

CHRONIQUE ANNUELLE DES GRANDES CONCLUSIONS DU PARQUET GÉNÉRAL DE LA COUR DE CASSATION POUR L'ANNÉE 2018 (PARTIE 2)

Sous la direction de Monsieur Renaud Salomon,
Avocat général à la Cour de cassation
Professeur associé à l'université de Paris Dauphine

Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation en droit social

11 L'affaire Take Eat easy

Emeric Jeansen,
Maître de conférences HDR à l'Université
Panthéon-Assas (Paris II)

21 L'obscur clarté de l'article L. 4622-6 du Code du travail

Simon Riancho,
ATER de l'Université Panthéon-Assas,
Membre du Laboratoire de droit social

35 Où l'existence d'un contrat de travail peut être écartée par le juge administratif et reconnue par le juge judiciaire

Grégoire Duchange,
Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas,
Membre du laboratoire de droit social

Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation en procédure civile

50 Un avis qui sauve les déclarations d'appel irrégulières

Natalie Fricero,
Professeur à l'Université Côte d'Azur, directrice
de l'Institut d'Études Judiciaires et du master 2
Gestion des contentieux privés,
Membre du Conseil supérieur de la magistrature
et présidente de la commission nationale d'examen
d'avocats

Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation en droit pénal

49 Les conditions de l'extradition

Edouard Verny,
Doyen honoraire de la faculté de droit
de l'Université Rennes I,
Professeur à l'université Paris II Panthéon-Assas.

55 Refus d'introduire la faute détachable devant les juridictions pénales

Sophie Schiller,
Professeur à Paris-Dauphine PSL,
Directrice du Centre de Recherche Droit Dauphine



Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation en droit social

L'affaire Take Eat Easy

Emeric Jeansen

Maître de conférences HDR à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Conclusions de Madame le Premier avocat général Courcol-Bouchard sous l'arrêt Cass. soc., 28 nov. 2018, n° 17-20.79

La chambre sociale n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le statut des travailleurs de l'économie dite « collaborative » (dénomination sur laquelle nous reviendrons), et les arrêts rendus sur cette question par les cours d'appel restent peu nombreux (V. A. Fabre, *Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français* : Dr. soc. 2018, p. 547 qui a recensé, en mars 2018, six décisions de cour d'appel concernant les sociétés Uber, Take Eat Easy et Voxtur, étant précisé que les recherches effectuées sur la base de données des arrêts des cours d'appel ne m'ont pas permis d'en identifier d'autres).

L'Organisation internationale du travail s'y est cependant intéressée dès 2016, à l'occasion d'une étude portant sur « *L'emploi atypique dans le monde* ». Le Conseil d'État l'aborde dans son étude annuelle 2017 « *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'Ubérisation* ». Plusieurs rapports ont été rédigés sur le sujet (Notamment Rapp. P. Terrasse sur l'économie collaborative, févr. 2016. – Rapp. N. Amar et L.-C. Viossat, *Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale* : IGAS, Rapp. n° 2015-121R, mai 2016. – Rapp. J. Barthélémy et G. Cette, janv. 2017. – DARES, n° 2013, août 2017 sur l'économie des plateformes numériques) mais, « *si ce travail fut essentiel (...) rien ne vaut autant que les réponses apportées par les juges* » (V. A. Fabre, art. Préc.).

C'est dans ce contexte que s'est prononcée la cour d'appel de Paris dans l'arrêt qui vous est aujourd'hui soumis : après avoir subi deux accidents de la circulation, M. D., livreur à vélo travaillant pour la société de livraison de repas à domicile Take Eat Easy, a saisi le 27 avril 2016 la juridiction prud'homale d'une demande de requalification en contrat de travail de la relation contractuelle le liant à la société en qualité d'auto-entrepreneur. Quatre mois après l'introduction de la procédure, la société a fait l'objet d'une liquidation judiciaire et le mandataire liquidateur a refusé d'inscrire les demandes de M. D. au passif de la liquidation, au motif que celui-ci n'avait jamais été salarié de la société.

Par arrêt confirmatif du 20 avril 2017, la cour d'appel a dit que l'appelant n'était pas lié à la société Take Eat Easy par un contrat de travail, que le conseil de prud'hommes était incompétent pour connaître du litige et a renvoyé l'affaire devant le tribunal de commerce de Paris.

Les huit branches réunies du moyen unique du pourvoi reprochent aux juges d'appel une violation des dispositions de l'article L. 8221-6, II du Code du travail, pour avoir dit les parties non liées par un contrat de travail alors qu'était caractérisée l'existence d'un lien de subordination.

1. Le droit applicable

Rappelons que l'article L. 8221-6 du Code du travail dispose que :

« *I.- Sont présumés ne pas être liés avec le donneur d'ordre par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation ou inscription :*

1° Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales (...) ;

II.- L'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque les personnes mentionnées au I fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci (...) ».

Il n'est en effet pas contesté que, souhaitant travailler à temps partiel comme coursier pour la société Take Eat Easy, M. D. avait procédé, à la demande de la société, à son inscription au registre du commerce en qualité d'auto-entrepreneur. Il est donc, par application du I de l'article L. 8221-6 du Code du travail, présumé ne pas avoir été salarié de la société, présomption simple qu'il a la possibilité de renverser en apportant la preuve de l'existence d'un lien de subordination juridique avec son donneur d'ordre.

L'on sait que, malgré une tentative avortée (un projet de loi de 1906 définissait le contrat de travail comme « *le contrat par lequel une personne s'engage à travailler pour une autre qui s'oblige à lui payer un salaire calculé, soit à raison de la durée du travail,*

soit à proportion de la qualité ou de la quantité de l'ouvrage accompli, soit d'après toute autre base arrêtée entre l'employeur et l'employé » (A. Jeammaud, L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail : Dr. soc. 2001, p. 227), le législateur n'a jamais apporté de définition du contrat de travail, alors même que « le principal déclencheur de l'application du droit social est la qualification de contrat de travail » (E. Dockès, Notion de contrat de travail : Dr. soc. 2011, p. 546). Le Code du travail dispose en effet, dès le premier alinéa de son premier article (C. trav., art. L. 1111-1), que ses dispositions « sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés », sans jamais nous dire ce qui fait l'employeur et ce qui fait le salarié.

Il appartenait dès lors à la chambre sociale de préciser qu'est un contrat de travail celui par lequel une personne physique s'engage à travailler pour le compte d'une autre personne, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération. La qualification de contrat de travail est d'ordre public, donc indisponible, et il ne peut y être dérogé par convention. Aussi « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs » (Cass. soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572, P+B+R+I).

Il appartient donc au juge de qualifier la relation de travail en faisant preuve de « réalisme », en faisant « toujours prévaloir la réalité des rapports établis entre les intéressés dans l'exécution de leur contrat, les "conditions de fait" (...) parce que ce qui a été délibérément fait ou supporté (jusqu'à ce que les choses se gâtent) est bien le plus pertinent révélateur de ce qui a été voulu » (A. Jeammaud, L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail : Dr. soc. 2001, p. 227).

L'existence d'un lien de subordination constitue le marqueur essentiel du contrat de travail, et donc, comme en l'espèce, le nœud du contentieux. Vous avez précisé dans votre arrêt Société Générale du 13 novembre 1996, « que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; que le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail » (Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, P+B+R).

C'est ce « lien de subordination juridique » que l'on retrouve dans les dispositions de l'article L. 8221-6, II du Code du travail. Ainsi, si c'est à celui qui se prévaut de l'existence d'un contrat de travail d'en apporter la preuve, l'auto-entrepreneur n'aura pas à prouver davantage qu'un autre : « Il serait erroné de penser qu'il existe une exigence particulière supplémentaire lorsque le travailleur est inscrit à un registre lui conférant a priori un statut d'indépendant dont il chercherait par la suite à se débarrasser. Au fond, la solution est assez logique car la qualification de contrat de travail ne saurait varier selon que les parties ont ou non placé le salarié sous un autre statut en cherchant à donner à la relation une fausse apparence. Il appartient au juge, par la méthode du faisceau d'indices, de vérifier que l'auto-entrepreneur est placé dans une situation de subordination juridique à l'égard du donneur d'ordre » (J. Mouly, Quand l'auto-entreprise sert de masque au salariat : Dr. soc. 2016, p. 859).

Notons que si la distinction entre subordination juridique et subordination économique fait les délices des travaillistes (et bien sûr de ceux qui les lisent), la jurisprudence paraît s'attacher autant à l'une qu'à l'autre pour exercer son office de qualification.

Ce qui n'est pas surprenant dès lors qu'il appartient au juge d'apprécier une situation de fait, en utilisant la méthode du faisceau d'indices : des indices d'une dépendance économique ne suffiront pas à identifier un contrat de travail, mais la dépendance peut être un indice de subordination (E. Dockès, Notion de contrat de travail : Dr. soc. 2011, p. 546).

Avant d'examiner la motivation des juges d'appel, il convient de préciser la place qu'occupait la société Take Eat Easy au sein de « l'économie de plateforme ».

