale, favorable au condamné, doit être mise à exécution, dès lors que, en premier lieu, tous les incidents contentieux relatifs à l'exécution des sentences pénales pour lesquels aucune autre procédure n'est prévue par la loi, tels que la contestation du refus du ministère public de mettre à exécution une décision définitive ayant ordonné une confusion de peines, relèvent des articles 710 à 712 du code de procédure pénale, et que, en second lieu, le principe de l'autorité qui s'attache à la chose jugée même de manière erronée s'oppose à ce qu'une décision de justice devenue définitive soit remise en cause.

La Cour de cassation a été saisie d'une demande d'avis ainsi libellée :

« Le tribunal correctionnel est-il compétent sur le fondement de l'article 710, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale pour statuer sur une requête d'un condamné concernant le refus par le ministère public de ramener à exécution une décision devenue définitive ayant illégalement ordonné une confusion de peines ? En cas de réponse positive, cette décision illégale, favorable au condamné, doit-elle être mise à exécution ? »

Cette demande d'avis comprenait deux questions. La première concernait l'étendue de la compétence des juridictions pénales pour statuer, selon la procédure des articles 710 à 712 du code de procédure pénale, sur un incident contentieux relatif à l'exécution. La seconde était relative à la portée du principe de l'autorité de la chose jugée.

La Cour de cassation a considéré que la première question ne présentait pas de difficulté sérieuse, dès lors que tous les incidents contentieux relatifs à l'exécution des sentences pénales pour lesquels aucune autre procédure n'est prévue par la loi, tels que la contestation du refus du ministère public de mettre à exécution une décision définitive ayant ordonné une confusion de peines, relèvent des articles 710 à 712 du code de procédure pénale.

Il convient de rappeler, à cet égard, que le ministère public est chargé de la mise à exécution des décisions pénales (articles 32, 707-1, 708 et 709 du code de procédure pénale), mais qu'en instituant la procédure des articles 710 à 712 du code de procédure pénale, le législateur a précisément ouvert un recours au condamné qui entend contester une décision du ministère public en matière d'exécution des peines. L'article 710 du code de procédure pénale dispose, en effet, que « tous incidents contentieux relatifs à l'exécution sont portés devant le tribunal ou la cour qui a prononcé la sentence ». La formule ne peut pas être plus large. La chambre criminelle de la Cour de cassation a d'ailleurs donné à l'article 710 du code de procédure pénale le domaine le plus large, qualifiant ces dispositions de « dispositions générales » (Crim., 9 mai 1994, pourvoi n° 92-83.092, *Bull. crim.* 1994, n° 175). L'ensemble des questions relatives à la durée de la peine qui ne ressortent pas de la compétence du juge de l'application des peines et pour lesquelles aucune procédure spécifique n'est prévue entrent dans le domaine de l'article 710 du code de procédure pénale. C'est ainsi que la contestation portant sur le calcul du crédit de réduction de peine effectué par le greffe de l'établissement pénitentiaire, sous le contrôle du ministère public, entre dans le domaine de l'article 710 du code de procédure pénale (voir notamment Avis, 3 avril 2006, demande n° 06-00.001, *Bull. crim.* 2006, Avis, n° 1). De même, les contestations relatives à l'interprétation des décrets de grâces collectives relèvent du domaine de l'article 710 du code de procédure pénale (voir notamment Crim., 20 juin 2001, pourvoi n° 01-81.313, *Bull. crim.* 2001, n° 155; Crim., 11 septembre 2002, pourvoi n° 02-80.572, *Bull. crim.* 2002, n° 163; Crim., 28 septembre 2005, pourvoi n° 04-85.885; Crim., 31 octobre 2006, pourvoi n° 05-85.074, *Bull. crim.* 2006, n° 271).

En l'espèce, le ministère public avait refusé de mettre à exécution une décision définitive du tribunal correctionnel qui avait ordonné la confusion de deux peines, au motif que cette décision était illégale.

Aucune autre procédure que celle prévue par les articles 710 à 712 du code de procédure pénale n'offrait de recours contre une telle décision. Dans ces conditions, la contestation du refus par un représentant du ministère public de mettre à exécution une décision définitive ayant ordonné une confusion de peines constituait « un incident contentieux relatif à l'exécution [...] » entrant dans le domaine de l'article 710 du code de procédure pénale.

La question ne présentait pas de difficulté sérieuse, au sens de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, dès lors qu'elle ne pouvait pas donner lieu à des interprétations différentes d'égal pertinence.

La Cour de cassation a considéré, par ailleurs, que la seconde question dont elle était saisie ne présentait pas non plus de difficulté sérieuse, dès lors que le principe de l'autorité qui s'attache à la chose jugée, même de manière erronée, s'oppose à ce qu'une décision de justice devenue définitive soit remise en cause.

La chambre criminelle a eu l'occasion de juger à plusieurs reprises que « le principe de l'autorité qui s'attache à la chose jugée, fût-ce de manière erronée, s'oppose à ce qu'une décision de justice devenue définitive soit remise en cause » (voir notamment Crim., 28 septembre 2010, pourvoi n° 10-80.530, *Bull. crim.* 2010, n° 143). Il se déduit de cette jurisprudence que le ministère public doit mettre à exécution une décision définitive favorable au condamné quand bien même il la jugerait erronée en droit. Le seul recours dont il dispose à l'encontre d'une décision définitive comprenant des irrégularités est de saisir la direction des affaires criminelles et des grâces afin qu'un pourvoi dans l'intérêt de la loi soit formé sur le fondement de l'article 620 du code de procédure pénale, étant observé qu'un tel pourvoi peut, dans certains cas, profiter au condamné, mais ne peut jamais lui nuire.

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Domaine d'application – Exclusion – Cas – Question mélangée de fait et de droit ne présentant pas de difficulté sérieuse

Avis, 13 octobre 2011, demande n° 11-00.005, Bull. crim. 2011, Avis, n° 2, rapport de M. Foulquié et avis de M. Lacan

Est mélangée de fait et de droit et ne présente pas de difficulté sérieuse la question ainsi libellée : « La personne munie d'une procuration, telle que prévue au deuxième alinéa de l'article 544 du code de procédure pénale :

- a-t-elle qualité pour représenter régulièrement devant la juridiction de proximité un contrevenant poursuivi pour une infraction punissable d'une seule peine d'amende ;*
- lorsqu'elle se présente comme une personne physique – dépourvue de la qualité d'avocat – sans faire explicitement état de sa fonction de dirigeant d'une SAS ayant pour fonds de commerce « le conseil juridique » ;*
- alors même que l'adresse sociale dudit fonds apparaît dans la demande écrite du prévenu aux fins d'obtention de la copie des pièces de procédure ;*
- et ce sachant qu'elle intervient comme mandataire dans près de cinq cents dossiers portant sur le contentieux des contraventions de stationnement actuellement en instance devant la juridiction de proximité de Paris. »*

Ancienne puisqu'elle existait déjà dans le code d'instruction criminelle de 1808, l'institution du fondé de procuration spéciale pouvant en vertu de l'article 544, alinéa 2, du code de procédure pénale représenter un prévenu, pourvu qu'il ne soit passible que d'une amende, devant le tribunal de police et devant la juridiction de proximité, n'avait pas, jusqu'à présent, en doctrine comme en jurisprudence, suscité d'interrogations sur la qualité de ce mandataire, alors que des institutions voisines en usage devant le tribunal d'instance ou le conseil de prud'hommes ont, au fil des ans, connu des réformes législatives ou réglementaires.

Mais, à notre époque où le « marché du droit », grâce notamment à des supports omniprésents sur les réseaux sociaux, est en constante évolution, cette institution est susceptible de devenir un enjeu convoité par des personnes qui, sans pouvoir se prévaloir du titre d'avocat, et même en exerçant illégalement cette fonction, feraient profession de représenter les prévenus pour faits contraventionnels.

C'est semblable situation qui a conduit, le 1^{er} juillet 2011, la juridiction de proximité de Paris à solliciter l'avis de la Cour de cassation afin de savoir si une personne physique, par

ailleurs dirigeante d'une société commerciale et dépourvue du titre d'avocat, avait, pourvu qu'elle soit munie d'une telle procuration spéciale, qualité pour représenter les prévenus, ce qu'elle ferait ou s'apprêterait à faire dans cinq cents dossiers de contraventions de stationnement en cours devant la juridiction.

Mais une telle demande d'avis, pour être admissible, ne peut, notamment, aux termes de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, être mélangée de fait et de droit, autrement dit, par exemple, faire dépendre la réponse en droit attendue de la Cour de cassation de considérations de pur fait, ni être dépourvue de sérieux, ce qui pourrait être le cas si la juridiction à l'origine de la demande d'avis disposait, par elle-même, des moyens propres à résoudre la question.

La demande d'avis, faute de présenter une question de droit et de porter sur une difficulté sérieuse, n'a pas été examinée par la formation spécialisée de la Cour de cassation.

Il pourrait appartenir, le cas échéant, au législateur et au pouvoir réglementaire, de se saisir en vue d'une réforme, si des difficultés d'application du texte visé venaient à se généraliser.



**Service de
documentation,
des études et
du rapport de
la Cour de cassation**

Taux de Publication de 2002 à 2011 des chambres civiles et criminelle

Années	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				
2002	2631	321	1779	294	2224	275	12%	2683	199	7%	6233	417	7%	6557	230	4%
2003	2309	258	2281	404	1844	248	13%	2738	211	8%	5576	334	6%	5776	247	4%
2004	2414	323	2692	533	1835	251	14%	2715	228	8%	4989	347	7%	6102	314	5%
2005	2667	507	2457	334	1932	257	13%	2471	256	10%	5780	339	6%	7075	321	5%
2006	2807	557	2886	382	1810	259	14%	2206	269	12%	4785	395	8%	5974	319	5%
2007	2401	398	2431	278	1821	233	13%	2248	268	12%	3760	220	6%	6558	308	5%
2008	2104	288	2583	276	1774	216	12%	2101	213	10%	2788	254	9%	6368	259	4%
2009	2211	260	3210	296	2050	293	14%	1906	176	9%	3333	292	9%	7240	223	3%
2010	2044	272	3078	224	1982	230	12%	1975	232	12%	3198	315	10%	7470	258	3%
2011	1964	220	2629	237	1928	215	11%	1836	213	12%	3259	307	9%	7127	272	4%

ACTIVITÉ 2011 DU SERVICE DE DOCUMENTATION, DES ÉTUDES ET DU RAPPORT

Au cours de l'année 2011, le service de documentation, des études et du rapport (SDER) a poursuivi l'accomplissement de ses missions d'aide à la décision et de diffusion de la jurisprudence.

L'aide à la décision se concrétise, en premier lieu, par des travaux de recherche, effectués à la demande des magistrats de la Cour de cassation ou des juridictions du fond. L'année écoulée a, en ce domaine, été marquée par une activité soutenue. 810 demandes de recherches ont été traitées par les bureaux des contentieux, donnant lieu à la constitution de dossiers documentaires, souvent accompagnés de notes d'analyse. Les saisines liées à des procédures de question prioritaire de constitutionnalité ont été, comme en 2010, les plus nombreuses.

Des études juridiques indépendantes de toute procédure ont par ailleurs été réalisées. Ces travaux ont notamment porté sur l'ordre public en droit du travail, l'indemnisation du préjudice économique et le droit des étrangers. Le SDER a en outre été étroitement associé à la préparation du colloque « Santé et justice : quelles responsabilités ? », organisé par la Cour de cassation et le Conseil d'État les 20 et 21 octobre 2011.

Plusieurs fiches méthodologiques à destination des magistrats ont également été mises à jour. Dans cette démarche, une attention particulière a été portée aux outils relatifs à la question prioritaire de constitutionnalité. Le bureau du droit constitutionnel a notamment veillé à l'actualisation de l'ensemble des fiches fonctionnelles, des fiches thématiques et des trames de décisions mises en ligne sur le site intranet de la Cour. Le tableau des questions en cours d'examen et des questions examinées a été tenu à jour, qui permet aux professionnels d'évaluer l'opportunité d'une transmission à la Cour de cassation de la QPC dont ils sont saisis.

Le service a par ailleurs poursuivi son activité de veille documentaire afin d'offrir aux membres de la Cour de cassation une information actualisée sur les développements législatifs, réglementaires, jurisprudentiels et doctrinaux intéressant les matières qu'ils ont à traiter. Ces veilles, adaptées à chacune des chambres de la Cour, sont mises en ligne tous les mois sur le bureau virtuel des magistrats. Comme les années antérieures, la veille bimestrielle du bureau du droit européen a en outre été mise en ligne sur le site internet de la Cour de cassation, permettant sa diffusion à un large public. 23 alertes informatiques relatives à des décisions importantes rendues en matière européenne ont concurremment été diffusées à l'attention des membres de la Cour.

Sur le terrain de la formation, trois sessions consacrées à la maîtrise des outils de recherche juridique, ouvertes à l'ensemble des magistrats des juridictions du fond, ont été organisées, en partenariat avec l'École nationale de la magistrature. Le SDER, qui intervient également dans la formation des magistrats nouvellement nommés à la Cour de cassation, a en outre accueilli de nombreuses délégations étrangères pour une présentation de ses activités, des bases de données et des outils documentaires créés et administrés par la Cour.

Le service a par ailleurs poursuivi ses actions en faveur de la diffusion et de la mise en valeur de la jurisprudence judiciaire. En ce domaine, une attention particulière a été portée à la base Jurica, qui rassemble désormais plus de 800 000 arrêts et constitue un outil d'aide à la décision précieux pour les magistrats des premier et second degrés. Il leur offre la possibilité de consulter la jurisprudence de leur chambre, celle des autres cours, des décisions portant sur des contentieux rares, des arrêts appliquant des textes nouveaux et ceux prononcés sur appel de leurs décisions.

Bien qu'elle présente un caractère « fermé », pour n'être accessible qu'au sein du réseau privé virtuel de la justice (RPVJ), cette base de données connaît aujourd'hui un rayonnement qui dépasse le seul corps judiciaire. Elle a ainsi fait l'objet, durant l'année écoulée, d'articles de doctrine soulignant l'intérêt de la démarche et ses effets potentiels sur l'unification de la jurisprudence et l'amélioration des conditions de la recherche juridique¹.

L'utilisation des données contenues dans Jurica n'est, de fait, pas réservée aux seuls magistrats. Au cours de l'année 2011, le SDER a poursuivi les actions engagées afin de permettre la réalisation d'études par des équipes universitaires à partir de décisions extraites de cette base. De nouveaux partenariats ont été conclus. L'université d'Auvergne a ainsi réalisé des recherches sur les clauses de mobilité dans les contrats de travail, ainsi que sur les faits susceptibles de constituer une faute en droit du travail. L'École du droit de l'Institut d'études politiques de Paris a quant à elle conduit, sous la direction des professeurs Gilles J. Martin et Laurent Neyret, une étude sur la mise en œuvre du droit de l'environnement, afin de constituer une nomenclature des préjudices liés au dommage environnemental.

Ces développements illustrent l'intérêt d'un outil désormais reconnu, aux côtés de la base Jurinet, qui, riche de plus de 674 000 décisions, rassemble l'intégralité des arrêts rendus par la Cour de cassation, ainsi qu'une sélection de décisions rendues par les juridictions du fond, choisies en raison de leur intérêt. Mise à la disposition de l'ensemble des magistrats du corps judiciaire, dans le cadre du RPVJ, cette dernière bénéficie également à un public plus large, son contenu faisant l'objet d'une diffusion sur le site Legifrance.gouv.fr, dans le cadre du service public de la diffusion du droit par l'internet.

Les décisions contenues dans ces bases de données sont en outre communiquées aux abonnés du fonds de concours de la Cour de cassation, qui peuvent les réutiliser dans le cadre fixé par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978. L'année 2011 a vu évoluer les conditions de fonctionnement de ce fonds de concours, dont les livraisons sont désormais assurées par voie électronique, permettant un traitement et une communication plus rapides des décisions aux abonnés.

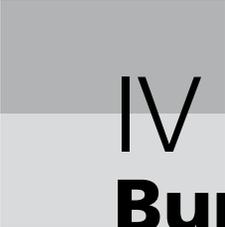
La diffusion de la jurisprudence judiciaire est également assurée par les publications réalisées par le SDER. L'année 2011 a été marquée, en ce domaine, par l'introduction des décisions rendues en matière de question prioritaire de constitutionnalité dans le *Bulletin des arrêts des chambres civiles*, le *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle* et le *Bulletin*

1. S. Bories, « JuriCA : un outil de communication et de recherche », in *D.* 2011, p. 1242 ; X. Henry, « Vidons les greffes de la République ! De l'exhaustivité d'accès aux arrêts des cours d'appel », in *D.* 2011, p. 2609.

d'information de la Cour de cassation. Pour l'établissement de ces publications, les bureaux des contentieux ont procédé à l'enrichissement de quelque 1 509 arrêts, en procédant à leur titrage et en opérant, pour certains, des rapprochements avec d'autres décisions ou en mentionnant des références doctrinales intéressantes. Le bureau du contentieux de la chambre sociale a de son côté rédigé 213 commentaires d'arrêts, publiés au *Mensuel du droit du travail*, qui peut être consulté en ligne sur le site internet de la Cour de cassation.

Ce dernier demeure un outil privilégié de mise en valeur de la jurisprudence et de communication institutionnelle. Comme durant les années antérieures, les rubriques consacrées à la jurisprudence et aux publications de la Cour ont été les plus consultées. Le SDER a accompagné les travaux de migration du serveur vers une nouvelle architecture de gestion, avec pour objectif d'améliorer les performances du dispositif et d'offrir à ses utilisateurs un service de meilleure qualité.

Année de continuité dans la conduite des activités du SDER, 2011 a enfin vu un profond renouvellement de ses équipes. Ces changements ont nécessité un investissement particulier des magistrats, fonctionnaires et agents du service afin d'assurer le maintien d'un haut niveau d'exigence dans les prestations réalisées. Une fois consolidés, ils permettront, en 2012, d'engager de nouvelles actions au soutien des activités de la Cour de cassation et des juridictions du fond.



IV

Bureau d'aide juridictionnelle

A - ÉVOLUTION DE L'ACTIVITÉ DU BUREAU D'AIDE JURIDICTIONNELLE de 2002 à 2011

Années	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Affaires restant à examiner au 01/01	3 933	1 907	1 446	2 362	2 763	2 436	2 467	2 901	2 989	3 278
Affaires reçues *	10 125	9 478	10 056	10 698	10 829	10 315	9 170	9 677	9 414	8 568
Décisions intervenues dans l'année	12 151	9 939	9 140	10 297	11 156	10 284	8 736	9 589	9 125	8 908
Suppléments d'information	297	223	151	128	115	103	139	91	106	70
Affaires restant à examiner au 31/12	1 907	1 446	2 362	2 763	2 436	2 467	2 901	2 989	3 278	2 938

* Les affaires reçues incluent, outre les demandes nouvelles, les requêtes diverses (20 en 2011) et les retours après admission du recours (69 en 2011)

B - DECISIONS INTERVENUES DANS L'ANNEE

Années	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Rejet	5 808	4 150	3 494	3 666	4 028	3 728	3 708	4 320	3 527	3 456
Admission	2 385	1 936	1 879	2 171	2 471	2 343	2 104	2 247	2 283	2 232
Irrecevabilité et caducité	3 958	3 853	3 767	4 460	4 657	4 213	2 924	3 022	3 315	3 220
Total	12 151	9 939	9 140	10 297	11 156	10 284	8 736	9 589	9 125	8 908

AIDE JURIDICTIONNELLE 2011

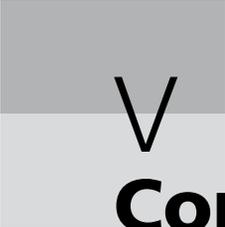
Le nombre de demandes nouvelles avait diminué de 2,7 % en 2010 par rapport à 2009. La baisse a été encore plus marquée en 2011 par rapport à 2010 : 8479 demandes au lieu de 9344, soit une baisse de 9,26 %. La décélération, à peine perceptible dans la division pénale du bureau, a été forte dans le domaine civil, plus particulièrement dans le droit prud'homal (-14,5 %), et dans le droit de la sécurité sociale (-13,8 %). Cette tendance peut surprendre en ces temps de difficultés économiques. S'agissant du droit du travail, elle est peut-être due aux effets de la réforme qui aurait diminué le nombre des licenciements pour motifs économiques ou professionnels en créant la rupture conventionnelle du contrat de travail. En matière d'assurances sociales, l'explication serait peut-être à trouver en partie dans la jurisprudence de la deuxième chambre civile de la Cour qui, à partir de l'année 2010 (voir notamment 2^e Civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-16.727), a rappelé plusieurs fois aux tribunaux des affaires de sécurité sociale, aux chambres sociales des cours d'appel et à la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail que les notifications à l'étranger, notamment dans les trois pays du Maghreb où résident de nombreux salariés ayant travaillé en France et pris leur retraite dans ces pays, devaient se faire de parquet à parquet, et non par la voie postale, ce qui est plus long. Si cette hypothèse devait se confirmer, il ne s'agirait que d'un effet à retardement.

À saisines moins nombreuses ont correspondu, mécaniquement, moins de décisions rendues, 8908 au total, encore que, là aussi, il y ait une différence entre le civil (-3,57 %) et le pénal (+3,94 %).

2232 demandes ont été accueillies favorablement et 6676 ont été rejetées ou déclarées irrecevables, soit un taux d'admission, totale ou partielle, de 25 %.

Le nombre des recours portés devant le premier président ou ses délégués a été de 1892, soit une centaine de plus qu'en 2010. 69 dossiers ont été retournés au bureau par suite d'éléments nouveaux concernant les ressources apportés au stade du recours. Quant aux infirmations des décisions du bureau relativement à l'existence de moyens sérieux de cassation, elles ont été de 73, soit 4 %, ce qui est une constante depuis plusieurs années.

La réforme qui a introduit la question prioritaire de constitutionnalité dans notre ordonnancement juridique a peu affecté le bureau d'aide juridictionnelle. Comme l'année précédente, le service n'a enregistré qu'une vingtaine de demandes dans lesquelles le requérant invoquait une QPC. Dans la majorité des cas, les réponses n'ont pu être que des décisions d'irrecevabilité. En effet, la législation et la réglementation issues de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 ne prévoient pas la désignation par le bureau d'aide juridictionnelle établi près la Cour de cassation d'un avocat aux Conseils spécifiquement pour la procédure qui se déroule devant la Cour de cassation et qui tend à transmettre une QPC au Conseil constitutionnel. L'aide juridictionnelle ne peut prendre en charge que l'assistance du requérant qui se déroule devant le Conseil constitutionnel lui-même et, en ce cas, la désignation d'un avocat aux Conseils est de la compétence du bureau d'aide juridictionnelle établi près le tribunal de grande instance qui a initialement accordé l'aide. Si des décisions d'admission sont quand même intervenues, c'est au bénéfice de défendeurs à des pourvois assortis de mémoires spéciaux de QPC, étant observé qu'en cette hypothèse l'indemnisation de l'avocat ne couvre que la défense au pourvoi et non la défense au mémoire de QPC.



V

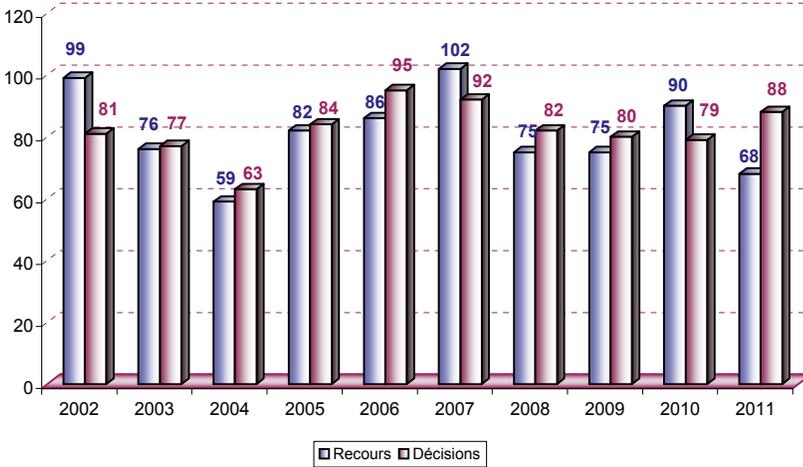
**Commission
nationale
de réparation
des détentions**

COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS
STATISTIQUES - ANNÉE 2011

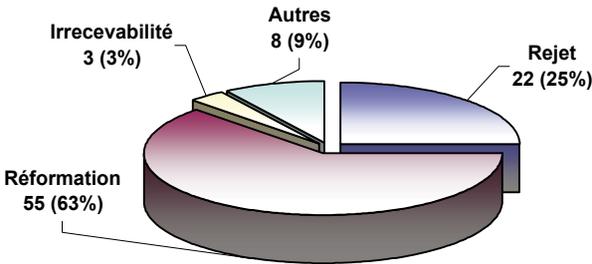
Cours d'appel - Tribunal Supérieur d'appel	Nb de recours enregistrés	Nb de décisions	Sens de la décision				
			Rejet	Réformation		Irrecevabilité	Autres*
				partielle	totale		
AGEN							
AIX EN PROVENCE	6	5	2	2		1	
AMIENS	5	8	1	4	2		1
ANGERS							
BASSE-TERRE	3	3	1	2			
BASTIA	3	3		1	2		
BESANÇON							
BORDEAUX	5	1					1
BOURGES							
CAEN							
CHAMBÉRY	1						
COLMAR	2	2	1		1		
DIJON	1	3		3			
DOUAI	4	4	2	1	1		
FORT-DE -FRANCE	1	2	1				1
GRENOBLE	1	3	1	1			1
LIMOGES							
LYON	1						
MAMOUDZOU							
METZ	2	1		1			
MONTPELLIER	2	1				1	
NANCY							
NÎMES	2	3	1	1	1		
NOUMÉA		2	2				
ORLÉANS		4		4			
PAPEETE							
PARIS	10	13	7	1	1	1	3
PAU							
POITIERS							
REIMS	2	4		2	2		
RENNES	3	3		1	1		1
RIOM							
ROUEN	1	1			1		
ST-DENIS-DE-LA-REUNION							
TOULOUSE	10	18	2	16			
VERSAILLES	3	4	1	2	1		
COUR DE CASSATION							
TOTAL	68	88	22 (25%)	42 (48%)	13 (15%)	3 (3%)	8 (9%)

* 7 désistements et 1 sursis à statuer.

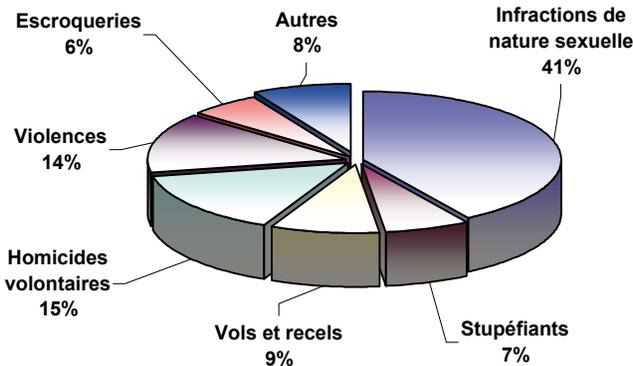
Commission nationale de réparation des détentions de 2002 à 2011



Répartition des décisions par catégories - année 2011



Répartition des requêtes par infractions poursuivies - année 2011



ACTIVITÉ 2011 DE LA COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS

I – ÉTUDE STATISTIQUE DES RECOURS ET DES DÉCISIONS

La commission a enregistré 68 recours en 2011, soit une diminution sensible par rapport à l'année 2010, où 90 recours avaient été formés.

La proportion des recours exercés contre les décisions des premiers présidents est de 11,7 %, étant relevé que le nombre de ces décisions s'est élevé à 577 en 2010.

29 % des recours ont porté sur les décisions de deux premiers présidents (soit Paris et Toulouse).

88 décisions ont été prononcées en 2011 (dont 86 décisions au fond), contre 79 en 2010 (8 étaient en cours de délibéré au 31 décembre 2011 pour être prononcées au 9 janvier 2012) et 10 d'entre elles ont été publiées.

L'examen statistique des recours et des décisions fait apparaître une certaine stabilité par rapport à l'année précédente.

La majorité des appels a été formée par les demandeurs (79 %, soit un pourcentage identique à celui de l'année précédente), l'agent judiciaire du Trésor ayant exercé un recours, seul ou conjointement, dans 30 % des affaires (21 % en 2010).

Aucun recours n'a été introduit par un procureur général.

Il a été recouru à la visioconférence lors de l'examen de trois affaires, pour permettre l'audition de demandeurs incarcérés, et ce dans les conditions désormais permises par la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, laquelle a modifié l'article 706-71 du code de procédure pénale.

Les décisions prononcées ont concerné 82 hommes, dont 3 mineurs, et 6 femmes (72 hommes dont 2 mineurs et 7 femmes en 2010), la moyenne d'âge des demandeurs étant de 32 ans au moment de leur incarcération (36 ans en 2010).

La durée moyenne des détentions indemnisées a été de 300 jours (302 jours en 2010). La plus courte a été d'une durée de 2 jours et la plus longue de 1 448 jours, soit presque 4 années. On soulignera que la part des détentions provisoires d'une durée supérieure à 3 mois représente 18 %, tandis que celle des détentions supérieures à 1 an s'élève à 22 %.

Le placement sous écrou a été motivé, dans 62 % des cas, par des crimes ou des délits contre les personnes (infractions de nature sexuelle, violences et homicides volontaires) (66 % en 2010) et, à hauteur de 23 %, par des infractions contre les biens (vols, recels, escroqueries,

abus de biens sociaux, blanchiment, corruption, etc.) (18 % en 2010), étant noté que la proportion des infractions à la législation sur les stupéfiants est de 7 % (9 % en 2010).

La moyenne des indemnités allouées a été, pour le préjudice matériel, de 8610 euros (10632 euros en 2010), soit un total de 740502 euros (contre 839893 euros en 2010), tandis que la moyenne de celles octroyées au titre du préjudice moral a été de 17894 euros (19368 euros en 2010 et 15940 euros en 2009), soit un total de 1538927 euros (1530130 euros en 2010).

La somme globale des indemnités allouées au titre des préjudices matériel et moral s'est donc élevée à 2279429 euros (2370023 euros en 2010)¹.

La part des rejets est passée de 34 % à 25 % en un an et, corrélativement, celle des réformations -totales ou partielles- a augmenté, passant de 56 % à 63 %. Il est à noter que les réformations partielles représentaient 48 % des décisions rendues et les réformations totales 15 %.

3 % des recours ont été déclarés irrecevables, contre 4 % en 2010. Il s'agit pour la plupart de recours tardifs ou formés par lettre recommandée, et non déposés aux greffes des premiers présidents, par des demandeurs qui avaient pourtant été dûment informés des délais et des modalités à respecter.

Le délai moyen de jugement d'une affaire a été de 7,97 mois (7,53 mois l'année dernière), étant observé que deux dossiers, dans lesquels l'aide juridictionnelle a été accordée aux demandeurs en cours d'instruction, ont été traités dans des délais atypiques.

Au 31 décembre 2011, 8 dossiers étaient en cours d'instruction et 8 dossiers en attente d'audience.

II – ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE

La stabilité, relevée dans l'étude statistique, peut être observée également à l'occasion de l'examen de la jurisprudence de la commission.

Pour l'essentiel, celle-ci a appliqué les solutions dégagées au cours des années qui ont suivi l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions issues des lois des 15 juin et 30 décembre 2000, et qui ont été étudiées dans les *Rapports annuels* précédents.

L'année 2011 a néanmoins permis à la commission de préciser un certain nombre de points.

1. Ce chiffre inclut les indemnités allouées, au titre du préjudice moral et matériel, par les premiers présidents, lorsque les recours ont été rejetés, partiellement ou totalement, et celles octroyées par la commission nationale, après réformation. Il s'agit donc de l'intégralité des sommes accordées, tant en première instance que sur recours, dans les dossiers examinés par la commission nationale.

A – La recevabilité de la requête

S'agissant de la recevabilité de la requête *stricto sensu*, le demandeur est irrecevable à présenter une requête en réparation tant qu'il n'a pas été statué par une décision devenue définitive sur chacune des infractions faisant l'objet de la mise en examen, de la prévention ou de l'accusation. En effet, lorsqu'un demandeur, placé en détention provisoire du chef de plusieurs infractions, ne bénéficie d'une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement que pour certaines d'entre elles, la compatibilité entre les infractions dont il a été déclaré coupable et la détention provisoire subie s'apprécie en tenant compte de la durée maximale de la détention provisoire que la loi autorise pour les infractions retenues. En conséquence, est à bon droit déclarée irrecevable une requête, dès lors qu'il n'a pas été statué sur un pourvoi formé contre l'arrêt relaxant le requérant pour certaines des infractions des chefs desquelles il a été renvoyé devant la juridiction correctionnelle et le condamnant pour d'autres².

Dans la même ligne, est prématurée une requête en réparation déposée alors que, après annulation de certains actes de procédure par la chambre de l'instruction, l'information se poursuit du chef notamment de l'infraction ayant valu au demandeur sa mise en examen désormais annulée³. Une telle procédure n'est en effet pas terminée au sens de l'article 149 du code de procédure pénale.

Par ailleurs, constitue une fin de non-recevoir le fait de déposer une requête tendant à obtenir le bénéfice d'une indemnisation sous une fausse identité. Est dès lors irrecevable la requête en réparation d'une détention provisoire présentée sous une identité que le requérant savait n'être pas la sienne⁴.

S'agissant de la recevabilité des demandes, la commission nationale a, pour la première fois, expressément énoncé qu'il ne résulte pas de la combinaison des articles 149-2 et R. 26 du code de procédure pénale l'obligation pour le requérant, à peine d'irrecevabilité, de présenter l'intégralité de ses demandes d'indemnisation dans le délai de six mois de la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive. Dès lors, c'est à bon droit que le premier président a déclaré des demandes additionnelles recevables⁵.