2. Take Eat Easy et l'économie de plateforme

2.-1. Il n'est pas indifférent que la démarche de qualification concerne un travailleur recruté par une plateforme numérique et communiquant essentiellement avec celle-ci par l'intermédiaire d'une application téléchargée sur un smartphone. Ces plateformes numériques participent de l'économie dite « collaborative » ou économie « de pair à pair », c'est-à-dire reposant, à l'origine, « sur le partage ou l'échange entre particuliers de biens, de services ou de connaissances, avec échange monétaire ou sans échange monétaire, par l'intermédiaire d'une plateforme numérique de mise en relation » (DILA, L'économie collaborative : un nouveau modèle socio-économique : www.vie-publique.fr).

Certaines d'entre elles ont pour objet une prestation de travail mais « tous les prestataires des plateformes ne sont pas des travailleurs et, quand c'est le cas, tous ne sont pas des salariés » (V. sur ce point, A. Fabre, Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ? » RDT 2017, p.166). L'article L. 111-7, I du Code de la consommation donne une définition des opérateurs de plateforme en ligne :

« I.- Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur :

1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ;

2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service. »

Et l'article 242 bis du Code général des impôts définit la plateforme comme un espace de mise « en relation à distance, par voie électronique, des personnes en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un bien ou d'un service ».

Le Conseil national du numérique la caractérise pour sa part comme un « espace numérique de mise en contact entre offre et demande sur un marché spécifique » (Conseil national du numérique, Neutralité des plateformes, Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable, Rapp. mai 2014).

Dressant une typologie des plateformes dans son rapport au Premier ministre sur l'économie collaborative, le député P. Terrasse distingue « trois catégories d'initiatives », dont « les services à la demande, dans lesquels la plateforme propose un nouveau service qu'elle définit, et dans lesquels elle apparie elle-même utilisateur professionnel et consommateur ». Il souligne que « dans la mesure où les plateformes de services à la demande mettent en relation des particuliers avec des professionnels, dans un but non de partage de frais ou d'amortissement d'un bien mais de profit elles ne semblent pas répondre aux innovations proposées dans la conception traditionnelle de l'économie collaborative » (Rapp. P. Terrasse, févr. 2016, préc.).

L'IGAS distingue pour sa part sept catégories de plateformes

« dites d'emploi », parmi lesquelles les « opérateurs de services organisés » et les « plateformes de jobbing ». Elle relève que « les plateformes collaboratives, qui ne se considèrent pas comme des entreprises de transport, de services à domicile ou de tel autre secteur professionnel mais comme des intermédiaires électroniques, tentent de se prémunir du risque d'être considérées comme des employeurs directs – ou les donneurs d'ordre – de leurs contributeurs » (N. Amar et L.-C. Viossat, Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale, Rapp. IGAS n° 2015-121R, mai 2016, préc.).

Notons que la Cour de justice de l'Union européenne a dissipé cette ambiguïté, s'agissant des activités de la plateforme Uber Systems espagnole (CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi c/ Uber Systems Spain SL). Elle a en effet dit pour droit : « qu'un service d'intermédiation, tel que celui en cause au principal, qui a pour objet, au moyen d'une application pour téléphone intelligent, de mettre en relation, contre rémunération, des chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule avec des personnes qui souhaitent effectuer un déplacement urbain, doit être considéré comme étant indissociablement lié à un service de transport », après avoir observé (§ 38) : qu' « En effet, dans une situation, telle que celle visée par la juridiction de renvoi, où le transport des passagers est assuré par des chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule, le fournisseur de ce service d'intermédiation crée en même temps une offre de services de transport urbain, qu'il rend accessible notamment par des outils informatiques, tels que l'application en cause au principal, et dont il organise le fonctionnement général en faveur des personnes désireuses de recourir à cette offre aux fins d'un déplacement urbain ».

2.-2. On entre là dans le vif du sujet : il est en effet difficile de qualifier les relations entre la société Take Eat Easy et ses « contributeurs » sans s'intéresser à la nature de son activité : s'agissait-il d'un simple « intermédiaire électronique » ou d'une entreprise de services à domicile ?

Ce qui est sûr, c'est que la société Take Eat Easy appartenait à ce que le Conseil d'État qualifie de « capitalisme des plateformes (...) ayant vocation à conduire leurs utilisateurs à échanger entre eux, non seulement des informations et des services dans le monde virtuel, mais aussi des biens et des services dans le monde physique (...) ayant une valeur dans l'économie réelle » (CE, étude annuelle 2017, Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »).

L'arrêt de la cour d'appel indique sur ce point que « la société Take Eat Easy.fr était une société intermédiaire de l'économie collaborative qui utilisait une plateforme web et une application afin de mettre en relation des restaurateurs partenaires, des clients passant commande de repas par le truchement de la plateforme et des livreurs à vélo exerçant leur activité sous un statut d'indépendant ». Il s'agissait donc d'une société commerciale utilisant la plateforme comme un outil de mise en relation, la « relation tripartite » [notons que la cour d'appel utilise cette expression pour désigner la relation « entre le restaurateur, le coursier à vélo et le client », loin de la « relation triangulaire et de pair à pair » identifiée par l'IGAS entre le contributeur, la plateforme et le consommateur] ainsi établie entre la société Take Eat Easy, les restaurateurs et les clients nécessitant le recours à des livreurs.

L'arrêt relève que pour recruter ces livreurs, la société organisatrice de ce nouveau marché publiait « des offres de collaboration sur des sites Internet », réservées à des personnes possédant un vélo et acceptant d' « exercer leur activité de livraison en qualité d'entrepreneur indépendant ».

Une première constatation : la société Take Eat Easy n'était pas un



simple « intermédiaire de l'économie collaborative ». C'était, pour reprendre les termes utilisés par l'avocat général Szpunar à propos de la société Uber Systems Espagne, « beaucoup plus que lier l'offre à la demande » : elle a elle-même « créé cette offre » (Concl. § 43, M. Szpunar sous CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi c/ Uber Systems Spain).

En décalquant ces conclusions, on constate que « les chauffeurs (livreurs) qui roulent dans le cadre de la plateforme Uber (Take Eat Easy) n'exercent pas une activité propre qui existerait indépendamment de cette plateforme. Au contraire, cette activité peut exister uniquement grâce à la plateforme, sans laquelle elle n'aurait aucun sens » (Concl. M. Szpunar, § 56).

Deuxième observation : il ne s'agit pas, à l'occasion de ce pourvoi, de prendre position pour ou contre l'économie numérique, pour ou contre le « capitalisme des plateformes ». L'outil est là, qui offre de nombreuses opportunités, contribue à créer de nouveaux marchés ou à faire aujourd'hui autrement et plus simplement, ce que l'on faisait hier (de la vente ou de l'achat d'objets sur « Leboncoin » à la location d'une maison de vacances sur « Airbnb » ou d'une chambre d'hôtel sur « Booking »).

Il ne s'agit pas davantage de s'interroger sur la définition possible d'un statut intermédiaire, entre travail salarié subordonné et travail indépendant, pour les « prestataires » ou autres « collaborateurs » des plateformes (comme le suggèrent plusieurs auteurs dans le sillage du rapport de P.-H. Antonmattei et J.-C. Sciberras au ministre du Travail de novembre 2008, Le travailleur économiquement dépendant, quelle protection ?) : si « tout le droit de la para-subordination demeure à construire » (J. Mouly, Quand l'auto-entreprise sert de masque au salariat : Dr. soc. 2016, p. 859), le juge ne peut en être l'architecte.

De lege lata, celui qui travaille pour la plateforme est soit un salarié, soit un travailleur indépendant, dès lors qu'il n'existe pas en droit positif de statut intermédiaire tel celui de *worker* en Grande Bretagne ou de *trade* en Espagne.

La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a certes introduit, dans la septième partie du Code du travail, livre troisième, un titre IV concernant les « Travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique ». Les premiers mots du nouvel article L. 7341-1 du Code du travail précisent immédiatement que ne sont pas concernés tous les travailleurs recourant à de telles plateformes, mais seulement les « travailleurs indépendants », et uniquement « lorsque la plateforme détermine les caractéristiques de la prestation de service fournie ou du bien vendu et fixe son prix » (C. trav., art. L. 7341-2).

Ce qui a pu être qualifié de « prémisses d'un statut social »

(I. Desbarats, Quel statut social pour les travailleurs des plateformes numériques ? La RSE en renfort de la loi : Dr. soc. 2017, p. 971) ne s'applique donc qu'aux travailleurs indépendants et n'interdit pas une action en requalification de leur relation avec la plateforme en contrat de travail.

3. La motivation de l'arrêt d'appel

Le mode d'activité de la société Take Eat Easy ayant été précisé, il nous reste à apprécier si, à partir des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a pu dire que M. D. n'était pas lié à cette société par un contrat de travail. L'arrêt relève que celui-ci a répondu à une offre de « *collaboration* » publiée par la société sur Internet et qu'« *au terme du processus de recrutement qui se caractérise par la remise d'une information écrite sur les attentes de la société Take Eat Easy et par une période de formation en trois étapes* », il a demandé le 12 janvier 2016 son inscription au RCS en qualité d'auto-entrepreneur (suivant les indications du guide intitulé « FAQ » qui lui avait été remis), puis a « *conclu le 13 janvier 2016 un contrat de prestation de services* ». Ayant constaté qu'il n'était pas contesté que « *les parties s'opposent essentiellement sur l'existence ou non d'un lien de subordination* », les juges d'appel ont appliqué la méthode du faisceau d'indices en procédant à l'examen du contrat de prestations de services conclu entre les parties puis des conditions effectives de l'activité du coursier.

3-1. Les conditions d'acquisition du statut d'auto-entrepreneur

Il est constant que les coursiers adoptaient le statut d'auto-entrepreneur à la demande de la société, s'agissant d'une condition présentée comme indispensable à une « *collaboration* ». La cour d'appel a considéré que « *la circonstance que (le coursier) ait été incité par la société Take Eat Easy à s'inscrire en tant qu'auto-entrepreneur (était) sans incidence* ». Il nous paraît au contraire que cela peut révéler, à l'origine de la relation juridique entre les parties, une première contrainte : il ne s'agit pas d'un entrepreneur individuel qui va s'inscrire sur une plateforme pour trouver des clients. Il s'agit d'un particulier qui, pour pouvoir travailler pour la plateforme, va être contraint de devenir auto-entrepreneur.

En ce sens, une réponse ministérielle (Rép. min. n° 7103 : JOAN 6 août 2013) souligne qu'« *une activité indépendante se caractérise essentiellement par le fait que son auteur a pris librement l'initiative de la créer ou de la reprendre, qu'il conserve, pour son exercice, la maîtrise de l'organisation des tâches à effectuer et du matériel nécessaire, ainsi que de la recherche de la clientèle et des fournisseurs. Telle n'est pas la situation de personnes salariées ou engagées dans un parcours de recherche d'emploi, à qui l'on demande de se déclarer comme auto-entrepreneur alors qu'elles travaillent en pratique sous l'autorité de leur recruteur* » et, parmi les indices susceptibles de permettre la requalification d'un contrat d'entreprise en contrat de travail, cite notamment « *l'initiative même de la déclaration en travailleur indépendant (démarche non spontanée, a priori incompatible avec le travail indépendant)* ».

Sur ce point, la cour d'appel n'a donc pas tiré les conséquences légales de ses constatations.

3-2. L'auto-facturation

Le livreur était rémunéré à la course selon un tarif fixé par la société Take Eat Easy (la cour d'appel évoque une « *rémunération définie d'un commun accord dans les conditions particulières* » d'un montant de 7,50 euros par course, mais ce tarif, selon les conclusions non contredites de M. D., s'appliquait en fait à tous les livreurs).

La société établissait ensuite elle-même les factures puis rémunérait le livreur. La cour d'appel a considéré que « *l'auto-facturation contractuellement prévue par les parties pour des raisons d'efficacité et de simplicité, que la loi autorise précisément dans un tel cadre, ne saurait constituer un indice de la relation salariale alléguée* ».

On peut se demander tout de même, mais nous y reviendrons, si cela ne rentre pas dans la définition du service organisé (lequel constitue bien « *un indice de l'existence d'un lien de subordination* ») ou ne participe pas à l'identification d'un lien de dépendance économique.

3-3. Le choix des horaires de travail

La cour d'appel relève que, selon le contrat de prestation de service signé entre les parties, « *le prestataire (c'est-à-dire le livreur) choisit librement les plages horaires disponibles à l'intérieur desquelles il s'engage à effectuer une ou plusieurs livraisons et peut modifier une plage horaire au maximum 72 heures avant son commencement* ». Il doit être prêt à partir, en possession de son matériel de livraison, de son vélo, et d'un smartphone chargé avec l'application Take Eat Easy allumée « *au plus tard 15 minutes avant le début de la prestation* ». S'il ne valide pas « *dans les cinq minutes de sa notification la proposition de livraison qui lui est faite via l'application, le prestataire est automatiquement réputé la refuser* ».

Ce sont essentiellement ces dispositions qui conduisent la cour d'appel à écarter la requalification du contrat. Elle y revient à plusieurs reprises au long de l'arrêt, soulignant que le « *prestataire choisit librement les plages horaires disponibles à l'intérieur desquelles il s'engage à effectuer une ou plusieurs livraisons* » (...) « *reste libre chaque semaine de déterminer lui-même les plages horaires au cours desquelles il souhaite travailler, ou de n'en sélectionner aucune s'il ne souhaite pas travailler* » (...) « *choisit librement ses plages horaires d'activité* », a la liberté « *de choisir ses horaires de travail en s'inscrivant ou non sur un "shift" proposé par la plateforme ou de choisir de ne pas travailler pendant une période dont la durée reste à sa seule discrétion* », jouit d'une « *liberté totale de travailler ou non* » et peut « *choisir chaque semaine ses jours de travail et leur nombre sans être soumis à une quelconque durée du travail* ».

Observons d'abord que la liberté – toute relative – de choisir ses horaires de travail n'est qu'un indice de non subordination qui ne peut à lui seul évincer tous les autres indices de subordination.

Relisons l'arrêt Labanne (Cass. soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572, préc.) pour nous en persuader : la cour d'appel avait constaté « *qu'il ne ressortait pas des débats que M. X... recevait des instructions du loueur notamment quant à la clientèle à prendre en charge ni quant au secteur de circulation ou quant aux horaires* ». Cette circonstance, non contestée, n'a pas empêché la Cour de cassation de juger que « *l'accomplissement effectif du travail dans les conditions précitées prévues par ledit contrat et les conditions générales y annexées, plaçait le "locataire" dans un état de subordination à l'égard du "loueur" et qu'en conséquence, sous l'apparence d'un contrat de location d'un "véhicule taxi", était en fait dissimulée l'existence d'un contrat de travail* ». Ainsi, « *plusieurs (indices), et non tous, doivent être présents pour que l'existence d'un lien de subordination soit constatée* » (JCL. Travail Traité, fasc. 17-1, par E. Jeansen, § 28).

Arrêtons-nous ensuite sur les faits constatés par la cour d'appel : la liberté du livreur de choisir la plage horaire (ou « *shift* », dans le langage de Take Eat Easy) durant laquelle il souhaite travailler, connaît quelques limites. Il convient, comme l'indique l'arrêt, que cette plage soit « *disponible* ». Les conclusions d'appel, non contredites, précisent que les « *shifts* » disponibles étaient mis en ligne le lundi soir. Une fois inscrit, le coursier ne pouvait « *modifier une plage horaire* » qu'à la condition de le faire, aux termes du contrat,

« au maximum 72 heures avant son commencement ».

Il en résulte que le coursier qui s'était inscrit le lundi soir afin de travailler au cours de la même semaine ne pouvait se désister, et donc recouvrer sa liberté, que pour les plages horaires du vendredi (en supposant que le désistement soit effectué le mardi matin au plus tard). Et nous verrons qu'une pénalité (ou « strike ») était d'ailleurs prévue par les documents non-contractuels intitulés « Le petit guide du coursier Take Eat Easy », « les meilleures pratiques » et « FAQ » remis par la société au coursier, « en cas de désinscription tardive d'un "shift" (< 48 h) ». La liberté du coursier de choisir ses horaires était donc sérieusement encadrée : « Il semble possible de parler de « liberté totale » lorsque les travailleurs ont le choix le plus entier de se connecter et se déconnecter quand ils le souhaitent. Mais s'agit-il de la même liberté lorsque les travailleurs doivent indiquer à l'avance les jours ainsi que les plages horaires où ils s'engagent à travailler, comme c'est le cas aujourd'hui chez Deliveroo et auparavant chez Take Eat Easy ? Si les livreurs doivent préalablement "se positionner" sur un créneau (un shift dans le jargon), c'est donc qu'ils ne sont pas libres de travailler quand ils veulent ! » (A. Fabre, Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français : Dr. soc. 2018, p. 547).

Référence peut être utilement faite sur ce point à la décision Douglas O'Connor rendue en mars 2015 par la District Court of Northern California dans le cadre d'une *class action* menée par des chauffeurs Uber : elle souligne que « choisir son jour et ses heures de travail n'exclut pas, en soi, une relation de travail subordonnée. L'interrogation pertinente revient plutôt à se demander quel est le niveau de contrôle détenu par Uber sur ses chauffeurs quand ceux-ci se connectent à la plateforme » (citée par K. Van Den Bergh, Plateformes numériques de mise au travail : mettre fin à une supercherie : RDT 2018, p. 318). La cour d'appel se borne cependant à affirmer que « Ces stipulations ne sont pas en soi révélatrices du lien de subordination allégué ni même d'une dépendance économique du prestataire ».

3-4. Le matériel utilisé par le livreur

L'arrêt d'appel relève que celui-ci « travaille avec son propre matériel, la société ne fournissant contre caution que le sac de livraison équipé d'un sac isotherme et si nécessaire le smartphone ».