Dans cette espèce, l'agent judiciaire du Trésor faisait valoir que des demandes complémentaires d'indemnisation, constituant des demandes totalement nouvelles, présentées par conclusions postérieures à la requête, devaient être déclarées irrecevables par application des dispositions combinées des articles 149-2 et R. 26 du code de procédure pénale dont il résulte que le requérant doit, à peine d'irrecevabilité, présenter l'intégralité de ses demandes d'indemnisation dans le délai de six mois.

Le premier président avait estimé que l'ensemble des demandes présentées était recevable dès lors que le demandeur avait déposé sa requête initiale dans le respect des formes

2. Com. nat. de réparation des détentions, 23 mai 2011, n° 0C-RD.076, *Bull. crim.* 2011, CNRD, n° 3.

3. Com. nat. de réparation des détentions, 12 septembre 2011, n° 1C-RD.005.

4. Com. nat. de réparation des détentions, 4 avril 2011, n° 0C-RD.069, *Bull. crim.* 2011, CNRD, n° 2.

5. Com. nat. de réparation des détentions, 20 juin 2011, n° 0C-RD.078, *Bull. crim.* 2011, CNRD, n° 4.

et délais de l'article 149-2 du code de procédure pénale et que sa demande subséquente n'avait fait que compléter l'indemnisation originairement sollicitée.

Le procureur général concluait à la recevabilité des demandes additionnelles, en soutenant que, si le délai de l'article 149-2 du code de procédure pénale est un délai préfix, cet obstacle ne vise que le dépôt de la requête, aucun texte ne prohibant l'évolution des demandes initiales dès lors que le principe du contradictoire est respecté.

La commission nationale a fait sienne cette thèse et approuvé la décision du premier président. En effet, l'article 149-2 du code de procédure pénale dispose que le premier président de la cour d'appel est saisi par voie de requête dans le délai de six mois de la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive. L'article R. 26 du même code indique quant à lui que la requête contient l'exposé des faits, le montant de la réparation demandée et toutes indications utiles. Ainsi, il ne résulte pas de la combinaison desdits articles l'obligation pour le requérant, à peine d'irrecevabilité, de présenter l'intégralité de ses demandes d'indemnisation dans le délai de six mois de la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive.

B – Le recours devant la commission nationale

Les conditions de notification des décisions rendues en premier ressort suscitent parfois des difficultés.

Ainsi, selon une jurisprudence constante, la notification au demandeur de la décision du premier président, par une lettre qui se borne à viser l'article R. 40-4 du code de procédure pénale et à indiquer la durée du délai de recours sans en préciser les modalités, n'est pas effectuée conformément aux dispositions de l'article 680 du code de procédure civile et ne fait pas courir le délai légal⁶.

Dès lors, le demandeur n'ayant pas été informé par la notification de la décision des modalités selon lesquelles le recours devrait être exercé, celui-ci doit être déclaré recevable, bien qu'il n'ait pas été formalisé par déclaration au greffe de la maison d'arrêt dans laquelle l'intéressé se trouvait détenu mais par un courrier adressé audit greffe⁷.

Par ailleurs, le délai de recours devant la commission nationale ne court qu'à compter de la notification de la décision au requérant lui-même, quelle que soit la date à laquelle la décision a été notifiée, le cas échéant, à l'avocat de celui-ci⁸. En effet, selon les articles 149-3 et R. 38 du code de procédure pénale, la décision du premier président est notifiée au demandeur et à l'agent judiciaire du Trésor par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Dès

6. Com. nat. de réparation des détentions, 26 janvier 2007, n° 6C-RD.064, *Bull. crim.* 2007, CNRD, n° 1.

7. Com. nat. de réparation des détentions, 14 mars 2011, n° 0C-RD.045, *Bull. crim.* 2011, CNRD, n° 1.

8. Com. nat. de réparation des détentions, 18 janvier 2010, n° 9C-RD.045, *Bull. crim.* 2010, CNRD, n° 1 ; dans le même sens que : Com. nat. de réparation des détentions, 2 mai 2006, n° 5C-RD.070, *Bull. crim.* 2006, CNRD, n° 7 ; Com. nat. de réparation des détentions, 17 novembre 2008, n° 8C-RD.019, *Bull. crim.* 2008, CNRD, n° 7.

lors qu'aucun texte n'impose, dans cette procédure où la représentation n'est pas obligatoire, la notification de la décision à l'avocat du requérant, cette notification, lorsqu'elle a lieu, ne peut constituer le point de départ du délai de recours ouvert au demandeur. Et l'élection de domicile chez un avocat ne dispense pas de l'obligation de notifier la décision à la partie⁹.

C – L'étendue de la réparation

S'agissant de la durée de la détention provisoire susceptible d'indemnisation, doivent être pris en compte tant le jour du placement en détention que le jour de la remise en liberté, soit le *dies a quo* et le *dies ad quem*¹⁰.

S'agissant du préjudice matériel, la commission a été amenée à rappeler qu'il appartient à la partie qui demande réparation d'un préjudice matériel lié à la détention d'en justifier : faute de production de pièces justificatives relatives à l'existence et l'étendue dudit préjudice, le demandeur ne peut qu'être débouté¹¹. Si ce principe ressemble fort à un truisme, force est de constater qu'il est parfois perdu de vue. C'est ainsi que, dans l'espèce dont il s'agit, la commission a été amenée, sur le recours de l'agent judiciaire du Trésor, à rejeter des demandes formées au titre du préjudice économique (perte de loyers, perte sur la revente d'un fonds de commerce et perte de points de retraite), faute de production de pièces justificatives, alors qu'il avait été alloué en première instance de ce chef une somme d'environ 100 000 euros.

Dans la même ligne, la commission, qui statue en tant que juridiction civile selon les dispositions de l'article 149-4 du code de procédure pénale, ne peut ordonner une mesure d'expertise en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve¹².

Par ailleurs, seule est réparable la perte de rémunérations licites, ce qui exclut les rémunérations non déclarées¹³. De même, un travail dissimulé, activité illicite, ne pouvant donner lieu à réparation, doit dès lors être infirmée la décision du premier président qui alloue à un étranger en situation irrégulière une indemnité de ce chef¹⁴.

Par contre, a perdu une chance de pouvoir continuer à travailler en France le demandeur qui, en raison de l'incarcération, a été privé de l'autorisation administrative de travail dont il bénéficiait auparavant, alors qu'il avait constamment occupé un emploi sur le territoire national depuis son émigration intervenue quatre ans auparavant¹⁵.

9. Com. nat. de réparation des détentions, 14 mars 2011, n° 0C-RD.045, *Bull. crim.* 2011, CNRD, n° 1.

10. Com. nat. de réparation des détentions, 10 octobre 2011, n° 1C-RD.017, en cours de publication.

11. Com. nat. de réparation des détentions, 5 décembre 2011, n° 1C-RD.037, en cours de publication. Voir dans le même sens, Com. nat. de réparation des détentions, 24 janvier 2002, n° 01-92.005, *Bull. crim.* 2002, CNRD, n° 1.

12. Com. nat. de réparation des détentions, 10 octobre 2011, n° 0C-RD.085.

13. Com. nat. de réparation des détentions, 7 novembre 2011, n° 0C-RD.031.

14. Com. nat. de réparation des détentions, 12 septembre 2011, n° 0C-RD.089, *Bull. crim.* 2011, CNRD, n° 5.

15. Com. nat. de réparation des détentions, 7 novembre 2011, n° 1C-RD.021, en cours de publication.

En ce qui concerne les frais de transport, la commission avait énoncé que les frais de transport engagés par le demandeur pour permettre à son épouse de lui rendre visite en prison constituent des dépenses liées à la détention¹⁶. Elle avait indiqué par la suite que, si les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale et si les frais ont été exposés par la communauté, le demandeur est fondé à se prévaloir d'un préjudice personnel à hauteur de la moitié des frais engagés¹⁷.

Une décision récente est venue préciser, dans le cas de concubins, que partie des frais de transport exposés par la compagne du demandeur pour les visites, en détention, des enfants mineurs, constitue un chef de préjudice personnel, au sens de l'article 149 du code de procédure pénale, dès lors que l'intéressé contribuait, dans le cadre de la communauté de vie avec celle-ci, aux dépenses afférentes à l'entretien et à l'éducation des enfants communs et que lesdits frais sont justifiés¹⁸.

En ce qui concerne les frais de défense, on peut déplorer que les frais strictement liés à la détention, c'est-à-dire rémunérant des prestations directement liées à la privation de liberté et aux procédures engagées pour y mettre fin, soient souvent insuffisamment individualisés dans les factures d'honoraires d'avocat, rendant ainsi impossible leur remboursement selon une jurisprudence constante¹⁹. Néanmoins, un état de frais établi par un avocat et correspondant à une visite en maison d'arrêt peut donner lieu à indemnisation, compte tenu de son lien avec la privation de liberté²⁰.

S'agissant du préjudice moral, on admet généralement que la souffrance morale résultant de l'incarcération peut être minorée par l'existence d'un passé carcéral. De même, le choc carcéral d'une détention subie dans la continuation d'une incarceration effectuée pour d'autres causes est atténué²¹. Cependant, tout dépend des circonstances de l'espèce. Ainsi, si les incarcerations précédentes, subies à l'occasion de procédures correctionnelles, ont pu amoindrir en l'espèce le choc psychologique enduré, il doit néanmoins être tenu compte de l'impact psychologique spécifique d'une incarceration longue, subie sous le régime de la détention provisoire et du chef d'une prévention criminelle²².

16. Com. nat. de réparation des détentions, 14 décembre 2005, n° 5C-RD.036.

17. Com. nat. de réparation des détentions, 29 mai 2006, n° 5C-RD.072.

18. Com. nat. de réparation des détentions, 10 octobre 2011, n° 0C-RD.079, en cours de publication.

19. Com. nat. de réparation des détentions, 21 janvier 2008, n° 7C-RD.048 et n° 7C-RD.049; voir, pour une application récente, Com. nat. de réparation des détentions, 7 novembre 2011, n° 1C-RD.028, en cours de publication.

20. Com. nat. de réparation des détentions, 7 novembre 2011, n° 1C-RD.028, en cours de publication.

21. Com. nat. de réparation des détentions, 14 mars 2011, n° 0C-RD.045, *Bull. crim.* 2011, CNRD, n° 1.

22. Com. nat. de réparation des détentions, 5 décembre 2011, n° 1C-RD.027.



VI

**Commission
de révision des
condamnations
pénales**

COMMISSION DE RÉVISION

Années	Nombre de requêtes reçues	DECISIONS RENDUES						Reste
		Irrecevabilité	Désistement	Divers	Rejet	Saisine	Total	
2002	142	132	3	1	47	3	186	91
2003	136	102	4		33		139	88
2004	146	98	2	2	30	2	134	100
2005	167	110	4	4	36	3	157	110
2006	188	136	3	2	40	8	189	109
2007	156	121	3		42	2	168	97
2008	143	110	2		27	4	143	97
2009	135	100	2		34	3	139	93
2010	133	74	2		29	4	109	117
2011	124	96	1		36	2	160	81

CHAMBRE CRIMINELLE STATUANT COMME COUR DE RÉVISION

Années	Saisine		Annulation		Rejet	
	COR	CRIM	COR	CRIM	COR	CRIM
2002	3		3		1	1
2003			2		1	
2004	2					
2005	1	2	2			
2006	8		2	1	2	1
2007	2		4			
2008	4		1		2	1
2009	1	2	1		3	
2010	3	1	1	2		
2011	2		1		1	1

ACTIVITÉ 2011 DE LA COMMISSION DE RÉVISION

La révision des condamnations pénales est une voie de recours exceptionnelle, qui permet à une personne, condamnée à tort pour un crime ou un délit, d'obtenir l'annulation de cette condamnation. Cette procédure, instaurée pour remédier aux erreurs judiciaires, déjà connue de l'ancien droit et du code d'instruction criminelle, est ignorée de certains autres systèmes judiciaires.

Portant atteinte au principe de l'autorité de la chose jugée, le recours en révision est strictement encadré. L'article 622 du code de procédure pénale énumère limitativement les quatre cas d'ouverture à révision. Les trois premiers sont l'existence d'indices laissant apparaître que la prétendue victime d'un homicide serait encore en vie, le prononcé de deux décisions de condamnations inconciliables entre elles et apportant la preuve de l'innocence de l'un des condamnés, la condamnation d'un témoin pour faux témoignage. Le quatrième cas d'ouverture, le plus souvent invoqué, exige uniquement que, postérieurement à la condamnation, vienne « à se produire ou à se révéler un fait nouveau ou un élément inconnu de la juridiction au jour du procès, de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné ».

Seule la chambre criminelle, siégeant comme Cour de révision, peut annuler une décision de condamnation.

La commission de révision a été instituée par la loi n° 89-431 du 23 juin 1989 pour instruire et filtrer les demandes en révision, qui l'étaient auparavant par le garde des sceaux. Cette commission est composée de cinq membres titulaires et cinq membres suppléants, tous désignés par l'assemblée générale de la Cour de cassation, parmi les conseillers de cette Cour. Le président, comme son suppléant, est nécessairement choisi parmi les magistrats de la chambre criminelle, toujours par l'assemblée générale.

En pratique, les membres suppléants participent aux activités de la commission dans les mêmes conditions que les titulaires. Ces magistrats assument cette tâche en sus de leurs activités habituelles au sein des chambres de la Cour.

Devant la commission, qui se réunit une fois par mois en chambre du conseil, un véritable débat contradictoire s'instaure. Le demandeur et son avocat, s'il en a un, sont avisés. Bien que l'article 623 du code de procédure pénale ne le prévoie pas, la commission, lorsqu'elle l'estime nécessaire, avise la partie civile constituée au cours du procès dont la révision est sollicitée.

À l'audience, le conseiller qui a été chargé d'instruire la demande fait son rapport. Le requérant et son avocat sont entendus en leurs observations orales, avant l'avocat général et, le cas échéant, la partie civile et son avocat. Comme devant les juridictions de jugement, le requérant et son avocat ont la parole en dernier.

La commission peut décider d'ordonner un supplément d'information, lorsque les éléments invoqués demandent à être vérifiés. Le magistrat commis pour y procéder effectue toutes les investigations utiles, soit directement, soit par commissions rogatoires ou expertises.

Quand la commission considère qu'elle est suffisamment éclairée, elle se prononce par une décision motivée, non susceptible de recours.

Comme le montrent les statistiques, la majorité des requêtes s'avèrent irrecevables, soit d'emblée, soit après étude du dossier ayant abouti à la condamnation, celui-ci démontrant, fréquemment, que le fait invoqué comme nouveau a déjà été débattu, soit en cours d'information, soit devant la juridiction de jugement.

Tenant compte de ce que de très nombreuses demandes en révision sont, à l'évidence, irrecevables, l'article 156 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, s'inspirant de préconisations contenues dans les précédents *Rapports annuels*, a ajouté à l'article 623 du code de procédure pénale un dernier alinéa, qui permet au président de la commission de révision ou à son délégué de rejeter, sans débat contradictoire, par ordonnance motivée, les demandes manifestement irrecevables.

Depuis l'entrée en vigueur de ce texte, le 19 mai 2011, il en a déjà été fait application à vingt-cinq reprises, notamment lorsque le demandeur se borne à contester la condamnation sans invoquer d'élément nouveau ou à reprendre exactement la même argumentation que celle déjà rejetée lors d'une précédente demande.

En 2011, la commission a été saisie de 124 nouvelles requêtes, soit un léger fléchissement par rapport aux années précédentes, neuf de moins qu'en 2010 et moins que la moyenne annuelle, qui s'établit, depuis 1989, à 135 requêtes.

Dans le même temps, la commission et son président se sont prononcés sur 160 demandes. Au 31 décembre 2011, il restait 81 affaires à examiner.

La nette augmentation du nombre d'affaires terminées par rapport aux années précédentes (139 en 2009 et 109 en 2010) s'explique essentiellement par les 25 ordonnances d'irrecevabilité rendues *ab initio* par le président de la commission. Les 135 décisions rendues collégialement se répartissent ainsi : 96 décisions d'irrecevabilité, 1 de désistement, 36 de rejet et 2 de transmission à la Cour de révision, toutes deux en matière correctionnelle.

Lorsque la Cour de révision estime la demande fondée, elle annule la condamnation prononcée. Elle statue elle-même au fond, lorsque les pièces en sa possession établissent la preuve de l'innocence du condamné ou lorsqu'il est impossible de procéder à de nouveaux débats, par exemple en cas de décès du condamné ou de prescription de l'action publique. Dans les autres cas, elle renvoie l'affaire devant une autre juridiction de même ordre et de même degré que celle dont émane la décision annulée.

Depuis 2009, la commission a saisi la Cour de révision à neuf reprises. La Cour a rejeté 3 requêtes, a annulé 2 condamnations criminelles, toutes deux avec renvoi devant une cour d'assises, ainsi que 2 condamnations correctionnelles, l'une et l'autre sans renvoi. Deux demandes sont toujours en cours.

L'article 626 du code de procédure pénale prévoit que le condamné reconnu innocent a droit à une indemnité qui lui est allouée, sur sa demande, par le premier président de la cour d'appel, selon la procédure prévue par les articles 149-1 et suivants du code de procédure pénale.

Observations

Comme déjà signalé dans les *Rapports* précédents, la commission rencontre des difficultés pour se prononcer sur les demandes de révision en matière criminelle. L'absence de notes d'audiences détaillées et de motivation des arrêts des cours d'assises rend difficile l'appréciation de la nouveauté des faits ou des éléments invoqués à l'appui de la demande ainsi que l'impact qu'ils auraient pu avoir dans l'appréciation de la culpabilité du requérant.

À l'avenir, le travail de la commission devrait être facilité par l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2012, de l'article 12 de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 modifiant l'article 353 du code de procédure pénale et insérant dans ce code un article 365-1, qui impose la motivation des arrêts de condamnation rendus par les cours d'assises. Cette motivation, qui doit figurer sur un document annexé à la feuille des questions, consiste, aux termes de ce texte « dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises ».

En revanche, on peut toujours regretter que la commission se trouve, le plus généralement, dans l'impossibilité d'avoir connaissance des déclarations faites devant la cour d'assises. C'est parfois par des coupures de presse ou par l'audition des personnes citées dans la demande en révision que la commission découvre que les déclarations invoquées comme élément nouveau avaient déjà été tenues lors des débats devant la cour d'assises.

Certes, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, l'article 308 du code de procédure pénale permet au président de la cour d'assises d'ordonner l'enregistrement des débats, enregistrement qui peut être visionné dans le cadre de la procédure de révision. Cependant, la commission ne peut que constater que cet enregistrement est rarement effectué. Il serait souhaitable que cet enregistrement, au lieu d'être laissé à l'appréciation du président de la cour d'assises, soit rendu obligatoire.

Le travail de la commission est également entravé par la destruction des pièces à conviction en application de l'article 41-1 du code de procédure pénale. La circulaire du 13 décembre 2011 relative à la gestion des scellés insiste sur la nécessité de détruire les scellés du fait de l'encombrement des greffes. Comme déjà indiqué dans les précédents *Rapports*, il serait, néanmoins, souhaitable que, dans les affaires criminelles les plus lourdes où la culpabilité de l'accusé est contestée, les magistrats du parquet veillent à conserver les scellés, tout particulièrement lorsque le condamné ou son avocat en font la demande.

Dans ces affaires, la destruction des scellés fait obstacle aux expertises complémentaires rendues possibles par le progrès scientifique, alors que leur réalisation aurait peut-être permis de lever le doute subsistant dans l'opinion publique sur la culpabilité du condamné ou, au contraire, de faire apparaître son innocence.

Ainsi, dans un dossier criminel jugé en novembre 2005, la conservation des scellés a permis à la commission, saisie en 2008, d'ordonner des expertises génétiques, qui ont mis en évidence l'empreinte ADN d'un tiers ayant reconnu les faits, puis de saisir la Cour de révision, qui a annulé la condamnation en cause.



VII

**Commission
de réexamen
d'une décision
pénale consécutif
au prononcé d'un
arrêt de la CEDH**

COMMISSION DE REEXAMEN
(articles 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	Saisine	Total	
2002	6	2	8	2			1	5	8	0
2003	0	6	6			1		1	1	5
2004	5	4	9	2			2	3	7	2
2005	2	6	8	1				5	6	2
2006	2	4	6	1			1	3	5	1
2007	1	8	9	2				3	5	4
2008	4	2	6	2				4	6	0
2009	0	1	1	1					1	0
2010	0	0	0						0	0
2011	1	1	2					1	1	1

ACTIVITÉ 2011 DE LA COMMISSION DE RÉEXAMEN

En 2011, la commission n'a eu à connaître que d'une seule requête, présentée par une personne condamnée par la cour d'appel d'Amiens, le 27 novembre 2006.

La commission de réexamen a renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Paris à la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme ayant conclu que le requérant n'avait pas bénéficié du temps et des facilités nécessaires à sa défense ainsi que de l'assistance d'un avocat.

Le petit nombre des requêtes dans les dernières années, alors que la France a fait l'objet de plusieurs condamnations en matière pénale par la Cour européenne des droits de l'homme, peut s'expliquer de plusieurs manières : les requérants obtiennent satisfaction sur le plan financier, ou se contentent d'une victoire morale, ou encore redoutent un nouveau procès qui leur fait courir le risque d'une aggravation de la peine.



VIII

**Relations
internationales**

RELATIONS INTERNATIONALES 2011

La Cour de cassation dispose d'un service de relations internationales qui lui permet non seulement de dialoguer et travailler avec d'autres juridictions suprêmes mais aussi d'étendre son rayonnement sur les scènes internationale et européenne. Ce service a des attributions spéciales. Il reçoit les délégations des Cours suprêmes étrangères, organise des stages pour les magistrats de ces Cours, ainsi que les déplacements à l'étranger du premier président et des magistrats de la Cour de cassation qui participent à de nombreuses manifestations internationales, telles que des colloques, conférences ou séminaires qui ont lieu régulièrement. Ce service entretient aussi d'étroites relations avec les universités étrangères et reçoit fréquemment des étudiants étrangers en qualité de visiteurs.

Il permet également la diffusion du droit français et de la jurisprudence de la Cour auprès d'un public non francophone, en assurant la traduction des arrêts les plus significatifs dans différents domaines du droit. Des présentations du rôle de la Cour de cassation sont déjà disponibles en anglais, arabe, espagnol, japonais, chinois et russe, ainsi qu'une sélection d'arrêts, sous forme de résumés, avec un lien renvoyant à l'arrêt traduit ; ainsi, pas moins de 115 arrêts majeurs en droit civil, droit social, droit pénal, droit commercial et droit international privé ont été sélectionnés pour être traduits. Il est d'ores et déjà possible de trouver en ligne sur le site de la Cour (www.courdecassation.fr) quelques arrêts en droit civil, traduits dans les six langues susmentionnées.

En outre, depuis son installation en qualité de procureur général près la Cour de cassation, M. Jean-Claude Marin a souhaité poursuivre le travail entamé par son prédécesseur, M. Jean-Louis Nadal, et renforcer les relations du parquet général avec ses homologues étrangers ainsi que les possibilités offertes à des membres du parquet général de participer à des actions de coopération et d'entraide. Dans cet esprit, il a confié à l'un des membres de son cabinet la tâche de suivre et d'amplifier les rapports avec les autorités du ministère public des Cours suprêmes au sein ou en dehors de l'Union européenne. Ce magistrat est également en charge des déplacements du procureur général et des membres du parquet général à l'étranger.

Enfin, la Cour de cassation accueille le secrétariat général de l'AHJUCAF (l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français), ainsi que celui du Réseau des présidents de Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne. Elle participe notamment au Forum des juges de l'Union européenne pour l'environnement, au Forum des juges commerciaux européens, à l'Association des juges européens du travail, dont le président est un magistrat de la chambre sociale de la Cour de cassation, et à l'Association des juges européens du droit de la concurrence.

La coopération s'organise en vertu de relations bilatérales (I) et multilatérales (II). Au cours de l'année 2011, ces relations ont évolué à un rythme soutenu.

I – RELATIONS BILATÉRALES

Les relations bilatérales reposent principalement sur les conventions de jumelage. La Cour de cassation a signé dix-sept conventions de jumelage avec seize autres Cours suprêmes étatiques entre 1995 et 2011¹ et entretient des relations privilégiées avec ces différentes juridictions suprêmes (A). En outre, des échanges périodiques ont lieu entre les magistrats des Cours suprêmes étrangères en dehors du cadre des conventions de jumelage (B).

A – Conventions de jumelage

a) Signature de nouvelles conventions de jumelage

Une convention de jumelage régit la coopération entre la Cour de cassation et une autre juridiction suprême. Elle permet ainsi de mieux assurer l’accomplissement de leurs missions respectives, en renforçant les rapports d’amitié entre les deux cours et en facilitant la coopération juridique et judiciaire. Cette coopération concerne les matières relevant du contentieux qui leur est dévolu, les questions d’organisation et de procédure, ainsi que l’établissement d’échanges réguliers entre magistrats et fonctionnaires. Au cours de l’année 2011, quatre nouvelles conventions de jumelage ont été signées.

Convention de jumelage avec la Cour suprême du Sénégal (26 janvier 2011)

La signature de cette convention par le premier président de la Cour de cassation, M. Vincent Lamanda et le premier président de la Cour suprême du Sénégal, M. Papa Oumar Sakho, est intervenue en présence de M. Jean-Louis Nadal, procureur général, de M. Abdoulaye Gaye, procureur général et de Mme Maïmouna Sourang Ndir, ambassadeur du Sénégal. Une première convention datait de 1999 et une nouvelle convention s’imposait suite à la mutation en 2008 de la Cour de cassation en Cour suprême.

Convention de jumelage avec la Haute Cour de cassation et de justice de Roumanie (13 octobre 2011)

Le 13 octobre, à Sofia (Bulgarie), lors de l’assemblée générale du Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l’Union européenne, le premier président de la Cour de

1. Conventions de jumelage avec la Cour suprême d’Algérie (15 janvier 2002), la Cour suprême du Bénin (25 septembre 2003), la Cour suprême de cassation de Bulgarie (19 mars 2010), la Cour de cassation du Burkina Faso (22 novembre 2011), le Tribunal supérieur de justice du Brésil (31 octobre 2011), la Cour suprême du Canada (26 février 1998), la Cour de cassation d’Égypte (14 mai 2001), la Cour suprême d’Israël (24 septembre 2009), la Cour de cassation du Liban (21 décembre 2001), la Cour suprême de Lituanie (28 février 2007), la Cour suprême de Madagascar (19 octobre 2007), la Cour suprême du Maroc (5 septembre 1995), la Cour suprême de la République dominicaine (29 juin 2004), la Haute Cour de cassation et de justice de Roumanie (13 octobre 2011), la Cour suprême du Sénégal (21 mai 1999 et 26 janvier 2011), la Cour suprême d’Ukraine (8 juillet 2009).

cassation M. Vincent Lamanda a signé une convention de jumelage avec le représentant de la présidente de la Haute Cour de cassation et de justice de Roumanie.

Convention de jumelage avec le Tribunal supérieur de justice de la Fédération du Brésil (31 octobre 2011)

Le 31 octobre, à l'École nationale de la magistrature (ENM), à Bordeaux, une convention de jumelage a été signée entre le premier président de la Cour de cassation, M. Vincent Lamanda et le président du Tribunal supérieur de justice de la Fédération du Brésil, M. Ari Pargendler, à l'occasion de leur participation à la 5^e conférence internationale sur la formation judiciaire, qui avait pour thème « la formation judiciaire dans un monde globalisé : contribuer à garantir confiance et stabilité », organisée par l'ENM et l'Organisation internationale pour la formation judiciaire (IOJT), conférence clôturée par le procureur général près la Cour de cassation et le garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés.

Convention de jumelage avec la Cour de cassation du Burkina Faso (22 novembre 2011)

Le 22 novembre, une convention de jumelage a été signée avec le premier président de la Cour de cassation du Burkina Faso, M. Abdouramane Boly. La signature de cette convention avait été décidée suite au séminaire sur la rédaction des arrêts qui s'était tenu du 26 au 29 juin, à la Cour de cassation du Burkina Faso, sous la direction de M. Jean-Michel Sommer, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile et aux entretiens accordés, en marge du séminaire, à Mme Catherine Bolteau-Serre, magistrat chargé des relations internationales, par M. Jérôme Traoré, ministre de la justice du Burkina Faso et M. Emmanuel Beth, ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire de France, en présence du premier président de la Cour de cassation burkinabè.

b) Activités menées au titre des conventions de jumelage

Les échanges effectués au titre des conventions de jumelage, riches d'enseignements, dépendent des demandes réciproques des Cours suprêmes concernées et de la Cour de cassation, donnant lieu à des programmes élaborés annuellement. Ainsi, les magistrats des Cours suprêmes africaines, qui travaillent au sein de systèmes judiciaires similaires à celui de la France, cherchent principalement à approfondir la technique de rédaction des arrêts de la Cour de cassation qui fait l'objet de séances de travail, soit lors de visites de magistrats des Cours suprêmes étrangères, soit lors de déplacements de magistrats de la Cour de cassation à l'étranger. D'autres Cours suprêmes privilégient les échanges sur tel domaine du droit, lors de réunions de travail, de conférences ou colloques.

Au cours de l'année 2011, des échanges significatifs ont eu lieu.

Convention de jumelage avec la Cour suprême d'Algérie (15 janvier 2002)

Une délégation conduite par M. Bertrand Louvel, président de la chambre criminelle de la Cour de cassation, et M. Christian Raysseguier, premier avocat général à ladite chambre,

s'est rendue en Algérie au cours du mois de mai pour échanger sur la jurisprudence des chambres pénales des deux cours. En outre, du 21 au 25 novembre, quatre hauts magistrats, dont un président de chambre de la Cour suprême algérienne, ont effectué une visite de travail à la Cour de cassation et participé, le 25 novembre, aux « rencontres de procédure civile », colloque organisé par la Cour de cassation.

Convention de jumelage avec la Cour suprême du Bénin (25 septembre 2003)

Du 6 au 17 juin, puis du 21 novembre au 2 décembre, la Cour de cassation a reçu la visite de travail de quatre magistrats de la Cour suprême du Bénin. De même, en novembre, M. Jean-François Kriegk, conseiller à la deuxième chambre civile, est intervenu à la Cour suprême du Bénin au colloque international organisé pour la célébration du 50^e anniversaire de la création de la Cour suprême. Ses interventions portaient l'une sur « La Cour de cassation de France au travers de l'histoire : grands faits et arrêts » et l'autre sur « Le délai raisonnable en droit français et européen ».

Convention de jumelage avec la Cour de cassation d'Égypte (14 mai 2001)

Du 7 au 18 février et du 6 au 17 juin, la Cour de cassation a reçu la visite de travail de plusieurs magistrats de la Cour de cassation d'Égypte. En outre, du 14 au 16 juin, la Cour de cassation a reçu la visite d'une délégation de la Cour de cassation d'Égypte conduite par son président, Dr Serry Siam, en présence du futur président de cette Cour, M. Hossam el-Gheriany, sur le thème de la simplification et de l'accélération des procédures du règlement des pourvois en cassation. Enfin, les 19 et 20 décembre 2011, la Cour de cassation a accueilli la première réunion de l'expertise collégiale sur la réforme de l'administration du système judiciaire en Égypte.

Convention de jumelage avec la Cour suprême de Lituanie (28 février 2007)

M. Gérard Pluyette, conseiller doyen à la première chambre civile, a participé les 13 et 14 octobre à une conférence sur la sauvegarde des droits civils organisée à Vilnius (Lituanie) par l'université Mykolas Romeris et la Cour suprême de Lituanie.

Convention de jumelage avec la Cour suprême du Maroc (5 septembre 1995)

La Cour de cassation a reçu en visite de travail, du 17 au 28 octobre, deux magistrats et deux fonctionnaires de la Cour suprême.

Convention de jumelage avec la Cour suprême du Sénégal (26 janvier 2011)

Ont été organisées du 11 au 15 avril 2011, à Dakar, des journées d'études consacrées à la rédaction et à l'enrichissement des arrêts, sous la direction de M. Alain Lacabarats,

président de la troisième chambre civile et de M. Tony Moussa, conseiller à la deuxième chambre civile. Était également présent Me Gilles Thouvenin, président désigné de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Du 19 au 22 juin, en coordination avec l'École nationale de la magistrature, M. Jean-Louis Gillet, président de chambre maintenu en activité, a animé à la Cour suprême du Sénégal un nouveau séminaire sur la rédaction des arrêts.

Au cours de l'année 2011, les relations franco-sénégalaises se sont intensifiées. Les journées d'études d'avril et le séminaire de juin s'inscrivent dans la lignée de ceux qui furent organisés à Dakar en mai et décembre 2010 et de la mission effectuée en octobre 2010 par Mme Catherine Bolteau-Serre, magistrat chargé des relations internationales. À l'instar de ce qui avait été initié en décembre 2010 par M. Alain Lacabarats, ces journées eurent pour objet la présentation des mémoires et moyens de cassation, les techniques de cassation, les méthodes de rédaction des mémoires, des arrêts et de leurs sommaires, à partir de cas concrets tant de la Cour de cassation que de la Cour suprême. De même, la Cour de cassation a reçu en visite de travail, du 2 au 13 mai, puis du 28 novembre au 2 décembre, cinq magistrats de la Cour suprême. Au cours de leur séjour, de nombreux entretiens ainsi que des séances de travail sur la rédaction des arrêts ont été organisés et animés par plusieurs magistrats des chambres civiles et de la chambre criminelle de la Cour de cassation.

B – Autres échanges bilatéraux

Au-delà des relations existant entre les Cours suprêmes étrangères et la Cour de cassation au titre des conventions de jumelage, la coopération bilatérale s'exprime au travers des visites nombreuses de délégations étrangères venues de toutes les régions du monde, en partenariat avec l'École nationale de la magistrature, le service des affaires européennes et internationales du ministère de la justice, le ministère des affaires étrangères et européennes, le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État, ainsi que les autres professions juridiques (notaires, avocats, huissiers), auxquelles il faut ajouter des universités françaises (Paris I, Paris II, Bordeaux) et étrangères (notamment aux États-Unis, en Belgique et en Suisse).