À vrai dire, fournir le sac de livraison et le smartphone, c'est-à-dire le cordon ombilical reliant la plateforme au livreur, est loin d'être négligeable. Mais il est vrai que le livreur doit utiliser son propre vélo, avec ses accessoires de sécurité (« son kit de réparation, son casque, son gilet ou brassard réfléchissant ». On peut en conclure que cet indice apparaît, en l'espèce, peu déterminant. Observons tout de même que le vélo est vérifié par la société avant la signature du contrat et qu'il est interdit au livreur de circuler avec un véhicule à moteur (sous peine de trois « strikes » de pénalité). Celui-ci n'est donc pas libre de choisir le matériel qu'il veut utiliser pour effectuer son travail.

3-5. Les pénalités prévues (dont la cour d'appel précise qu'elles ont effectivement été appliquées au livreur)

Selon les dispositions contractuelles reprises par l'arrêt :

« La société peut sans mise en demeure procéder à la résiliation avec effet immédiat de la convention en cas de manquement grave du prestataire à ses obligations, tel que :

- ne pas effectuer de manière répétée et après acceptation les livraisons dans le délai imparti, sauf cas de force majeure,
- ne pas disposer du matériel requis pour le service de livraison ou disposer d'un matériel qui ne répond pas aux normes

légal et réglementaires, notamment en matière de sécurité,

- avoir, de manière avérée, adopté un comportement irrespectueux ou impoli à l'égard des partenaires de la société, de leurs dirigeants ou membres du personnel ou à l'égard d'un client,
- avoir, de manière avérée, adopté un comportement dangereux (non-respect des règles de circulation routière, ébriété...),
- ne pas être en ordre au regard des obligations sociales ou fiscales qui s'imposent au prestataire,
- ne pas avoir respecté l'une des stipulations de l'article 10 concernant les obligations fiscales,
- ne pas disposer d'une assurance couvrant les risques liés à l'exécution de la convention ainsi que les dommages causés ou subis par le prestataire,
- abandonner l'exécution de ses obligations issues des présentes à un tiers ou céder, à titre onéreux ou non, les droits qui découlent de la convention, sauf le cas échéant à faire réaliser la prestation par ses propres salariés.

Hormis ces cas, chacune des parties peut mettre fin à la convention moyennant le même préavis dont la durée augmente en fonction de celle du contrat, lequel est conclu pour six mois et tacitement reconduit à l'issue pour une durée indéterminée ».

À ces dispositions contractuelles, s'ajoute « un système de bonus (le bonus "Time Bank" en fonction du temps d'attente au restaurant et le bonus "KM" lié au dépassement de la moyenne kilométrique des coursiers) et de pénalités ("strikes") distribuées en cas de manquement du coursier à ses obligations contractuelles » dont la cour d'appel donne le détail :

- un « strike » en cas de désinscription tardive d'un « shift » (< 48 h), de connexion partielle au « shift » (en dessous de 80 % du « shift »), d'absence de réponse à son téléphone « wiko » ou « perso » pendant le « shift », d'incapacité de réparer une crevaison, de refus de faire une livraison et, uniquement dans la « FAQ », de circulation sans casque,
- deux « strikes » en cas de « No-show » (inscrit à un « shift » mais non connecté) et, uniquement dans la « FAQ », de connexion en dehors de la zone de livraison ou sans inscription sur le calendrier,
- trois « strikes » en cas d'insulte du « support » ou d'un client, de conservation des coordonnées de client, de tout autre comportement grave et, uniquement dans la « FAQ », de cumul de retards importants sur livraisons et de circulation avec un véhicule à moteur.

Sur une période d'un mois (ou de quinze jours selon la « FAQ »), un « strike » ne porte à aucune conséquence, le cumul de deux « strikes » entraîne une perte de bonus, le cumul de trois « strikes » entraîne la convocation du coursier « pour discuter de la situation et de [sa] motivation à continuer à travailler comme coursier partenaire de Take Eat Easy » et le cumul de quatre « strikes » conduit à la désactivation du compte et la désinscription des « shifts » réservés.

Comment doit-on qualifier ce dispositif très complet de récompenses, mais surtout de sanctions ? Il s'agit là d'un point déterminant, puisque tout lien de subordination suppose le pouvoir de l'employeur « de sanctionner les manquements de son subordonné » (Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, P+B+R).

On aurait pu croire qu'après avoir énuméré les causes de « résiliation avec effet immédiat de la convention en cas de manquement grave du prestataire à ses obligations », puis le système assez sophistiqué de « strikes », c'est-à-dire de « pénalités distribuées en cas de manquement du coursier à ses obligations contractuelles », la cour d'appel allait caractériser un pouvoir de sanction de la plateforme selon une échelle des fautes.

Les juges d'appel en ont été tentés : de prime abord, un tel système est évocateur du pouvoir de sanction que peut mobiliser un employeur, mais ont préféré le qualifier de « système gradué d'incitation à une fiabilité optimale » pour juger que « les pénalités considérées, qui ne sont prévues que pour des comportements objectivables du coursier constitutifs de manquements à ses obligations contractuelles, ne remettent nullement en cause la liberté de celui-ci de choisir ses horaires de travail ».

Qu'est-ce pourtant qu'une faute reprochable au salarié, sinon un « comportement objectivable » constitutif d'un manquement aux obligations résultant du contrat de travail ? Qu'est-ce que l'échelle de pénalités prévue (et appliquée) par la société Take Eat Easy, sinon la mise en œuvre du pouvoir de sanction de la plateforme ?

3.6. L'absence d'exclusivité

Les juges d'appel ont relevé que « le prestataire est libre de conclure avec toute autre entreprise un contrat similaire ou équivalent, la société Take Eat Easy ne disposant d'aucune exclusivité ». Sur un plan purement factuel, on observera que, compte tenu des contraintes de l'emploi (circulation à vélo, utilisation d'un imposant sac isotherme au nom de la société, exigence de disponibilité pendant un « shift »), un livreur ne peut pas travailler, en même temps, pour plusieurs entreprises.

Mais, en droit, l'absence d'exclusivité peut-elle être considérée comme un indice de non salariat ? On ne peut répondre que par la négative, puisqu'il ne fait aucun doute qu'un travail salarié peut s'exercer à temps partiel (la demande de requalification porte d'ailleurs en l'espèce sur un contrat de travail à temps partiel, M. D. exerçant un autre emploi salarié).

La lecture des arrêts de la chambre sociale montre d'ailleurs que si l'exclusivité peut être prise en compte comme un indice supplémentaire de l'état de subordination juridique (par ex. Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-47.379), son absence ne peut l'exclure. Ainsi l'exercice parallèle d'une activité professionnelle (même à temps plein) est un motif inopérant pour écarter l'existence d'un second contrat de travail (Cass. soc., 28 avr. 2011, n° 10-15.573 : Bull. civ. 2011, V, n° 100).

Inversement, l'existence d'une clause d'exclusivité apparaît plutôt comme un indice de dépendance économique, dont on sait qu'elle ne peut suffire à identifier l'existence d'un contrat de travail (Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-17.913).

3.7. Un indice non examiné : l'intégration du coursier dans un service organisé par la société Take Eat Easy

Le pouvoir de la société Take Eat Easy de donner des ordres et des directives résulte des obligations mises à la charge du livreur relevées par la cour d'appel : obligation de s'inscrire dans un planning, d'utiliser le matériel de livraison défini (et en partie mis à disposition) par la société, de valider à très bref délai les propositions de livraison, d'effectuer les livraisons dans le délai imparti mais de ne pas adopter un comportement dangereux, de se soumettre aux prescriptions contenues dans les guides de bonne pratique et FAQ remis aux livreurs.

La cour d'appel, après avoir rappelé que « l'application est dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel tant par la société que par le client de la position du prestataire et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci dans le cadre de l'exécution de la convention », système permettant à la société de contrôler en temps réel l'activité du livreur [n'oublions pas que sont sanctionnés d'un « strike » « l'absence de réponse à son téléphone "wiko" ou "perso" pendant le "shift", et le refus de faire une livraison] », a considéré, d'une part que :

« Si dans le cadre d'une relation tripartite entre le restaurateur, le coursier à vélo et le client, le service de livraison de repas est nécessairement organisé, pour autant la société Take Eat Easy ne détermine pas unilatéralement les conditions d'exécution du travail du livreur puisque celui-ci choisit librement ses plages horaires d'activité ;

et, d'autre part, que les documents remis au livreur : « contiennent des informations, des recommandations en matière de sécurité et d'hygiène et des conseils de bon sens quant au déroulement des missions et à l'attitude à adopter vis à vis de la clientèle, qui tant dans la forme que sur le fond ne peuvent s'analyser comme des ordres ou directives, étant précisé que les trajets sont suggérés via l'application mais non imposés. »

On aurait pu croire qu'en qualifiant la société Take Eat Easy d'organisateur nécessaire du service (qu'elle avait elle-même créé), la cour d'appel allait considérer que le livreur s'intégrait à un service organisé par la société, ce qui ne suffisait pas à en faire un salarié, mais aurait constitué un indice supplémentaire de l'existence d'un lien de subordination (Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, préc.). Elle s'y est refusée en s'appuyant sur ce qui constitue la pierre angulaire de son raisonnement : « la liberté totale de travailler ou non dont a bénéficié (le livreur) ».

Mais « est-il encore possible de parler de liberté ? Ne faudrait-il pas plutôt considérer que les contraintes pesant sur les travailleurs sont en proportion plus importantes que les libertés qu'ils sont censés avoir ? Chemin faisant, il ne serait pas exagéré de considérer qu'en organisant à ce point l'activité des livreurs, la plateforme exerce une "influence décisive" sur leurs conditions de travail » (A. Fabre, art. préc., faisant référence aux termes employés par la CJUE dans sa décision Aff. C-434/15). N'y a-t-il pas là ce que le même auteur qualifie de « subordination organisationnelle » ?

Ajoutons que la cour d'appel, qui avait constaté que la rémunération du livreur était fixée par la société Take Eat Easy et qu'il lui était interdit, sous peine de se voir infliger trois « strikes », de conserver des coordonnées de client, n'en a déduit aucune conséquence juridique. Pourtant l'interdiction de constituer une clientèle propre ou la fixation de la rémunération par la plateforme, « partie forte » dans la relation de travail, étaient de nature à constituer des indices d'une dépendance économique qui « n'est pas la subordination, mais (...) s'accompagne le plus souvent d'une telle subordination. Elle est donc un indice possible » (E. Dockès, art. préc.). Comme le souligne le professeur Dockès, qui propose « une complémentarité de la dépendance et de la subordination » : « L'obéissance n'est pas la dépendance. Mais l'état de subordination pourrait, lui, désigner désormais ce plateau de la balance sur lequel les dépendances et les obéissances s'additionnent. »

4. Deux observations

1.- La requalification en contrats de travail des contrats passés entre la société Take Eat Easy et ses livreurs ne sonnerait pas la fin de ce monde nouveau dans lequel « l'économie collaborative répond aux nouvelles aspirations, parfois contradictoires, des individus et des communautés en faveur de davantage de liberté et de souplesse mais aussi d'une vision plus soucieuse de l'environnement » (V. Rapp. IGAS, n° 2015-121R – mai 2016). On peut être, même au XXI^e siècle, livreur et salarié : une recherche récente sur les sites Internet de différentes entreprises, à la rubrique embauche, révèle que si la plupart des entreprises de livraison à vélo ont recours à des auto-entrepreneurs (Deliveroo, Uber Eats, Stuart...), d'autres emploient des coursiers à vélo en CDI (coursier.fr) ou proposent « divers contrats » (Citeliv à Lille). Et les livreurs de pizzas à scooter des sociétés Domino's Pizza ou Pizza Hut sont salariés, comme ceux de Sushi Shop et de Planet-Sushi.

Ajoutons que le modèle économique adopté par la société Take Eat Easy (absence de charges sociales sur les livraisons, pourcentage

versé par les restaurateurs) ne l'a pas empêché de faire faillite et que la société Foodora a récemment décidé de cesser ses activités en France (Le Monde Économie, 3 août 2018).

2.- Il est enfin permis de se demander si le recours par la société Take Eat Easy à une terminologie anglo-saxonne (« shifts », « strikes »), là où « plages horaires » et « sanctions » auraient parfaitement convenu, ne cherchait pas, au-delà d'une novlangue (dont on sait qu'il s'agissait de la langue officielle d'Océanie, dans le roman de George Orwell « 1984 ») modernisante, à dissimuler, aux yeux de ses « prestataires » et peut-être des juges, la véritable nature de ce dispositif.

Des développements qui précèdent, il m'apparaît que la cour d'appel, en disant que M. D. n'était pas lié à la société Take Eat Easy par un contrat de travail, n'a pas tiré les conséquences légales des constatations auxquelles elle a procédé.

AVIS DE CASSATION

Cass. soc., 28 nov. 2018, n° 17-20.079 : P+B+R+I: JCP G 2018, act. 1347, obs. N. Dedessus-le-Moustier ; JCP S 2018, 1398 ; D. 2019, p. 169 ; D. 2018, p. 2409, note N. Balat ; Droit du travail 2019, p. 36, note, M. Peyronnet.

Vu l'article L. 8221-6 II du Code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Take Eat Easy utilisait une plateforme web et une application afin de mettre en relation des restaurateurs partenaires, des clients passant commande de repas par le truchement de la plateforme et des livreurs à vélo exerçant leur activité sous un statut d'indépendant ; qu'à la suite de la diffusion d'offres de collaboration sur des sites Internet spécialisés, M. X... a postulé auprès de cette société et effectué les démarches nécessaires en vue de son inscription en qualité d'auto-entrepreneur ; qu'au terme d'un processus de recrutement, les parties ont conclu le 13 janvier 2016 un contrat de prestation de services ; que M. X... a saisi la juridiction prud'homale le 27 avril 2016 d'une demande de requalification de son contrat en un contrat de travail ; que, par jugement du 30 août 2016, le tribunal de commerce a prononcé la liquidation judiciaire de la société Take Eat Easy et désigné en qualité de mandataire liquidateur Mme Y... ;

Attendu que pour rejeter le contredit, dire que M. X... n'était pas lié par un contrat de travail à la société Take Eat Easy et dire le conseil de prud'hommes incompétent pour connaître du litige, l'arrêt retient que les documents non contractuels remis à M. X... présentent un système de bonus (le bonus « Time Bank » en fonction du temps d'attente au restaurant et le bonus « KM » lié au dépassement de la moyenne kilométrique des coursiers) et de pénalités (« strikes ») distribuées en cas de manquement du coursier à ses obligations contractuelles, un « strike » en cas de désinscription tardive d'un « shift » (inférieur à 48 heures), de connexion partielle au « shift » (en-dessous de 80 % du « shift »), d'absence de réponse à son téléphone « wiko » ou « perso » pendant le « shift », d'incapacité de réparer une crevaison, de refus de faire une livraison et, uniquement dans la Foire aux Questions (« FAQ »), de circulation sans casque, deux « strikes » en cas de « No-show » (inscrit à un « shift » mais non connecté) et, uniquement dans la « FAQ », de connexion en dehors de la zone de livraison ou sans inscription sur le calendrier, trois « strikes » en cas d'insulte du « support » ou d'un client, de conservation des coordonnées de client, de tout autre comportement grave et, uniquement dans la « FAQ », de cumul de retards importants sur livraisons et de circulation avec un véhicule à moteur, que sur une période d'un mois, un « strike » ne porte à aucune conséquence, le cumul de deux « strikes » entraîne une perte de bonus, le cumul de trois « strikes » entraîne la convocation du coursier « pour discuter de la situation et de (sa) motivation à continuer à travailler comme coursier partenaire de Take Eat Easy » et le cumul de quatre « strikes » conduit à la désactivation du compte et la désinscription des « shifts » réservés, que ce système a été appliqué à

M. X..., que si, de prime abord, un tel système est évocateur du pouvoir de sanction que peut mobiliser un employeur, il ne suffit pas dans les faits à caractériser le lien de subordination allégué, alors que les pénalités considérées, qui ne sont prévues que pour des comportements objectivables du coursier constitutifs de manquements à ses obligations contractuelles, ne remettent nullement en cause la liberté de celui-ci de choisir ses horaires de travail en s'inscrivant ou non sur un « shift » proposé par la plateforme ou de choisir de ne pas travailler pendant une période dont la durée reste à sa seule discrétion, que cette liberté totale de travailler ou non, qui permettait à M. X..., sans avoir à en justifier, de choisir chaque semaine ses jours de travail et leur nombre sans être soumis à une quelconque durée du travail ni à un quelconque forfait horaire ou journalier mais aussi par voie de conséquence de fixer seul ses périodes d'inactivité ou de congés et leur durée, est exclusive d'une relation salariale ;

Attendu cependant que l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ; que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ;

Qu'en statuant comme elle a fait, alors qu'elle constatait, d'une part, que l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci et, d'autre part, que la société Take Eat Easy disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations dont il résultait l'existence d'un pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution de la prestation caractérisant un lien de subordination, a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs : Casse et annule,

OBSERVATIONS

Il n'est pas excessif de dire que, dans la communauté des juristes spécialisés en droit social, l'impatience grandissait. Beaucoup attendaient qu'un litige semblable à celui à l'origine de l'arrêt du 28 novembre 2018 soit porté devant la Cour de cassation : la situation contractuelle créée par l'économie collaborative, par laquelle une plateforme numérique met en relation des travailleurs à des clients, méritait d'être éclairée. Un algorithme y fait fonctionner une application par laquelle des missions sont confiées à un travailleur contre rémunération. Même s'il est inscrit en qualité de micro-entrepreneur, ce travailleur ne serait-il pas subordonné ? Nous supposons que le premier arrêt résolvant cette question résulterait d'un contentieux initié à l'encontre d'une décision, prise par une URSSAF, intimant à une plateforme numérique de s'acquitter des cotisations sociales au profit du régime général de sécurité sociale. Des redressements liés à l'activité de chauffeurs Uber avaient en effet été annoncés dans la presse. C'est finalement par un contentieux de droit du travail engagé par un livreur à vélo, chargé par la plateforme numérique de la société Take eat Easy d'apporter à des clients les repas commandés chez un restaurateur référencé sur une application, que naît la jurisprudence. Censurant la décision des juges du fond, la Cour de cassation décide de suivre l'avis du Parquet général selon lequel un contrat de travail lie le travailleur à la plateforme numérique. Au-delà de la solution préconisée par l'avocat général, dont l'analyse peut ici ou là être discutée (II), la méthode employée séduit (I).