Ces visites prennent la forme d'entretiens accordés par le premier président, M. Vincent Lamanda et par le procureur général, M. Jean-Louis Nadal, puis M. Jean-Claude Marin, à leurs homologues des Cours suprêmes étrangères, aux ministres de la justice et aux ambassadeurs des États étrangers, par les magistrats de la Cour de cassation du siège et du parquet général sur des thèmes généraux (l'organisation de la Cour de cassation par exemple), plus précis (le rôle du service de documentation, des études et du rapport), ou de nombreux domaines du droit. S'y ajoutent de nombreux stages de magistrats étrangers sur plusieurs jours voire semaines. Réciproquement, les magistrats de la Cour de cassation effectuent aussi des visites au sein d'autres juridictions ou institutions au titre des programmes de formation et de manifestations scientifiques.

Les échanges avec l'Afrique sont toujours nombreux ; toutefois force est de constater que les relations avec l'Asie et l'Amérique, et notamment l'Amérique du Sud, se sont considérablement développées au cours de l'année.

Afrique

Les relations avec les institutions africaines, hors convention de jumelage, se sont approfondies de manière significative.

Ainsi, le premier président, M. Vincent Lamanda, a reçu, au cours de l'année 2011, la visite du ministre de la République démocratique du Congo (3 mai).

De même, la Cour de cassation a reçu la visite de magistrats du Maroc participant au cycle « connaissance de la justice française » à l'École nationale de la magistrature (4 février), de magistrats de la Cour suprême du Mali en visite d'étude au Conseil d'État (17 mars), d'un magistrat de la Cour suprême de Mauritanie en formation à l'École nationale de la magistrature (du 19 au 30 septembre). Dans ce cadre, M. Laurent Le Mesle, premier avocat général à la chambre commerciale, économique et financière, a pu s'entretenir le 23 septembre avec ce magistrat de la Cour suprême de Mauritanie.

Enfin, M. Frédéric Jenny et Mme Valérie Michel-Ansellem, conseiller et conseiller référendaire à la chambre commerciale, se sont entretenus avec des magistrats du tribunal administratif de Tunisie sur le thème du droit de la concurrence (12 mai).

Amériques

En 2011, les relations avec les Cours suprêmes d'Amérique du Nord et du Sud furent soutenues, notamment avec l'Amérique du Sud. Ainsi, suite à la signature de la convention de jumelage, le 31 octobre, à l'École nationale de la magistrature, à Bordeaux, le président du Tribunal supérieur de justice de la Fédération du Brésil, M. Ari Pargendler, s'est rendu, le 2 novembre, à la Cour de cassation, pour s'y entretenir à nouveau avec le premier président M. Vincent Lamanda.

Sans conteste, l'une des rencontres internationales majeures de l'année fut, le 8 novembre, celle du premier président avec M. Diego García Sayán, président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Le système interaméricain de protection des droits de l'homme repose notamment sur une juridiction internationale, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, habilitée à constater les violations de la Convention américaine des droits de l'homme et à accorder des réparations aux victimes qui ont subi des préjudices du fait des violations étatiques. Dans le prolongement de cette visite, une conférence en présence de M. Robert Badinter et de M. Jean-Paul Costa, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme, fut organisée par le Conseil d'État. Les présidents des Cours interaméricaine et européenne présentèrent les évolutions récentes de leur jurisprudence, mettant notamment l'accent sur les interactions et les influences réciproques.

M. le premier président Vincent Lamanda et M. le procureur général Jean-Louis Nadal ont également rencontré à la Cour de cassation, le 30 mai, M. Felipe Bulnes Serrano, ministre de la justice du Chili, lors d'entretiens portant notamment sur la réforme judiciaire engagée par cet État.

Au cours de l'année, la Cour de cassation a reçu deux délégations des États-Unis, une de la Cornell Law School (29 juin), l'autre de la Cour suprême de l'État de Tennessee

(14 septembre), ainsi que, venant du Brésil et en visite d'étude au Conseil d'État, M. Luiz Henrique Diniz Araujo, procureur fédéral du Brésil, qui s'est notamment entretenu le 8 septembre avec M. Christian Raysséguier, premier avocat général à la chambre criminelle.

Plusieurs magistrats de la Cour de cassation sont intervenus dans des manifestations internationales :

- en Amérique latine, en mai, Mme Françoise Monéger, conseiller à la première chambre civile, à Buenos Aires (Argentine), en octobre, M. Jacques Nunez, conseiller à la chambre criminelle, à Brasilia (Brésil), lors du séminaire sur la prévention des accidents du travail ;
- aux États-Unis, au siège de l'Organisation des Nations unies à New York, du 10 au 19 avril, M. Jean-Paul Laborde, conseiller à la chambre commerciale, sur invitation du bureau de l'Équipe spéciale de lutte contre le terrorisme des Nations unies, puis les 3 et 4 novembre, à Washington, au Forum mondial contre le terrorisme (groupe de travail sur l'État de droit).

Asie

Le cycle « connaissance de la justice française » organisé le 4 février à l'École nationale de la magistrature permet à la Cour de cassation d'accueillir des magistrats chinois, japonais et coréens qui y participaient.

L'année 2011 fut marquée par l'approfondissement des relations avec la Chine et les magistrats de la Cour participèrent à des manifestations organisées par le Conseil supérieur du notariat (CSN). Ainsi, M. Dominique Loriferne, président de la deuxième chambre civile, puis M. Christian Charruault, président de la première chambre civile, se sont rendus en Chine respectivement du 12 au 20 mars et du 15 au 23 octobre pour y représenter le premier président, M. Vincent Lamanda, à l'occasion des 23^e et 24^e séminaires de formation organisés par le CSN. En outre, le 28 juin, M. Dominique Loriferne et M. Tony Moussa, conseiller à la deuxième chambre civile, ont reçu une délégation chinoise, sous l'office de la Chambre nationale des huissiers de justice.

M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle, a pu quant à lui se déplacer à Pékin d'une part, les 5 et 6 mai, à la demande de l'École nationale de la magistrature, afin de participer à un colloque relatif aux dispositifs juridiques et judiciaires en matière de lutte contre la cybercriminalité, d'autre part, du 11 au 15 décembre, à l'initiative de l'université de Tsinghua, dans le cadre d'une mission sur l'État de droit.

Dans la lignée de ces échanges fructueux entre le parquet général et les magistrats chinois, M. Charpenel a également accueilli certains de ces magistrats les 27 septembre et 5 décembre, après qu'une délégation du parquet suprême chinois a souhaité rencontrer et féliciter M. Jean-Claude Marin, nouvellement installé en qualité de procureur général.

Les échanges de travail avec le Vietnam ont fait aussi l'objet d'un développement soutenu. Le 15 avril, M. Vincent Lamanda, premier président, et M. Jean-Louis Nadal, procureur général près la Cour de cassation, ont reçu la visite du ministre de la justice du Vietnam, M. Ha Hung Cuong. Le 24 octobre, la Cour a reçu la visite d'une délégation vietnamienne conduite par le vice-ministre de la justice, les entretiens avec les magistrats des trois chambres civiles portant sur la responsabilité délictuelle, la propriété et les contrats.

Enfin, le 2 décembre, une délégation composée notamment d'universitaires spécialistes de droit constitutionnel est venue s'entretenir avec des magistrats de la Cour sur la question prioritaire de constitutionnalité.

En outre, les magistrats de la Cour ont reçu de nombreuses visites d'homologues ou de délégations de juristes, pour des entretiens portant sur différents domaines :

- le 18 avril, M. Christian Raysseguier, premier avocat général, a rencontré M. Masyuki Ikegami, directeur du département des affaires criminelles générales au Parquet suprême du Japon, alors que M. Didier Boccon-Gibod, avocat général à la chambre criminelle, s'est entretenu avec des membres de la délégation japonaise. Le 10 mai, M. André Gariazzo, premier avocat général, a quant à lui accueilli le procureur général de Mongolie, M. Dambii Dorligjavdu ;
- le 29 avril, à la demande de l'Institut international pour les études comparatives (IIPEC), Mme Anne-Françoise Pascal, conseiller à la première chambre, a reçu en entretien, sur le droit international privé, une délégation de la Cour suprême d'Afghanistan ;
- le 12 mai, M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle, s'est entretenu avec une délégation chinoise de l'Association de la science juridique de la municipalité de Shanghai ;
- du 19 au 30 septembre, la Cour de cassation a reçu en visite de travail un magistrat de la Cour constitutionnelle d'Azerbaïdjan, en formation à l'École nationale de la magistrature ;
- le 30 septembre, une délégation laotienne s'est entretenue avec M. Hugues Adida-Canac, conseiller référendaire, Mme Élisabeth Lapasset, avocat général référendaire, tous deux à la deuxième chambre civile et M. Daniel Barlow, conseiller référendaire, adjoint au directeur du service de documentation, des études et du rapport, sur, respectivement, le rôle de la Cour de cassation et celui du service de documentation.

Europe

Cette année encore, les magistrats de la Cour de cassation, et, en premier lieu, le premier président, M. Vincent Lamanda, se sont déplacés à l'occasion de manifestations diverses.

Ainsi, le 14 février, le premier président s'est rendu à la Cour suprême du Danemark à l'occasion du 350^e anniversaire de cette cour.

Du 15 au 17 avril, M. Gilles Rouzet, conseiller à la troisième chambre civile, s'est rendu à Plovdiv (Bulgarie) pour participer à un colloque international sur la déontologie notariale.

Du 12 au 14 mai, Mme Frédérique Dreifuss-Netter et Mme Christine Capitaine, conseiller et conseiller référendaire à la première chambre civile, se sont rendues à Dublin (Irlande) afin de participer à la conférence du comité franco-britannico-irlandais de coopération judiciaire.

En outre, la Cour de cassation a reçu de nombreuses délégations européennes à des titres divers.

Ainsi, le 17 mars, la Cour de cassation a reçu la visite de Lord Justice Moses, magistrat britannique (en visite d'étude du 7 au 21 mars au Conseil d'État), le 28 mars, celle d'une délégation kosovare conduite par le procureur d'État, M. Ismet Kabashi, au titre de la mission EULEX et de l'accord bilatéral avec la direction des affaires criminelles et des grâces

(DACG) du ministère de la justice sur la lutte contre la corruption. La délégation a été reçue par M. Jean-Louis Nadal, procureur général près la Cour de cassation.

Le 29 mars, le premier président, M. Vincent Lamanda, a reçu la visite de M. John Larkin, *attorney general* d'Irlande du Nord, le 3 mai, celle du ministre de la justice de Roumanie, M. Catalin Marian Predoiu, le 31 mai, une délégation de hautes personnalités russes, conduite par M. Vienamin Yakovlev, conseiller du président de la Fédération de Russie.

Le 9 mai, M. Jean Mazars, conseiller doyen de la deuxième chambre civile, a reçu une délégation de la Commission de droit et des lois constitutionnelles du Sénat de la République tchèque conduite par son président.

Du 18 au 23 septembre, la Cour de cassation a reçu en visite de travail un magistrat de la Cour de cassation de Turquie et, du 23 novembre au 2 décembre, un magistrat slovaque en formation à l'ENM, qui a suivi notamment une séance de travail sur la rédaction des arrêts de la Cour de cassation.

Le 20 octobre, la Cour de cassation a accueilli M. Luigi Cossu, président de section au Conseil d'État italien, et Mme Felisa Atienza, magistrat à l'*Audiencia Nacional* de Madrid. Ils se sont entretenus avec M. Xavier Prétot, conseiller à la deuxième chambre civile, et M. Luc Briand, auditeur au service de documentation, des études et du rapport, en charge du bureau du droit constitutionnel.

Proche-Orient

En cette année d'intenses mouvements au sein de certains pays du Proche-Orient, les échanges ne se sont pas ralentis.

Ainsi, au cours de l'année, M. le premier président Vincent Lamanda s'est entretenu avec le ministre de la justice des Émirats arabes unis, M. Hadeef bin Juan El Dhaheri, accompagné d'une délégation de magistrats et de hauts fonctionnaires (30 mars), avec le ministre de la justice du sultanat d'Oman, Mohammed bin Al Hinai (12 avril), puis une délégation de la Cour suprême de ce même État, conduite par son président, Dr Ishaq Al Bousaidi (20 septembre), avec le ministre de la justice du Royaume de Jordanie, D^r Ibrahim Amosh, (20 juillet), enfin, avec le prince D^r Bandar bin Salman bin Mohammed Al Saud, ministre d'État, conseiller du roi d'Arabie saoudite (8 novembre).

S'agissant des visites de travail des magistrats, la Cour de cassation a également reçu des magistrats de la Cour suprême du Qatar (4 au 8 avril), d'Égypte (hors convention de jumelage, du 19 au 30 septembre), du Royaume d'Arabie saoudite (du 14 au 17 novembre).

Enfin, du 23 au 25 mai, la Cour de cassation, conjointement avec le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, a invité la présidente, Mme Dorit Beinisch², et une délégation

2. La délégation israélienne était composée de Mme Dorit Beinisch, présidente de la Cour suprême, M. Eliezer Rivlin, vice-président de la Cour suprême, M. Uzi Vogelmann, juge à la Cour suprême, Dr Shlomo Levin, ancien vice-président de la Cour suprême, M. Yigal Mersel, juge, Mme Suzie Navot, professeur.

de la Cour suprême d'Israël, à participer à des journées d'études portant sur des questions juridiques d'actualité. Ainsi, l'exécution des décisions de justice, le droit des personnes détenues, le contrôle de constitutionnalité et le droit des étrangers sont les thèmes qui firent l'objet d'interventions³.

II – RELATIONS MULTILATÉRALES

Les échanges multilatéraux de la Cour de cassation se déroulent à travers l'organisation et/ou la participation à des conférences ou séminaires et des visites de travail.

Ainsi, sous la présidence ukrainienne du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, M. Alain Lacabarats, président de la chambre sociale, s'est rendu à la Cour suprême d'Ukraine, à Kiev, le 22 septembre, pour participer à une conférence ayant pour thème les enjeux existants dans le domaine de la protection des droits de l'homme au niveau national ; cette manifestation visait à établir de nouvelles formes de coopération pour améliorer cette protection au niveau national.

M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle, s'est déplacé à Marrakech, du 21 au 23 septembre, afin de participer à la cinquième conférence annuelle de l'Association internationale des autorités anticorruption.

En outre et surtout, la Cour de cassation a participé aux travaux de nombreux réseaux et associations qui contribuent à renforcer les échanges, entre les Cours suprêmes, et avec d'autres acteurs du droit. Ainsi, le 10 mars 2011, ont participé au colloque organisé par l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation sur le thème « Juge de cassation en Europe », à l'occasion du vingtième anniversaire de l'Association européenne des barreaux des Cours suprêmes, M. Ernesto Lupo, premier président de la Cour suprême de cassation d'Italie, et Dr Geert J.M. Corstens, président de la Cour suprême des Pays-Bas. Étaient également présents M. Papa Oumar Sakho, premier président de la Cour suprême du Sénégal, et M. Ghaleb Ghanem, premier président honoraire de la Cour de cassation du Liban et président de l'AHJUCAF (Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français).

3. Sur l'exécution des décisions juridictionnelles, les points suivants ont été traités : l'exécution des décisions civiles, par Mme Lise Leroy-Gissing, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation ; l'exécution des peines, par M. Claude Mathon, avocat général à la chambre criminelle et M. Jean-François Debat, conseiller d'État, délégué à l'exécution des décisions de justice au Conseil d'État ; sur les droits des personnes privées de liberté, sont intervenus M. Julien Boucher, conseiller d'État, M. Didier Guérin, conseiller à la chambre criminelle, M. Didier Boccon-Gibod, avocat général à la chambre criminelle ; sur le droit des étrangers, sont intervenus M. Christian Charruault, président de la première chambre civile, M. Henri Suquet, conseiller à la première chambre civile, M. Alexandre Linden, conseiller à la chambre sociale, M. Damien Botteghi, maître des requêtes au Conseil d'État ; sur le contrôle de constitutionnalité (France : la question prioritaire de constitutionnalité), sont intervenus, Mme Claire Bazy-Malaurie, membre du Conseil constitutionnel, M. Xavier Prétot, agrégé des facultés de droit, conseiller en service extraordinaire à la deuxième chambre civile, M. Dominique Loriferne, président de la deuxième chambre civile.

Si la Cour de cassation peut ainsi prendre part à des manifestations organisées par d'autres acteurs de la justice, elle participe elle-même aux travaux des réseaux et associations relevant de l'Union européenne.

A – Le Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne (www.reseau.presidents.eu)

Les échanges les plus fréquents se déroulent au titre du Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne. Ce réseau, qui a son siège à la Cour de cassation, a pour objet de favoriser les échanges d'idées et d'expériences sur toutes questions relatives à la jurisprudence, à l'organisation et au fonctionnement des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne. Il permet de faciliter les contacts et les échanges d'informations entre ses membres ou observateurs, ainsi qu'entre ceux-ci et les instances européennes. Ce réseau, qui compte 27 membres et 3 observateurs, comprend un conseil d'administration dont M. le premier président Vincent Lamanda est membre, qui se réunit au moins deux fois par an, et une assemblée générale, qui se réunit au moins une fois tous les deux ans.

Ainsi, le 27 mars, le premier président s'est rendu au Luxembourg afin de participer à une réunion du conseil d'administration du Réseau, et les 13 et 14 octobre, en Bulgarie (Sofia), à une autre réunion du conseil d'administration et à l'assemblée générale du Réseau, qui étaient suivies d'une conférence ayant pour thème la gestion financière et les ressources des Cours suprêmes. En effet, sur l'initiative du premier président de la Cour de cassation, un questionnaire sur ce thème, établi par la Cour de cassation, fut envoyé à l'ensemble des Cours suprêmes membres du réseau, accompagné des réponses de la Cour française audit questionnaire. Après recueil des réponses des Cours suprêmes (26), un rapport de synthèse a été présenté par le premier président lors de la conférence de Sofia. À l'occasion de l'assemblée générale, M. András Baka, président de la Cour suprême et du Conseil national de justice de Hongrie, a été élu président du réseau, en remplacement de Mme Irmgard Griss, présidente de la Cour suprême d'Autriche.

Au titre du programme d'échanges de magistrats organisé par le Réseau des présidents de Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, la Cour de cassation a reçu, du 17 au 28 octobre, MM. Giovanni Amoroso (Italie), Jean de Coudt (Belgique) et Miroslaw Baczyk (Pologne).

B – Le Réseau des procureurs généraux ou institutions équivalentes près les Cours suprêmes judiciaires des États de l'Union européenne

Sous l'impulsion de M. Jean-Louis Nadal, le parquet général de la Cour de cassation a été l'artisan de la création, en 2009, du Réseau des procureurs généraux ou institutions équivalentes près les Cours suprêmes judiciaires des États membres de l'Union européenne, qui compte aujourd'hui 28 membres.

Sur le modèle du Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, il est chargé de favoriser les échanges sur les questions relatives au rôle, à l'organisation et au fonctionnement des parquets généraux près les Cours suprêmes des États membres de l'Union européenne, et d'encourager la réflexion sur l'évolution des parquets généraux et les problématiques communes. Il permet en outre de multiplier les échanges fluides sur toute question relative à la jurisprudence des Cours suprêmes judiciaires des États membres de l'Union européenne. Son secrétariat général est actuellement exercé par les services du procureur général près la Cour de cassation italienne.

Doté d'un forum de discussion, le réseau organise également annuellement un colloque réunissant l'ensemble de ses membres, chaque année dans un pays différent.

C'est ainsi que s'est déroulée, à Rome, du 26 au 28 mai, la 4^e réunion et conférence du réseau, intitulée « Dialogue entre les procureurs généraux en Europe : organes judiciaires, promoteurs des droits de l'homme », qui a également permis l'élection du nouveau président du réseau, M. Peter Polt, procureur général hongrois, ainsi que de M. Ignazio Patrone et de M. Renato Finocchi Ghersi, magistrats à la Cour de cassation italienne, respectivement nouveau secrétaire général et nouveau trésorier.

M. Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation, a écrit à l'ensemble des membres de ce réseau après son installation, pour dire à ses homologues son intention résolue de poursuivre l'œuvre ainsi entamée.

C – L'Agence de coopération juridique internationale (ACOJURIS)

L'Agence de coopération juridique internationale est une association relevant de la loi de 1901 qui a pour objet de mettre en œuvre et de gérer des actions de coopération internationales entre administrations, institutions, ou avec les professions juridiques et judiciaires, afin de promouvoir l'État de droit, de mettre en place notamment des actions de formation et de coopération technique cohérentes et, plus généralement, de s'assurer de la promotion des échanges de savoir-faire entre professionnels au niveau communautaire et international, notamment au titre des programmes de coopération mis en œuvre par l'Union européenne. La Cour de cassation est souvent sollicitée pour des missions et/ou travaux de cette association.

Ainsi, plusieurs magistrats de la Cour de cassation se sont rendus au Liban, à Beyrouth, pour animer des séminaires de formation de magistrats libanais :

- du 9 au 15 janvier, M. Gilles Straelhi, conseiller à la chambre criminelle, en droit pénal et procédure pénale ;
- du 28 au 30 mars, puis du 18 au 22 décembre, M. Tony Moussa, conseiller à la deuxième chambre civile, en droit civil et procédure civile, puis sur le pourvoi en cassation ;
- du 11 au 16 décembre, M. Patrick Matet, conseiller à la première chambre civile, sur le référé.

À la demande d'ACOJURIS, M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle, est quant à lui intervenu à diverses reprises en Croatie, dans le cadre du comité de pilotage du jumelage européen, portant sur le renforcement de l'agence anticorruption. Il s'est

ainsi déplacé à Zagreb les 15 février, 1^{er} et 2 mai et du 18 au 20 juillet, puis à Vukovar du 2 au 8 octobre.

M. Laurent Davenas, avocat général à la chambre criminelle, a également répondu à la demande de l'agence, en participant, au Monténégro, du 19 au 22 juin, à une action de formation organisée sur le thème des techniques spéciales d'enquête.

Le 18 mai, M. Gilles Straelhi, conseiller à la chambre criminelle et M. Laurent Davenas, avocat général, ont reçu une délégation de magistrats du Monténégro au titre du programme européen portant sur la réforme du code de procédure pénale de cet État. Ces magistrats ont également été reçus par M. André Gariazzo, premier avocat général à la troisième chambre civile.

D – L'association des juges européens du travail

Cette association est dédiée à la promotion d'informations et de contacts dans le domaine du droit du travail, et à l'échange de pratiques judiciaires. Elle est ouverte à tous les États membres de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen.

Les 3 et 4 juin 2011 s'est tenu à Malte le XV^e congrès de l'Association européenne des juges de juridictions du travail (European Association of Labour Court Judges) sur le thème de l'accès à la justice des travailleurs migrants, expatriés ou détachés, et de l'impact de la directive de l'Union européenne sur le détachement.

M. Michel Blatman, conseiller à la chambre sociale, a été élu président de cette association pour l'année 2011-2012 lors de l'assemblée générale de cette dernière.

E – Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF) (www.ahjucaf.org)

L'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), créée en 2001 à l'initiative de l'Organisation internationale de la francophonie et de la Cour de cassation, comprend actuellement cinquante membres. Elle a pour objectif de favoriser l'entraide, la solidarité, la coopération, les échanges d'idées et d'expériences entre les institutions judiciaires membres sur les questions relevant de leur compétence ou intéressant leur organisation et leur fonctionnement, et de promouvoir le rôle des hautes juridictions dans la consolidation de l'État de droit, le renforcement de la sécurité juridique, la régulation des décisions judiciaires et l'harmonisation du droit au sein des États membres. Elle a son siège à la Cour de cassation.

Le 1^{er} avril, à Beyrouth (Liban), s'est tenu le conseil d'administration de l'AHJUCAF dont M. Vincent Lamanda, premier président, est membre. Celui-ci était représenté par M. Jean-Yves Monfort, conseiller à la chambre criminelle. À l'occasion de ce conseil, l'association, dont le secrétaire général est M. Jean-Louis Gillet, président de chambre maintenu en activité, a organisé une conférence sur le thème de la mise en œuvre des droits fondamentaux

par les règles de procédure, où sont intervenus M. Tony Moussa, conseiller à la deuxième chambre civile, et Mme Catherine Bolteau-Serre, magistrat chargé des relations internationales.

Le 15 octobre 2011, la nouvelle version de la base de données Juricaf (<http://www.juricaf.org>) administrée par l'AHJUCAF en partenariat avec le laboratoire « Normologie, linguistique et informatique du droit » de l'université Paris I et bénéficiant du soutien de l'Organisation internationale de la francophonie a été lancée, en accès libre sur internet.

Avec une mise à jour quotidienne, Juricaf publie, sous leur contrôle, l'intégralité de la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique, de la Cour suprême du Canada, de la Cour de cassation française et du Tribunal fédéral suisse. Juricaf propose également de nombreuses décisions inédites issues du continent africain (Bénin, Guinée, Madagascar, Maroc, Niger, Sénégal, Tchad) ou d'Europe de l'Est (Roumanie et République Tchèque, décisions traduites en français).

F – Forum des juges de l'Union européenne pour l'environnement (www.eufje.org)

Le Forum des juges de l'Union européenne pour l'environnement, association de droit belge, ouverte à tous les juges de l'Union européenne et de l'Association européenne de libre-échange, a pour objet de contribuer à la mise en œuvre du droit de l'environnement national, européen et international, par l'amélioration des connaissances des juges en matière de droit de l'environnement, par l'échange de données jurisprudentielles, et le partage des expériences, en matière de formation au droit de l'environnement.

En sa qualité de secrétaire générale de l'association, Mme Françoise Nési, conseiller référendaire à la troisième chambre civile, a participé les 7 et 8 février 2011, à Genève, à une réunion du Forum, membre du groupe de travail sur l'accès à la justice, au titre de la mise en œuvre de la Convention d'Aarhus⁴.

4. Depuis le 1^{er} janvier 2010 le conseil d'administration est composé comme suit : Luc Lavrysen (Belgique), président ; Lord Justice Robert Carnwarth (Royaume-Uni), vice-président ; Amadeo Postiglione (Italie), vice-président ; Anna-Lena Rosengardten (Suède), vice-président ; Françoise Nési (France), secrétaire général ; Peter Darak (Hongrie), trésorier ; Corina Mihaela Jijie (Roumanie), commissaire aux comptes.



IX

**Manifestations
organisées à la
Cour de cassation**

MANIFESTATIONS ORGANISÉES A LA COUR DE CASSATION EN 2011

La Cour de cassation a organisé, tout au long de l'année 2011, de nombreux colloques et conférences, au titre de la formation continue déconcentrée de l'École nationale de la magistrature. Ces manifestations ont eu lieu à l'initiative de la première présidence et à celle du parquet général.

Les actions menées à l'initiative de la première présidence ont été articulées autour de deux axes principaux : d'une part, des colloques s'inscrivant dans des cycles de conférences et, d'autre part, des manifestations ponctuelles sur des sujets spécifiques.

Quatre thèmes ont été retenus pour les cycles : « Droit et technique de cassation », « Droit et économie de l'environnement », « Droit de l'Union européenne », « La plume et le prétoire : les écrivains et la justice de leur temps ».

En ce qui concerne les colloques hors cycles, ont été traitées les questions suivantes : « Les vingt ans de la réforme des procédures civiles d'exécution : ses acquis et ses défis », « La liberté d'expression : une liberté en mouvement », « Le statut du mineur, plus de droits, plus de protection », « Le règlement des litiges au sein du mouvement sportif », « Variations autour de la rupture du contrat de travail », « Les deuxièmes rencontres de procédure civile », « La transparence du patrimoine ».

Le parquet général de la Cour de cassation a également engagé plusieurs actions de formation.

C'est ainsi qu'a été reconduite une formation sur la technique de cassation à destination des procureurs généraux de cours d'appel, pour mieux informer les parquets généraux sur les spécificités du pourvoi. Dans la même perspective, des représentants de la chambre criminelle se sont déplacés dans les cours d'appel pour assurer une diffusion de la jurisprudence de la chambre.

Par ailleurs, deux colloques se sont tenus à l'initiative du parquet général et ont donné lieu à des publications.

Un colloque a été organisé avec la Marine nationale en lien avec le secrétariat général de la mer et a réuni des magistrats et des officiers de marine confrontés aux affaires de protection de l'environnement marin et de lutte contre les activités illicites.

La seconde manifestation a permis à la Cour de cassation et au Conseil d'État d'aborder ensemble le thème de la responsabilité médicale récemment traitée par les deux institutions dans leur rapport annuel.

L'ensemble de ces manifestations est synthétisé dans le tableau ci-après.

Date	Cycle ou conférence hors cycle	Intitulé de la manifestation	Intervenants
24/01/2011	Droit et technique de cassation	« La cassation, voie d'achèvement du procès ? »	Gérard PLUYETTE , conseiller doyen de la première chambre civile de la Cour de cassation Louis BORE , avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation Jean FAVIER , membre de l'Institut
10/02/2011	La plume et le prétoire : les écrivains et la justice de leur temps	« Le procès de Jeanne d'Arc. Problèmes juridiques »	
11/02/2011	Parquet général	Diffusion de la jurisprudence de la chambre criminelle Déplacement à la cour d'appel de Bastia	Christian RAYSEGUIER , premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation Didier BOCCON-GIBOD , avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation Didier GUERIN , conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation Jean-Claude POMETAN , conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation
24/03/2011	La plume et le prétoire : les écrivains et la justice de leur temps	« Mme de Sévigné et les procès de son temps »	Arlette LEBIGRE , professeur émérite des universités
25/03/2011	Hors cycle – 9 ^e colloque « Droit et procédures »	« Les vingt ans de la réforme des procédures civiles d'exécution : ses acquis et ses défis »	Vincent LAMANDA , premier président de la Cour de cassation Jean-Louis NADAL , procureur général près la Cour de cassation Jean-Daniel LACHKAR , président de la Chambre nationale des huissiers de justice (propos introductifs) Serge GUINCHARD , recteur honoraire, professeur émérite à l'université Paris II-Panthéon-Assas, directeur du conseil scientifique de la revue <i>Droit et procédures</i> (rapport introductif) Dominique LORIFERNE , président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Marcel DYMANT , huissier de justice, ancien président de la Chambre nationale des huissiers de justice (présidence de séance) Jean-Michel ROUZAUD , huissier de justice, président de l'École nationale de procédure Isabelle VENDRYES , vice-présidente au tribunal de grande instance de Paris, juge de l'exécution

			<p>Pierre-Michel LE CORRE, professeur à l'université de Nice-Sophia Antipolis</p> <p>Guillaume DRAGO, professeur à l'université Paris II-Panthéon-Assas</p> <p>Frédérique FERRAND, professeur à l'université Lyon III-Jean Moulin</p> <p>Gabriel MECARELLI, maître de conférences à l'université Paris Sud XI, rédacteur en chef de la revue <i>Droit et procédures</i></p> <p>Pierre CROCO, professeur à l'université Paris II-Panthéon-Assas, directeur de l'Institut d'études judiciaires « Pierre Raynaud », directeur scientifique du colloque</p> <p>Tony MOUSSA, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Bernard RAY, huissier de justice</p> <p>Denis TALON, avocat au barreau de Paris</p> <p>Cédric UZAN-SARANO, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation (intervenants)</p> <p>Claude BRENNER, professeur à l'université Paris II-Panthéon-Assas (rapport de synthèse)</p>
1/04/2011	Parquet général	« L'action de l'État en mer et la sécurité des espaces maritimes : la place de l'autorité judiciaire »	<p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation</p> <p>Jean-Louis NADAL, procureur général près la Cour de cassation (propos introductifs)</p> <p>vice-amiral Xavier MAGNE, sous-chef « opérations aéronavales » à l'état-major de la marine</p> <p>Jean-François TALLEC, secrétaire général à la mer</p> <p>amiral Jacques LAUNAY, inspecteur général des armées-Marine, représentant du chef d'état-major de la marine</p> <p>vice-amiral d'escadre Anne-François de SAINT-SALVY, préfet maritime de l'Atlantique, commandant la zone maritime Atlantique</p> <p>commissaire général Jean-Loup VELUT, adjoint au préfet maritime de la Méditerranée</p> <p>Gérard LOUBENS, ancien procureur général près la cour d'appel de Fort de France et représentant de la France à Eurojust</p> <p>Yves CHARPENEL, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation</p> <p>colonel Georges STRUB, commandant la gendarmerie maritime</p> <p>Christian RAY SSEGUIER, premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation</p>

Date	Cycle ou conférence hors cycle	Intitulé de la manifestation	Intervenants
12/05/2011	La plume et le prétoire : les écrivains et la justice de leur temps	« À la recherche de "son" Calas : Balzac et l'affaire Pleytel »	<p>Edwige BELLIARD, directrice des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères</p> <p>Elisabeth PONROY, conseiller à la Cour de cassation</p> <p>Luc BRIAND, auditeur à la Cour de cassation</p> <p>Didier BOCCON-GIBOD, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation</p> <p>Didier Le PRADO, président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation</p> <p>contre-amiral Georges BOSSELUT, amiral chargé de la coordination de fonctions garde-côtes</p> <p>Maryvonne CAILLOTTE, directrice des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice et des libertés</p> <p>Emmanuel BARBE, secrétaire général adjoint aux affaires européennes</p> <p>Jean-Pierre QUENEUDEC, président de l'Académie de marine (intervenants)</p> <p>Gérard GENGEMBRE, professeur à l'université de Caen</p>
27/05/2011	Hors cycle	« La liberté d'expression : une liberté en mouvement »	<p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation</p> <p>Jean CASTELAIN, bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau de Paris (propos introductifs)</p> <p>Jean-Yves DUPEUX, avocat au barreau de Paris, président de l'Association des avocats praticiens du droit de la presse (rapport introductif)</p> <p>Dominique DE LEUSSE DE SYON, avocat au barreau de Paris</p> <p>Thierry MASSIS, avocat au barreau de Paris</p> <p>Christian CHARRUAULT, président de la première chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Jean-Yves LE BORGNE, vice-bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau de Paris (présidence de séance)</p> <p>Paul CASSIA, professeur à l'université Paris I-Panthéon Sorbonne</p>