I. La méthode

Au sein des conclusions, Madame le Premier avocat général Courcol-Bouchard délimite la mission des juges de cassation. Sont extraits les enjeux extérieurs au pouvoir juridictionnel (A) et identifiés les éléments susceptibles de fonder la solution (B).

A. Extraction des enjeux extérieurs au pouvoir judiciaire

Enjeux politiques. – D'emblée, les conclusions formulent l'observation suivante : « *il ne s'agit pas, à l'occasion de ce pourvoi, de prendre position pour ou contre l'économie numérique* ». L'avocat général mentionne ainsi que son avis est guidé exclusivement par des considérations juridiques. Toute appréciation personnelle relative aux conditions d'emploi des travailleurs par les plateformes numériques ne doit servir de guide ni à l'avis formulé ni, *a fortiori*, à l'adoption de l'arrêt par les magistrats du siège. L'affirmation rappelle la neutralité des conclusions. Cela n'interdit pas cependant la critique à l'égard de l'emploi de l'anglais dans les documents employés par les plateformes.

Le Parquet général rappelle, de manière tout aussi salutaire, que le juge n'a pas de pouvoir normatif. Il n'a pas pour mission « *de s'interroger sur la définition possible d'un statut intermédiaire, entre travail salarié subordonné et travail indépendant, pour les "prestataires" ou autres "collaborateurs" des plateformes* ». L'affirmation vaut pour tout contentieux. Le juge ne peut se prononcer qu'au regard des règles de droit applicables ; il n'a pas vocation à se prononcer de *lege ferenda* en créant une disposition nouvelle. Ainsi, s'agissant d'un éventuel statut propre aux collaborateurs des plateformes, le juge n'a pas le pouvoir de leur reconnaître l'application de quelques dispositions du Code du travail. Au contraire, comme le parquet l'affirme, « *de lege lata, que celui qui travaille pour la plateforme est, soit un salarié, soit un travailleur indépendant* ». L'invention d'un statut du travailleur de Plateforme ne peut donc provenir que de l'intervention du législateur qui pourrait utilement s'inspirer de dispositions étrangères organisant des statuts intermédiaires, tel celui de *worker* en Grande Bretagne ou de *trade* en Espagne ».

Enjeux économiques. – Pas davantage, le juge ne peut tenir compte de l'impact économique de son arrêt pour décider si le livreur est subordonné ou indépendant, bien que l'enjeu soit, sur ce terrain, considérable. Si l'on juge que le travailleur est subordonné, la plateforme numérique sera tenue de respecter l'ensemble des obligations liées à la qualité d'employeur, en particulier celle consistant à s'acquitter des cotisations sociales correspondant aux rémunérations dues à ces travailleurs salariés. Un frein au développement de cette forme d'emploi pourrait résulter de la modification du modèle économique sur la base duquel les plateformes numériques ont été créées. À l'inverse, si le juge retient que le livreur exerce sa prestation de travail de manière indépendante, de nouveaux opérateurs pourraient intégrer le marché et renforcer la concurrence de ce secteur d'activité. Des emplois supplémentaires pourraient en résulter.

Même si les conséquences de la décision sur le terrain de l'emploi ne peuvent pas être utilisées pour déterminer la solution à adopter, les conclusions de l'avocat général n'évitent pas la question. Une opinion est à cet égard exprimée : la requalification en contrat de travail « *ne sonnerait pas la fin de ce monde nouveau* » puisqu'il existe plusieurs sociétés de restauration qui salarient leurs livreurs. Par ailleurs, l'arrêt ne sera pas à l'origine de difficultés économiques pour Take Eat Easy, cette société ayant fait faillite avant même qu'un juge soit interrogé sur sa qualité d'employeur.

B. Identification des enjeux spécifiques au pouvoir judiciaire

Indisponibilité du salariat. – Le Code de procédure civile invite le juge à « *donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* » (CPC, art. 12). Sur la base de ce texte, le juge social est chargé de trouver, au-delà de la volonté exprimée par les parties et de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, l'existence d'une relation de travail à partir des « *conditions de fait*



dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs » (Cass. soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572). Dès lors, le fait que le livreur ait adopté le statut de micro-entrepreneur est indifférent. Il en résulte uniquement l'application de l'article L. 8221-6 du Code du travail en vertu duquel ce travailleur est présumé ne pas être salarié. Comme le rappellent les conclusions de l'avocat général, cette présomption peut être renversée par le travailleur « *en apportant la preuve de l'existence d'un lien de subordination juridique avec son donneur d'ordre* ».

Le parquet général reprend ici la jurisprudence affirmant l'indisponibilité de la notion de contrat de travail, c'est-à-dire le refus des juges de raisonner à partir des seules qualifications contractuelles adoptées par les parties. La formule employée dans les conclusions est dénuée d'ambiguïté : il est demandé « *au juge de qualifier la relation de travail en faisant preuve de réalisme* ». Dès lors, la solution dépend des critères adoptés pour définir le salariat.

Critère du salariat. – L'avocat général soulève la question de la pérennité du lien de subordination comme seul critère pertinent susceptible de caractériser un contrat de travail. Les conclusions contiennent, à ce sujet, deux formules révélatrices, par leur contradiction apparente, de la difficulté de cerner ce qui constitue l'essence de ce contrat spécial. Il est d'abord affirmé que « *l'existence d'un lien de subordination constitue le marqueur essentiel du contrat de travail* » pour ensuite indiquer que « *si la distinction entre subordination juridique et subordination économique fait les délices des travaillistes (et bien sûr de ceux qui les lisent), la jurisprudence paraît s'attacher autant à l'une qu'à l'autre pour exercer son office de qualification* ».

Le souci de l'avocat général de ne pas trancher entre ces deux critères apparaît plusieurs fois : s'il fait systématiquement référence au lien de subordination, la dépendance économique du travailleur n'est pas oubliée. Ainsi, l'avocat général s'interroge sur le fait que l'indice tenant dans l'auto-facturation « *ne participe pas à l'identification d'un lien de dépendance économique* ». Plus loin, l'interdiction de constituer une clientèle propre et la fixation de la rémunération par la plateforme sont « *de nature à constituer des indices d'une dépendance économique* ». Par son arrêt où aucune référence n'est faite à la dépendance économique, la Cour de cassation révèle sa préférence pour la seule subordination juridique.

Au-delà, l'avocat général ne cherche pas un nouveau critère de qualification du contrat de travail à substituer au lien de subordination. Peut-être est-ce parce qu'il n'en existe pas d'autre plus pertinent. Surtout, il ne pouvait en aller autrement dès lors que le pourvoi était fondé sur une prétendue violation des dispositions de l'article L. 8221-6, II, du Code du travail, lequel mentionne expressément l'existence d'un « *lien de subordination juridique permanente* » pour renverser la présomption de non salariat.

II. L'avis

En concluant à la censure de l'arrêt d'appel, l'Avocat général formule l'opinion que les parties sont liées par un contrat de travail, le livreur étant subordonné (A) dans l'exercice de sa prestation de travail (B).

A. Appréciation de l'état de subordination

Généralisation du faisceau d'indices. – De jurisprudence constante, le lien de subordination « est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné » (Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187). Trois critères en résultent : l'employeur dispose sur son subordonné d'un pouvoir de direction, d'un pouvoir de contrôle et d'un pouvoir disciplinaire. Pour les rechercher, la méthode du faisceau d'indices est employée : les juges recherchent si l'employeur dispose de ces trois pouvoirs au regard de l'ensemble des conditions d'exécution de la prestation de travail (stipulations contractuelles comme modalités d'organisation de l'entreprise).

L'arrêt du 28 novembre 2018 témoigne de cette méthode d'analyse. Il y est précisé que la plateforme numérique disposait d'un pouvoir de contrôle puisque « l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci ». Le pouvoir de sanction y est aussi affirmé, sans pour autant le justifier. Enfin, la Cour de cassation semble retenir que le pouvoir de contrôle induit celui de direction.

Au contraire, les conclusions de l'avocat général généralisent la recherche d'indices sans les rattacher spécifiquement, et à titre préalable, à l'un des critères du lien de subordination. La méthode employée par l'avocat général consiste à examiner les uns après les autres, sans ordre prédéfini, les différents indices relevés par les juges du fond – le statut d'auto-entrepreneur, l'auto-facturation, le choix des horaires de travail, le matériel utilisé, les pénalités, l'absence d'exclusivité – pour vérifier s'ils laissent apparaître, dans la situation du livreur à vélo à l'origine du contentieux, son indépendance ou, au contraire, sa subordination à l'égard de la plateforme numérique. À ces indices, le parquet en ajoute un supplémentaire qui lui semble pertinent : le service organisé.

Une seule fois, il est indiqué, mais sous la forme interrogative, qu'un indice fait apparaître un critère du lien de subordination : « Qu'est-ce que l'échelle de pénalités prévue (et appliquée) par la société Take Eat Easy, sinon la mise en œuvre du pouvoir de sanction de la plateforme ? » L'avocat général exprime ainsi l'idée, au moins de manière implicite, que la plateforme numérique dispose d'un pouvoir de sanction à l'égard des livreurs. En revanche, ses conclusions ne précisent pas si la plateforme dispose des pouvoirs de direction et de contrôle. Le parquet général prend toutefois nécessairement position en ce sens en relevant la concordance des indices.

Concordance des indices. – Les conclusions de l'avocat général ne laissent pas place au doute. Les sept indices relevés font apparaître la subordination des livreurs à la plateforme numérique. La démonstration apparaît d'autant plus imparable que ceux qui auraient pu caractériser l'indépendance des travailleurs sont tantôt minimisés, tantôt présentés comme des signes de subordination.

La minimisation des indices susceptibles de démontrer l'indépendance du livreur est perceptible à propos de l'absence d'exclusivité du livreur. Il serait inutile à la caractérisation de l'indépendance du travailleur puisqu'un salarié peut valablement travailler à temps partiel pour différents employeurs. Seule l'exclusivité imposée au travailleur est un indice utile. Il fait songer au salariat puisqu'il impose une dépendance économique au travailleur.

Le renversement d'indices révélateurs de l'indépendance du livreur apparaît trois fois. Ainsi, le choix des horaires de travail laissé au travailleur justifiait à lui seul, pour les juges du fond, l'absence de contrat de travail. À l'inverse, le parquet affirme, en reprenant la solution de l'arrêt Labane (Cass. soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572), que la liberté de choisir ses horaires de travail « ne peut à lui seul évincer tous les autres indices de subordination ». Au regard des conditions d'organisation de la société Take Eat Easy, il devient même un indice de subordination. Sur la base d'horaires de travail prédéfinies par la plateforme numérique, le travailleur choisit parmi celles disponibles les plages horaires au cours desquelles il souhaite travailler. Il est alors lié par son offre qu'il n'est autorisé à révoquer, sauf à recevoir un avertissement, que dans le respect d'un préavis d'au maximum 72 heures avant l'heure de début de la prestation de travail. Pour l'avocat général, cette organisation conduit à penser que la « liberté du coursier de choisir ses horaires était donc sérieusement encadrée ». L'indice ferait apparaître sa subordination. Cette analyse prête à la discussion car l'on pouvait aussi considérer que la faculté de choisir librement les horaires de travail comporte la liberté de ne pas travailler inclinant vers l'indépendance. Le reste n'est qu'affaire d'organisation entre parties au contrat. Voici un artisan (dont la qualité de travailleur indépendant ne serait pas contestée) proposant à un particulier d'intervenir dans des locaux dont ce dernier a les clés à une date donnée. Il ne peut jamais décider seul d'un changement d'horaire. Le respect d'un préavis est bienvenu pour espérer obtenir le consentement du donneur d'ordre. Il n'est pas nécessairement suffisant : le donneur d'ordre peut toujours refuser toute modification portant sur la date de l'exécution de la prestation de travail. Cette circonstance ne confère pas, pour autant, au donneur d'ordre un pouvoir de direction à l'égard du travailleur.

Ensuite, le renversement des indices de l'indépendance du livreur est perceptible à propos de l'acquisition du statut d'auto-entrepreneur. Pour le parquet, le fait que le donneur d'ordre organise systématiquement ses relations de travail avec des livreurs immatriculés en qualité de micro-entrepreneur constitue « une première contrainte : il ne s'agit pas d'un entrepreneur individuel qui va s'inscrire sur une plateforme pour trouver des clients. Il s'agit d'un particulier qui, pour pouvoir travailler pour la plateforme, va être contraint de devenir auto-entrepreneur ». Le pouvoir de direction de la plateforme numérique apparaît.

Enfin, le renversement d'un indice d'indépendance résulte du matériel utilisé par le travailleur. Le fait qu'il lui appartienne est, selon le Parquet, non déterminant pour qualifier l'indépendance. La jurisprudence antérieure en porte témoignage (Cass. soc., 17 déc. 1987, n° 85-12.016 : Bull. civ. 1987, V, n° 740). Mais, l'avocat général l'utilise comme un indice supplémentaire de subordination. Le livreur n'a en effet pas de totale liberté pour choisir son matériel : 1/ il n'est pas autorisé à conduire un véhicule à moteur ; 2/ son vélo personnel fait l'objet d'une vérification. Ce dernier point, qui pourrait démontrer le souci de la sécurité du travailleur, devient pour le parquet un élément de qualification du contrat de travail. En sanctionnant un donneur d'ordre diligent, la solution contient l'effet pervers d'inciter tout donneur d'ordre à ne manifester aucune considération pour la santé et la sécurité de celui qui exécute une prestation de travail pour son compte, sauf à risquer d'y trouver un indice de subordination.

La concordance des sept indices crée une apparence d'évidence s'agissant de la solution à retenir. Pourtant le litige avait été résolu en sens contraire par les juges de première instance et d'appel. Comment l'interpréter ? La concordance semble témoigner de la volonté du parquet de renforcer la solution préconisée. Même si l'on adhère à la qualification de salariat, à notre sens, un doute résultait de la présence de plusieurs éléments caractéristique de l'indépendance du livreur que les conclusions rejettent. Au-delà de la position ainsi retenue, il est permis de penser que, sur un tel sujet, le débat est loin d'être clos.

B. Appréciation de la prestation de travail

Existence d'une prestation de travail. – Pour qu'il y ait contrat de travail, encore faut-il qu'une prestation de travail soit exécutée. Parmi les différentes activités couvertes par l'économie collaborative, toutes n'ont pas pour objet une prestation de travail. Un rappel de la définition donnée par le législateur permet de s'en convaincre : la plateforme numérique est un espace de mise « *en relation à distance, par voie électronique, des personnes en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un bien ou d'un service* » (CGI, art. 242 bis).

La portée de l'arrêt du 28 novembre 2018 est donc limitée. Parmi les différentes plateformes numériques, seules celles créant un service à la personne par la mise en relation de travailleur à des clients qui s'y inscrivent sont susceptibles de générer l'exercice d'une prestation de travail (service de livraison de type Take Eat Easy, service de transport de type Uber...). La qualification de contrat de travail est en revanche exclue s'agissant des plateformes favorisant une relation purement commerciale entre particuliers, faute d'une quelconque prestation de travail (offre d'hébergement de type Airbnb, offre de vente de biens d'occasion de type Le bon coin).

Bénéficiaire de la prestation. – La présence combinée d'un lien de subordination et d'une prestation de travail exercée contre rémunération ne permet de caractériser un contrat de travail qu'à l'égard du donneur d'ordre. Il reste alors à déterminer si une plateforme numérique présente les caractéristiques susceptibles de lui conférer une telle qualification. Si la question n'est pas reprise par l'arrêt, elle est néanmoins déterminante. Pour sa part, l'avocat général se demande si Take Eat Easy est « *un simple intermédiaire électronique ou une entreprise de services à domicile* ». Si la première branche de l'alternative est retenue, le travailleur est salarié de Take Eat Easy ; si la seconde branche est préférée, le contrat de travail ne peut unir que le livreur aux différents restaurateurs pour lesquels il a exercé sa prestation de travail. La reconnaissance d'un tel coemploi n'irait pas sans poser de nombreuses difficultés.

Nous partageons sans réserve les conclusions du parquet privilégiant l'idée selon laquelle la plateforme numérique n'est pas un simple intermédiaire. Davantage qu'un lien créé entre l'offre et la demande, la plateforme a elle-même « *créé cette offre* ». L'activité économique repose entièrement sur son existence, ce qui suffit à lui reconnaître la qualité de donneur d'ordre. Le fait que la prestation de travail profite à des tiers (les restaurateurs) ne modifie pas l'analyse. Les livreurs peuvent être considérés comme des travailleurs de la plateforme numérique mis à disposition des restaurateurs.

DÉCOUVREZ NOS FORMATIONS JURIDIQUES

*Des professionnels pour vous
faire progresser*



Service formation

Mél. : formation@jss.fr - tél. : 01 47 03 10 10 - Fax : 01 47 03 99 31

L'obscurité clarté de l'article L. 4622-6 du Code du travail

Simon Riancho,
ATER de l'Université Panthéon-Assas,
Membre du Laboratoire de droit social

Conclusions de Madame l'avocat général Anne Berriat sous Cass. soc., 19 septembre 2018, n° 17-16.219 : P+B.