			<p>Alain LACABARATS, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Claire WAQUET, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation</p> <p>Anne-Marie SAUTERAUD, vice-présidente au tribunal de grande instance de Paris</p> <p>Anne-Élizabeth CREDEVILLE, conseiller à la première chambre de la Cour de cassation</p> <p>Basile ADER, avocat au barreau de Paris</p> <p>Yves MAYAUD, professeur à l'université Paris II-Panthéon-Assas</p> <p>Jean-Yves MONFORT, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation</p> <p>Christophe BIGOT, avocat au barreau de Paris</p> <p>Jacques BUISSON, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Natalie FRICERO, professeur à l'université Nice-Sophia-Antipolis</p> <p>Gilles GAUER, avocat au barreau de Montpellier</p> <p>Jean-François KAHN, journaliste (intervenants)</p>
<p>10/06/2011</p>	<p>Hors cycle</p>	<p>« Le statut du mineur : plus de droits, plus de protections »</p>	<p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation</p> <p>Cécile PETIT, premier avocat général à la première chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Jean-Louis DAUMAS, directeur de la protection judiciaire de la jeunesse</p> <p>Thierry WICKERS, président du Conseil national des barreaux</p> <p>Jean CASTELAIN, bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau de Paris (propos introductifs)</p> <p>Christian CHARRUAULT, président de la première chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Damien MULLIEZ, magistrat, sous-directeur des missions de protection judiciaire et d'éducation à la direction de la protection judiciaire de la jeunesse (présidence de séance)</p> <p>Jacques POUJAREDE, professeur émérite de l'université de Toulouse Capitole, membre du Centre toulousain d'histoire du droit et des idées politiques (CTHDIP)</p> <p>Adeline GOUTTENoire, professeur à l'université Bordeaux IV-Montesquieu, membre du Centre européen d'études et de recherches en droit de la famille et des personnes (CERFAP)</p>

Date	Cycle ou conférence hors cycle	Intitulé de la manifestation	Intervenants
			<p>Josiane BIGOT, présidente de chambre à la cour d'appel de Besançon</p> <p>Valérie SEBAG, maître de conférences à l'université Paris 13, membre de l'Institut de recherche en droit des affaires (IRDA)</p> <p>Frédéric BICHERON, professeur à l'université de Nantes, membre de l'Institut de recherche de droit privé (IRDP)</p> <p>Dominique ATTIAS, avocate au barreau de Paris, membre du Conseil national des barreaux</p> <p>Sylvie DESPORTES, vice-présidente au tribunal de grande instance de Paris, chargée du service du tribunal d'instance du 16^e arrondissement de Paris</p> <p>Gilles BONNET, notaire à Paris</p> <p>Françoise SALOMON, vice-présidente au tribunal de grande instance de Paris, chargée du service du tribunal d'instance du 15^e arrondissement de Paris</p> <p>Hélène POIVEY-LECLERCQ, avocate au barreau de Paris, membre du Conseil de l'ordre des avocats du barreau de Paris, membre du Conseil national des barreaux</p> <p>Laurence GAREIL-SUTTER, maître de conférences à l'université Paris 13, membre de l'Institut de recherche en droit des affaires (IRDA)</p> <p>Damien MULLIEZ, magistrat, sous-directeur des missions de protection judiciaire et d'éducation à la direction de la protection judiciaire de la jeunesse</p> <p>Dominique ATTIAS, avocate au barreau de Paris, membre du Conseil national des barreaux</p> <p>Anne DUPUY, vice-présidente au tribunal de grande instance de Paris, juge aux affaires familiales</p> <p>Anne-Marie MORICE, magistrate, coordonnatrice régionale de formation à l'École nationale de la magistrature</p> <p>Françoise MONEGER, conseiller en service extraordinaire à la première chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Alexandre BOICHE, avocat au barreau de Paris (intervenants)</p> <p>Françoise DEKEUWER-DEFFOZEZ, professeur émérite de l'université Lille II, professeur à la Faculté libre de droit de Lille (rapport de synthèse)</p>

17/06/2011	Hors cycle	« Le règlement des litiges au sein du mouvement sportif »	<p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation, Denis MESSEGLIA, président du Comité national olympique et sportif français (CNOSF) (propos introductifs) François ALAPHILIPPE, ancien président de la Fédération française de cyclisme, professeur à l'université de Limoges (rapport introductif) Alain LACABARATS, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, membre de la conférence des conciliateurs du CNOSF (présidence de séance) Jacques BARTHELEMY, avocat conseil en droit social, président suppléant de la commission juridique de la Ligue nationale de rugby Jean-François LACHAUME, professeur émérite à l'université de Poitiers, ancien président du Conseil fédéral d'appel de la Fédération française de cyclisme Omar ONGARO, responsable du département du statut de la FIFA Sébastien BERNARD, directeur juridique de la FIA Benjamin COHEN, directeur juridique de la FIBA Philippe MISSIKA, avocat au barreau de Paris, vice-président de la CAS Jean-Pierre KARAQUILLO, professeur à l'université de Limoges, ancien président de la Conférence des conciliations du CNOSF Mathieu MAISONNEUVE, professeur à l'université de la Réunion, membre de la Chambre arbitrale du sport (CAS) du CNOSF Alain LACABARATS, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation Marie-France MAZARS, conseiller doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation Jean-Claude BONICHOT, conseiller d'État, président de chambre à la Cour de justice de l'Union européenne Charles DUDOIGNON, maître de conférences à l'université de Limoges, président de la Commission nationale de discipline de la Fédération française de cyclisme (intervenants)</p>
22/09/2011	La plume et le prétoire : les écrivains et la justice de leur temps	« L'imaginaire de la justice chez Jules Verne et Alexandre Dumas »	<p>Boris BERNABE, professeur agrégé à l'université de Besançon</p>

Date	Cycle ou conférence hors cycle	Intitulé de la manifestation	Intervenants
26/09/2011	Droit et économie de l'environnement	« Réparation, compensation, valorisation économique de la nature ? Les nouveaux enjeux »	<p>Gilles J. MARTIN, professeur à l'université Nice-Sophia-Antipolis et à l'IEP de Paris</p> <p>Jean-Marie SALLES, directeur de recherches, CNRS-CIRAD, Montpellier</p>
29/09/2011	Droit de l'Union européenne	« La nouvelle architecture institutionnelle et les compétences de l'Union européenne, après le Traité de Lisbonne »	<p>Yves BOT, avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne</p> <p>Catherine KESSEDJIAN, professeur à l'université Paris II-Panthéon-Assas</p> <p>Jean-Guy HUGLO, conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation</p>
05/10/2011	Hors cycle	« Variations autour de la rupture du contrat de travail »	<p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation (propos introductifs)</p> <p>Marie-France MAZARS, conseiller doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation</p> <p>Jean-Yves FROUIN, conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation</p> <p>Pascale LAGESSE, avocat associé au barreau de Paris, cabinet Bredin-Prat</p> <p>Laurence PECAUT-RIVOLIER, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation</p> <p>Paul-Henri ANTONMATTEI, professeur à l'université Montpellier I, avocat au barreau de Paris, cabinet Barthélémy avocats (intervenants)</p>
13/10/2011	Droit de l'Union européenne	« Le droit de l'Union européenne et la Constitution de la République »	<p>Jean-Claude BONICHOT, conseiller d'État, président de chambre à la Cour de justice de l'Union européenne</p> <p>Jean-Paul JACQUE, professeur émérite à l'université de Strasbourg, directeur général honoraire au Conseil de l'Union européenne</p>
17/10/2011	Parquet général	Formation au pourvoi en cassation	<p>Jean-Claude MARIN, procureur général près la Cour de cassation (propos introductifs)</p> <p>Christian RAYSEGUIER, premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation</p> <p>Henri-Claude LE GALL, doyen honoraire de la chambre criminelle de la Cour de cassation</p> <p>Louis BORÉ, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation</p> <p>André GARIAZZO, premier avocat général à la troisième chambre civile de la Cour de cassation</p>

			<p>Gérard PLUYETTE, conseiller doyen de la première chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Gilles THOUVENIN, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation (intervenants)</p> <p>Philippe BRUN, professeur à l'université de Savoie</p> <p>Bruno DEFFAINS, professeur à l'université Paris II-Panthéon-Assas</p>
<p>17/10/2011</p>	<p>Droit et économie de l'environnement</p>	<p>«Faute, préjudice, lien de causalité, causes d'exonération : les piliers de la responsabilité civile dans la tourmente environnementale»</p>	
<p>20 et 21/10/2011</p>	<p>Parquet général</p>	<p>«Santé et Justice : quelles responsabilités? Dix ans après la loi du 4 mars 2002 »</p>	<p>Xavier BERTRAND, ministre du travail, de l'emploi et de la santé</p> <p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation</p> <p>Jean-Claude MARIN, procureur général près la Cour de cassation</p> <p>Olivier DUTHELLET de LAMOTHE, président de la section sociale du Conseil d'État (propos introductifs)</p> <p>Frédérique DREIFUSS-NETTER, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Didier TABUTEAU, conseiller d'État, codirecteur de l'Institut droit et santé de l'université Paris V-René Descartes</p> <p>Christian RAYSEGUIER, premier avocat général à la première chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Sylvie HUBAC, présidente de la 5^e sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État</p> <p>François STASSE, président adjoint de la section sociale du Conseil d'État</p> <p>Dominique LORIFERNE, président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Christine MAUGÛE, présidente de la 6^e sous-direction de la section du contentieux du Conseil d'État (présidents des tables rondes)</p> <p>Frédérique DREIFUSS-NETTER, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Guénhaël HUET, député de la Manche</p> <p>Dominique MARTIN, directeur de l'ONIAM</p> <p>Jean-Philippe THIELLAY, conseiller d'État, rapporteur public à la section du contentieux du Conseil d'État</p>

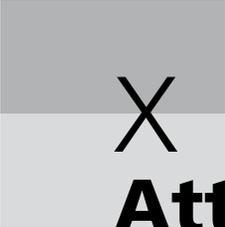
Date	Cycle ou conférence hors cycle	Intitulé de la manifestation	Intervenants
			<p>Mireille BACACHE-GIBEILLI, professeur de droit à l'université Paris V-René Descartes</p> <p>Didier CHAUVAUX, conseiller d'État, assesseur à la 5^e sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État</p> <p>Didier HOUSSIN, médecin, président de l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur</p> <p>Didier LE PRADO, président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation</p> <p>Jean-Dominique SARCELET, avocat général à la première chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Henri BLONDET, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation</p> <p>Catherine CHAMPRENAULT, procureur de la République du tribunal de grande instance d'Avignon, ancienne magistrate du pôle santé publique</p> <p>Jean-Marie FAROUDJA, médecin, membre de la chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins</p> <p>Georges HOLLEAUX, avocat au barreau de Paris</p> <p>Anne-Françoise ROUL, conseiller d'État, assesseur de la 5^e sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État, présidente suppléante de la chambre disciplinaire de l'ordre des médecins (intervenants)</p> <p>Domitille DUVAL-ARNOULD, magistrate chargée des fonctions de maître des requêtes à la 5^e sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État</p> <p>Sabine GIBERT, directrice juridique de l'ONIAM</p> <p>Nicolas GOMBAULT, directeur général de la société médicale d'assurances et de défense professionnelles Le Sou médical</p> <p>Marianick LAMBERT, secrétaire générale du Collectif interassociatif sur la santé</p> <p>Jean MAZARS, conseiller doyen de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Alain CORDIER, membre de la Haute autorité de santé</p> <p>Marc DUPONT, directeur adjoint des affaires juridiques à l'APHP, chargé d'enseignement à l'université Paris V-René Descartes</p> <p>Sophie HOCQUET-BERG, professeur de droit à l'université de Metz</p> <p>Catherine de SALINS, déléguée aux affaires juridiques du ministère du travail, de l'emploi et de la santé</p>

			<p>Pierre SARGOS, président de chambre honoraire à la Cour de cassation</p> <p>Philippe BICLET, expert près la cour d'appel et la cour administrative d'appel de Paris</p> <p>Annick FELTZ, présidente de commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales</p> <p>Sylvia MILLE, présidente de chambre à la cour administrative d'appel de Paris</p> <p>Rémi PELLET, professeur de droit à l'université Lille II et directeur d'études à Sciences Po-Paris</p> <p>Jean-Louis GALLET, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Anne LAUDE, professeur à l'université Paris V-René Descartes, codirectrice de l'Institut droit et santé</p> <p>Dominique MARANINCHI, directeur général de l'AFSSAPS</p> <p>Philippe RANQUET, membre de la section sociale du Conseil d'État (intervenants)</p> <p>Jean-Marc SAUVÉ, vice-président du Conseil d'État (séance de clôture)</p>
20/10/2011	La plume et le prétoire : les écrivains et la justice de leur temps	« "Ne jugez-pas" : Gide et la Cour de cassation »	<p>Sandra TRAVERS DE FAULTRIER, avocat, maître de conférences à Sciences Po</p>
17/11/2011	La plume et le prétoire : les écrivains et la justice de leur temps	« La justice et la miséricorde chez François Mauriac »	<p>Jérôme MICHEL, maître des requêtes au Conseil d'État</p>
21/11/2011	Droit et économie de l'environnement	« Le sort des sites pollués et la responsabilité des sociétés mères »	<p>François-Guy TREBUILLE, professeur à l'université Paris V Descartes</p> <p>Bernard SINCLAIR-DESGAGNE, professeur à HEC Montréal</p>
24/11/2011	Droit de l'Union européenne	« La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'office du juge national »	<p>Paul CASSIA, professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris I)</p> <p>Laurent TRUCHOT, président de chambre au Tribunal de l'Union européenne</p>
25/11/2011	Hors cycle	« Deuxièmes rencontres de procédure civile »	<p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation</p> <p>Loïc CADIET, professeur à l'École de droit de la Sorbonne-université Paris I, directeur du département de recherche sur la justice et le procès de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), membre de l'Institut universitaire de France (propos introductifs)</p>

Date	Cycle ou conférence hors cycle	Intitulé de la manifestation	Intervenants
			<p>Dominique LORIFERNE, président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (présidence de séance)</p> <p>Emmanuel JEULAND, professeur à l'École de droit de la Sorbonne-université Paris I, membre du département de recherche sur la justice et le procès (IRJS)</p> <p>Tony MOUSSA, conseiller doyen de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Yves STRICKLER, professeur à l'université Nice-Sophia Antipolis</p> <p>Louis BORE, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation</p> <p>Philippe THERY, professeur à l'université Paris II-Panthéon-Assas (intervenants)</p> <p>Soraya AMRANI MEKKI, professeur à l'université Paris Ouest Nanterre-La Défense, Centre de droit pénal et de criminologie (CDPC), département de recherche sur la justice et le procès de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS)</p> <p>Michèle BLIN, vice-présidente au tribunal de grande instance de Paris, chargée de l'administration du tribunal d'instance du 5^e arrondissement</p> <p>Robert CHATIN, président de chambre honoraire au tribunal de commerce de Paris</p> <p>Stéphane LATASTE, avocat au barreau de Paris, président de l'Association droit et procédure</p> <p>Natalie FRICERO, professeur à l'université Nice-Sophia-Antipolis, directrice de l'Institut d'études judiciaires</p> <p>Bruno BOVAL, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Isabelle NICOLLE, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Blaise CAPRON, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation (modérateurs)</p> <p>Christian RAYSEGUIER, premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation</p> <p>Xavier SALVAT, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation</p>
28/11/2011	Parquet général	Diffusion de la jurisprudence de la chambre criminelle Déplacement à la cour d'appel de Versailles	

01/12/2011	Hors cycle	« La transparence du patrimoine »	<p>Sandrine ZIANTARA, avocat général référendaire à la chambre criminelle de la Cour de cassation</p> <p>Didier BEAUVAIS, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation</p> <p>Jean-Luc MOIGNARD, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation</p> <p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation</p> <p>Ariane DESPORTE, vice-présidente du conseil d'administration de l'université Paris 13</p> <p>Pascal BLOCH, professeur à l'université Paris 13, directeur de l'Institut de recherche en droit des affaires (IRDA) (propos de bienvenue)</p> <p>Christian CHARRUAULT, président de la première chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Claire FAVRE, président de chambre à la Cour de cassation maintenu en activité (présidence de séance)</p> <p>Marie-Christine de LAMBERTY-AUTRAND, professeur à l'université Paris 13, membre de l'Institut de recherche en droit des affaires (IRDA)</p> <p>Romain DUMAS, maître de conférences à l'université de Toulouse II-Le Mirail, Centre de recherche sur l'entreprise, les organisations et le patrimoine (CREOP Limoges)</p> <p>Claude BRENNER, professeur à l'université Paris II-Panthéon-Assas, laboratoire de droit civil</p> <p>Hélène AUBRY, professeur à l'université Paris 13, Institut de recherche en droit des affaires (IRDA)</p> <p>Stéphanie GRAYOT, professeur à l'université de Bourgogne, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI)</p> <p>Françoise ANDRIEUX, huissier de justice, secrétaire général de l'Union internationale des huissiers de justice</p> <p>Luis ORTEGA ALCUBIERRE, doyen adjoint à la présidence du Conseil général des procuradores d'Espagne et responsable des relations internationales</p> <p>Bernard BOULOC, professeur émérite à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne</p> <p>Véronique MAGNIER, professeur à l'université Paris 11, directeur de l'Institut droit, éthique, patrimoine (IDEP)</p>
------------	------------	-----------------------------------	--

Date	Cycle ou conférence hors cycle	Intitulé de la manifestation	Intervenants
08/12/2011	La plume et le prétoire : les écrivains et la justice de leur temps	« Jean Giono et l'affaire Dominici »	Denis SALAS , magistrat, secrétaire général de l'AFHJ
09/12/2011	Parquet général	Diffusion de la jurisprudence de la chambre criminelle Déplacement à la cour d'appel d'Aix-en-Provence	Christian RAYSEGUIER , premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation Didier BOCCON-GIBOD , avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation François CORDIER , avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation Gilles STRAEHLI , conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation Jean-Claude POMETAN , conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation
12/12/2011	Droit et économie de l'environnement	« Assurances de responsabilité, assurances de choses et préjudices environnementaux »	Anne PELISSIER , professeur à l'université Montpellier I Claude FLUET , professeur à l'université du Québec à Montréal (intervenants) Stéphane PENET , directeur des assurances et de la responsabilité à la FFSA (discutant)
15/12/2011	Droit de l'Union européenne	« Les nouveaux droits conférés par la citoyenneté européenne »	Loïc AZOULAI , professeur à l'Institut universitaire de Florence Dominique MAIDANI , service juridique de la Commission européenne



X

Attributions des chambres civiles (*)

(*) Article R. 431-2, alinéa 1, du code de l'organisation judiciaire : « Le premier président fixe les attributions de chacune des chambres civiles par ordonnance après avis du procureur général. »

PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE

Agents immobiliers

Arbitrage international et interne

Assistance éducative

Associations

Contrats commerciaux lorsqu'une partie non commerçante a choisi la voie civile

Contrats de mariage, régimes matrimoniaux, pactes civils de solidarité

Coopératives agricoles et contrats d'intégration en agriculture

Discipline des experts judiciaires (articles 24 et suivants du décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004)

Discipline et responsabilité des avocats et officiers publics et ministériels et des conseils juridiques, sauf lorsque la responsabilité de ces derniers est mise en cause à l'occasion d'une activité de conseil fiscal

Domages de guerre

Droit des personnes et de la famille, à l'exception des pourvois portant sur les articles 9 et 9-1 du code civil, divorce et séparation de corps, pensions alimentaires et garde des mineurs

Droit international privé

Législation en matière de protection des consommateurs, à l'exception du surendettement des particuliers

Nationalité

Obligations et contrats civils, à l'exception des baux portant sur des immeubles et des ventes immobilières, ainsi que de la responsabilité des architectes, entrepreneurs et promoteurs

Ordres professionnels et professions organisées en ce qui concerne leur organisation, leur fonctionnement et leur gestion, à l'exception des honoraires d'avocats

Presse (diffamation, injure, respect de la vie privée et du droit à l'image, respect de la présomption d'innocence) (articles 9 et 9-1 du code civil)

Prises à partie

Prolongation du maintien des étrangers en rétention administrative ou en zone d'attente (articles L. 551-1-1 et suivants et articles L. 221-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile)

Propriété et droits réels mobiliers

Propriété littéraire et artistique

Rentes viagères entre particuliers

Réquisitions

Responsabilité contractuelle et notamment responsabilité du transporteur terrestre et aérien de personnes et responsabilité médicale

Responsabilité des magistrats du corps judiciaire (article 11-1 modifié de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958)

Responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service de la justice (article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire)

Séparation des pouvoirs

Sociétés civiles professionnelles

Spoliations

Successions, donations, testaments, partages et liquidations

DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE

Assurances terrestres et de la navigation de plaisance (à l'exception de l'assurance construction)

Demandes de renvoi pour cause de suspicion légitime

Experts judiciaires (inscription sur les listes)

Honoraires d'avocats

Indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction (article 706-3 du code de procédure pénale)

Indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le VIH

Législation concernant les rapatriés

Pourvois électoraux, sauf en ce qui concerne les élections professionnelles internes à l'entreprise

Pourvois formés contre les arrêts de cours d'appel dans lesquels le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante est partie

Procédure civile

Pupilles de la Nation

Responsabilité délictuelle

Sécurité sociale (dont accidents du travail et prestations familiales)

Surendettement des particuliers

Tarifs des auxiliaires de justice

Voies d'exécution

TROISIÈME CHAMBRE CIVILE

Assurance construction

Baux d'habitation

Baux commerciaux

Baux ruraux

Expropriations

Propriété immobilière (revendication, servitudes, bornage, mitoyenneté...)

Actions possessoires

Ventes d'immeubles

Copropriété

Lotissement

Remembrement

Urbanisme

Contrats d'entreprise et de travaux

Responsabilité des architectes, entrepreneurs et promoteurs

Hypothèques et privilèges immobiliers

Publicité foncière

Construction

Société civile immobilière

Promotion immobilière

Environnement et pollutions

CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE

Assurance crédit

Banques et effets de commerce

Bourse

Cautionnement dans la vie des affaires

Concurrence : concurrence déloyale et pourvois formés contre les arrêts de la cour d'appel de Paris en application de l'article L. 464-8 du code de commerce

Droit fiscal : enregistrement, impôt de solidarité sur la fortune, douane

Droit maritime et assurance maritime

Entreprises de presse

Sauvegarde des entreprises et procédures collectives

Fonds de commerce

Obligations, contrats commerciaux et contrats de distribution

Professions commerciales

Propriété industrielle (brevets d'invention, marques, dessins et modèles, contrefaçons)

Recours applicables aux contrats de droit privé relevant de la commande publique

Sociétés civiles à l'exclusion des sociétés civiles immobilières, des sociétés civiles professionnelles et des coopératives agricoles

Sociétés commerciales et autres personnes morales de droit commercial

Transport de marchandises par voies routière, ferroviaire, fluviale ou aérienne

CHAMBRE SOCIALE

Droit communautaire du travail

Droit de l'emploi et de la formation

Droits et obligations des parties au contrat de travail

Élections en matière sociale et professionnelle, internes à l'entreprise

Entreprises à statut

Interférence du droit commercial et du droit du travail

Licenciement disciplinaire

Relations collectives du travail

Représentation du personnel, protection des représentants du personnel

Situation économique et droit de l'emploi (notamment licenciement économique)

LISTE DES ABRÉVIATIONS

PUBLICATIONS (OUVRAGES, REVUES ET ÉDITEURS)

AJ Pénal : revue *Actualité juridique Pénal*

BICC : *Bulletin d'information de la Cour de cassation*

Bull. : *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles*

Bull. crim. : *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle*

Bull. Joly sociétés : *Bulletin Joly sociétés*

Cah. dr. entr. : *Cahiers de droit de l'entreprise*

C.C.C. : revue *Contrats, concurrence, consommation*

D. : *Recueil Dalloz-Sirey*

D.H. : *Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz*

D.P. : *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine Dalloz*

Dr. Pénal : revue *Droit pénal*

Dr. Soc. : revue *Droit social*

Gaz. Pal. : *Gazette du Palais*

J.-Cl. (civil, pénal...) : *Juris-Classeur* (répertoire)

JCP : *Juris-Classeur périodique (Semaine juridique)*

– éd. G : Édition Générale

– éd. CI (puis E) : Édition Commerce et Industrie (devenue *Entreprise* en 1984)

– éd. N : Édition Notariale

– éd. S : Édition Sociale

JDI : *Journal du droit international* (« *Clunet* »)

JO : *Journal officiel*

LGDJ : *Librairie générale de droit et de jurisprudence*

Petites affiches : *Petites affiches*

Procédures : revue *Procédures*

Rapport, Rapport annuel : *Rapport annuel de la Cour de cassation*

RCDIP : *Revue critique de droit international privé*

RDC : *Revue des contrats*

RD publ. : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*

RD rur. : *Revue de droit rural*
Rec. CC : *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*
Recueil Lebon : *Recueil des arrêts du Conseil d'État*
Rép. pén. et proc. pén. : *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* (Dalloz)
Rép. proc. civ. : *Répertoire de procédure civile* (Dalloz)
Resp. civ. et assur. : *revue Responsabilité civile et assurances*
Rev. dr. soc. : *Revue de droit social*
Rev. proc. coll. : *Revue des procédures collectives*
Rev. sc. crim. : *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*
Rev. sociétés : *Revue des sociétés*
RFD adm. : *Revue française de droit administratif*
Risques : *revue Risques*
RJ com. : *Revue de jurisprudence commerciale*
RJDA : *Revue de jurisprudence de droit des affaires*
RJS : *Revue de jurisprudence sociale*
RLDC : *Revue Lamy Droit Civil*
RTD civ. : *Revue trimestrielle de droit civil*
S. : *Recueil Sirey*
Santé & travail : *revue Santé & travail*

AUTRES ABRÉVIATIONS

AGS : Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés
AMF : Autorité des marchés financiers
AT : Accident du travail
CARSAT : Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail
Cass. : Cour de cassation
CE : Conseil d'État
CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
CHSCT : Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
CIVI : Commission d'indemnisation des victimes d'infractions

- CJCE** : Cour de justice des Communautés européennes
- CJUE** : Cour de justice de l'Union européenne
- CMR** : Convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route
- CNIL** : Commission nationale de l'informatique et des libertés
- Cons. const.** : Conseil constitutionnel
- CPH** : Conseil de prud'hommes
- CSM** : Conseil supérieur de la magistrature
- DUP** : Déclaration d'utilité publique
- FGAO** : Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages
- FGTI** : Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions
- FITH** : Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles
- FIVA** : Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante
- GAV** : Garde à vue
- GPEC** : Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences
- ICPE** : Installations classées pour la protection de l'environnement
- LCEN** : Loi pour la confiance dans l'économie numérique
- MP** : Maladie professionnelle
- OFII** : Office français de l'immigration et de l'intégration
- OGM** : Organisme génétiquement modifié
- ONIAM** : Office national d'indemnisation des accidents médicaux
- RTT** : Réduction du temps de travail
- TASS** : Tribunal des affaires de sécurité sociale
- TGI** : Tribunal de grande instance
- VIH** : Virus de l'immunodéficience humaine

Table des matières

COMPOSITION DE LA COMMISSION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES DE LA COUR DE CASSATION	3
PREMIÈRE PARTIE	
SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES	7
I – PROPOSITIONS DE RÉFORME EN MATIÈRE CIVILE	9
A – Suivi des suggestions de réforme	9
B – Suggestions nouvelles	28
II – PROPOSITIONS DE RÉFORME EN MATIÈRE PÉNALE	34
A – Suivi des suggestions de réforme	34
B – Suggestions nouvelles	49
DEUXIÈME PARTIE	
DISCOURS	59
DISCOURS PRONONCÉ lors de l’audience solennelle de début d’année judiciaire, le lundi 9 janvier 2012, par :	
Monsieur Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation	61
DISCOURS PRONONCÉ lors de l’audience solennelle de début d’année judiciaire, le lundi 9 janvier 2012, par :	
Monsieur Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation....	67
TROISIÈME PARTIE	
ÉTUDE	75
AVANT-PROPOS, par M. Jacques Moury.....	77
LE RISQUE	111
LIVRE 1. LA CHARGE DU RISQUE DÉPLACÉE	121
TITRE 1. LA CHARGE DU RISQUE ASSUMÉE.....	121
Chapitre 1. Déplacement de la charge du risque résultant d’une manifestation unilatérale de volonté	121
Chapitre 2. Déplacement de la charge du risque convenu.....	131

TITRE 2. LA CHARGE DU RISQUE IMPUTÉE	157
Chapitre 1. Responsabilité contractuelle	158
Chapitre 2. Régimes autonomes de responsabilité	181
Chapitre 3. Procédures collectives : responsabilité et autres mécanismes d'imputation du risque	208
Chapitre 4. Droit du travail : le risque économique dans l'entreprise et le licenciement pour motif économique	220
Chapitre 5. Droit maritime : les avaries communes, un mécanisme singulier	223
LIVRE 2. LA CHARGE DU RISQUE RÉPARTIE	225
TITRE 1. RÉPARTITION DE LA CHARGE DU RISQUE PAR MUTUALISATION ENTRE LES MEMBRES DE GROUPES DÉTERMINÉS PRIVÉS.....	225
Chapitre 1. Droit commun de l'assurance	226
Chapitre 2. Solidarité sous-jacente.....	242
TITRE 2. RÉPARTITION DE LA CHARGE DU RISQUE PAR MUTUALISATION, DOUBLÉE DE SOLIDARITÉ, ENTRE TOUS LES MEMBRES DE LA COLLECTIVITÉ NATIONALE	246
Chapitre 1. Fonds d'indemnisation	246
Chapitre 2. Sécurité sociale	261
Chapitre 3. Protection des salariés contre les risques d'insolvabilité de l'employeur et de chômage	269
Chapitre 4. Protection des personnes en matière de santé : la réparation des conséquences de la réalisation des risques sanitaires	273
LIVRE 3. LE RISQUE PRÉVENU.....	277
TITRE 1. LA PRÉVENTION DU RISQUE AVÉRÉ	277
Chapitre 1. Mesures directement préventives	277
Chapitre 2. Réparation à finalité préventive : l'indemnisation du risque de préjudice	368
TITRE 2. L'ANTICIPATION DU RISQUE SUSPECTÉ	370
Chapitre 1. Le risque d'atteinte à l'environnement	371
Chapitre 2. Le principe de précaution et son invocation devant les juridictions pénales au titre de l'état de nécessité	373
QUATRIÈME PARTIE	
JURISPRUDENCE DE LA COUR	377
ARRÊTS RENDUS EN ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET EN CHAMBRE MIXTE	379
A – Assemblée plénière	379
B – Chambre mixte	397
I – DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE	398
A – Chose jugée	398
B – État civil	400
C – Filiation	401

D – Presse	402
E – Propriété littéraire et artistique	403
F – Protection des consommateurs	407
G – Santé publique	408
II – DROIT DU TRAVAIL	411
Introduction	411
A – Contrat de travail, organisation et exécution du travail	413
B – Durée du travail et rémunérations	414
C – Santé et sécurité au travail	418
D – Égalité de traitement, discrimination, harcèlement	427
E – Accords collectifs et conflits collectifs du travail	433
F – Représentation du personnel et élections professionnelles	436
G – Rupture du contrat de travail	453
H – Actions en justice	459
III – DROIT IMMOBILIER, ENVIRONNEMENT ET URBANISME	460
Bail commercial	460
IV – ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES, COMMERCIALES ET FINANCIÈRES	462
A – Entreprises en difficulté	462
B – Droit des sociétés	468
C – Droit bancaire	469
D – Droit de la concurrence	471
V – RESPONSABILITÉ CIVILE, ASSURANCES ET SÉCURITÉ SOCIALE	475
A – Assurances	475
B – Fonds d’indemnisation	476
C – Sécurité sociale	477
VI – PROCÉDURE CIVILE ET ORGANISATION DES PROFESSIONS	483
Honoraires d’avocat	483
VII – DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE	486
A – Procédure pénale	486
B – Droit pénal général	502
C – Droit pénal spécial	505
D – Droit pénal économique et financier	509
VIII – APPLICATION DU DROIT DE L’UNION EUROPÉENNE ET INTERNATIONAL	510
A – Droit de l’Union européenne	510
B – Conventions internationales	511
IX – EXAMEN DES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ	516
A – Procédure	516
B – Dispositions législatives contestées	517

CINQUIÈME PARTIE	
ACTIVITÉ DE LA COUR	519
I – ACTIVITÉ JURIDICTIONNELLE	521
A – ASPECTS STATISTIQUES.....	523
1. Statistiques de l’année 2011.....	525
2. Évolution du stock et de la durée des affaires civiles et pénales	531
3. Répartition et évolution de l’activité en matière civile, commerciale, sociale et criminelle..	537
4. Questions prioritaires de constitutionnalité	553
B – COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS SUR LES STATISTIQUES	557
II – AVIS DE LA COUR	561
III – SERVICE DE DOCUMENTATION, DES ÉTUDES ET DU RAPPORT DE LA COUR DE CASSATION	579
IV – BUREAU D’AIDE JURIDICTIONNELLE	585
V – COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS	589
VI – COMMISSION DE RÉVISION DES CONDAMNATIONS PÉNALES	599
VII – COMMISSION DE RÉEXAMEN D’UNE DÉCISION PÉNALE CONSÉCUTIF AU PRONONCÉ D’UN ARRÊT DE LA CEDH	605
VIII – RELATIONS INTERNATIONALES	609
IX – MANIFESTATIONS ORGANISÉES À LA COUR DE CASSATION	625
X – ATTRIBUTIONS DES CHAMBRES CIVILES	641
LISTE DES ABRÉVIATIONS	647