Faits et procédure

La société ST Dupont, qui exploite un établissement industriel à Faverges, est tenue d'adhérer à un service de santé au travail interentreprises. Jusqu'au 30 juin 2013, elle était membre de l'association santé au travail 74 (AST 74).

En conflit avec cette association à laquelle elle reprochait de pratiquer une tarification sur la masse salariale des adhérents, elle a refusé de payer ses cotisations, ce qui a entraîné sa radiation. Elle a repris le paiement après l'intervention de l'inspection du travail.

Par assignation du 3 mars 2014, elle a saisi le tribunal de grande instance d'Annecy pour faire annuler la décision de radiation, voir ordonner sa réintégration avec effet rétroactif au 1^{er} juillet 2013 ainsi qu'une expertise des éléments de calcul de la cotisation 2013 et faire condamner AST 74 à lui payer une somme de 50 000 euros à titre de dommages-intérêts.

Par jugement du 12 mars 2015, le tribunal de grande instance d'Annecy a :

- fixé le calcul de la cotisation due par la SAS ST Dupont à L'AST 74 pour l'année 2013 comme suit : Dépenses globales de l'AST 74 de l'année N - 1 X nombre de salariés au 1^{er} janvier 2013 dans l'entreprise/ nombre de salariés au 31/12/12 dans l'ensemble des entreprises adhérentes au 31 décembre 2012 ;
- ordonné une consultation confiée à un expert comptable ;
- ordonné à la SAS ST Dupont de verser au consultant une provision de 600 euros à valoir sur sa rémunération, avant le 31 mars 2015 (...);
- débouté la SAS ST DUPONT de sa demande de dommages et intérêts.

Sur appel de l'AST 74, la Cour a réformé les dispositions du jugement qui avaient débouté la société ST Dupont de sa demande de dommages-intérêts à raison de sa radiation, sursis à statuer sur cette demande jusqu'au

dépôt du rapport de consultation, et confirmé pour le surplus le jugement déféré.

L'AST 74 se pourvoit et présente deux moyens.

Le premier moyen, en trois branches, fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir fixé le calcul de la cotisation due par la société ST Dupont à l'association AST 74 pour l'année 2013 comme suit : Dépenses globales de l'AST 74 de l'année 2012 x nombre de salariés au 01/01/2013 dans l'entreprise divisé par Nombre de salariés au 31/12/12 dans l'ensemble des entreprises adhérentes au 31/12/12, alors que :

1°/ les dépenses afférentes aux services de santé au travail sont à la charge des employeurs ; que si, dans le cas de services communs à plusieurs entreprises, ces frais sont répartis proportionnellement au nombre de salariés, le prestataire des services de santé au travail fournis à l'employeur demeure libre de déterminer le taux de cotisation par salarié ; que, pour considérer que les modalités de détermination du coût unitaire prévu par le règlement intérieur de l'association Annecy Santé au Travail n'étaient pas conformes aux exigences légales, la cour d'appel a retenu, par motifs propres comme adoptés (arrêt, p. 3 et jugement, p. 3 § 3), que les « dépenses afférentes aux services de santé au travail doivent s'entendre non pas d'un coût unitaire déterminé et corrigé en fonction de plusieurs critères, parmi lesquels l'importance des risques dans l'entreprise, mais du seul montant, en valeur absolue, des dépenses globales engagées par l'AST 74 pour le service de santé au travail, sans distinction selon les entreprises et sans pondération », de sorte qu'« en déterminant librement un coût unitaire indépendant du montant total de ses dépenses, l'AST 74 ne respecte pas » l'article L. 4622-6 du Code du travail ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a méconnu la liberté reconnue aux services de santé au travail dans la détermination du coût unitaire par salarié, a violé l'article L. 4622-6 susvisé ;

2°/ les dépenses afférentes aux services de santé au travail sont à la charge des employeurs ; que si, dans le cas de services communs à plusieurs entreprises, ces frais sont répartis proportionnellement au nombre de salariés, le prestataire des services

de santé au travail fournis à l'employeur demeure libre de déterminer le taux de cotisation par salarié ; que cette modalité de répartition n'interdit pas aux prestataires des services de santé au travail fournis à l'employeur, de prendre en considération la masse salariale pour déterminer le taux de cotisation, dans la mesure où une telle méthode permet d'appréhender plus précisément le nombre de salariés en équivalent temps plein et, dès lors, de ne pas pénaliser les entreprises ayant beaucoup recours au temps partiel ; que le prestataire assure ainsi un traitement égalitaire de l'ensemble des entreprises adhérentes ; qu'en écartant en l'espèce la détermination du coût unitaire « en fonction notamment de la masse salariale des entreprises », pour la circonstance que cela revenait à effectuer « indirectement une répartition selon la masse salariale, la multiplication du coût unitaire par le nombre de salariés n'ayant ensuite que l'effet artificiel de rétablir une proportion par nombre de salariés » (jugement, p. 3 § 2), sans rechercher, comme elle y était invitée, si la loi interdisait la prise en compte de la masse salariale pour le calcul du taux de cotisation, si cette prise en compte, parmi d'autres critères, se justifiait afin de déterminer le nombre de salariés en équivalent temps plein, critère essentiel pour évaluer le degré de mobilisation nécessaire de l'équipe pluridisciplinaire assurant le service de santé au travail, et si les modalités retenues aboutissaient à un montant inférieur à celui qui serait résulté d'une répartition en fonction de la masse salariale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 4622-6 du Code du travail ;

3°/ le juge ne peut méconnaître l'objet du litige tel qu'il est déterminé par les écritures des parties ; qu'en l'espèce, l'association Ancey Santé au Travail faisait valoir dans ses écritures que, s'agissant de la société ST Dupont, le calcul de la cotisation 2012 faisait ressortir un effectif de 288 salariés justifiant une surveillance médicale simple (SMS), et de 42 salariés justifiant une surveillance médicale renforcée (SMR), imposant l'application de deux taux de cotisation différents ; que, pour considérer que le règlement intérieur de l'association méconnaissait la règle de répartition du coût du service de santé au travail *per capita*, la cour d'appel a relevé que « l'association Ancey Santé au Travail ne prétend pas que les salariés de cette société soient exposés à des risques rendant nécessaire une surveillance médicale renforcée » (arrêt, p. 3 § 3) ; qu'en se prononçant ainsi, la cour d'appel a dénaturé les écritures de l'association Ancey Santé au Travail, violant ainsi l'article 4 du Code de procédure civile.

Le second moyen, en deux branches, reproche à l'arrêt attaqué d'avoir réformé les

dispositions du jugement qui avaient débouté la société ST Dupont de sa demande de dommages-intérêts à raison de sa radiation et d'avoir sursis à statuer sur cette demande jusqu'au dépôt du rapport de consultation alors que :

1°/ le juge ne peut méconnaître l'objet du litige, tel qu'il est déterminé par les écritures des parties ; qu'en l'espèce, l'association Ancey Santé au Travail faisait valoir qu'à l'occasion d'une séance tenue le 16 septembre 2011, son conseil d'administration avait défini les modalités pratiques pour la mise en oeuvre de la radiation d'un membre (concl., p. 24 dernier §) ; qu'en énonçant que « l'association Ancey Santé au Travail soutient que son conseil d'administration aurait statué de manière régulière au cours de la réunion du 16 septembre 2011 » sur la radiation de la société ST Dupont, tandis que cette réunion n'était invoquée qu'au regard des modalités de radiation qu'elle précisait, et ne concernait pas la situation de la société ST Dupont, la cour d'appel a dénaturé les écritures de l'association Ancey Santé au Travail et violé l'article 4 du Code de procédure civile ;

2°/ l'association Ancey Santé au Travail faisait valoir dans ses écritures que la société ST Dupont avait été radiée en raison de l'absence de paiement de sa cotisation, à compter du 1^{er} juillet 2013, et que cette radiation était établie par la production d'un échange de correspondance avec cette société (concl., p. 24 § 3) ; que, pour considérer que la preuve de la radiation de la société ST Dupont n'était pas rapportée, la cour d'appel s'est bornée à considérer que cette radiation ne résultait pas du procès-verbal de la réunion du conseil d'administration tenue le 16 septembre 2011 (arrêt, p. 4) ; qu'en se prononçant ainsi, sans répondre au moyen précis et opérant selon lequel la radiation résultait d'un échange de courriels entre l'association Ancey Santé au Travail et la société ST Dupont, en dernier lieu d'un courrier du 3 septembre 2013 qui rappelait la radiation au 1^{er} juillet 2013, la cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

Textes applicables :

Article L. 4622-6 du Code du travail, dans la version applicable au litige : « Les dépenses afférentes aux services de santé au travail sont à la charge des employeurs. Dans le cas de services communs à plusieurs entreprises, ces frais sont répartis proportionnellement au nombre des salariés ».

Article D. 4622-22 dans la version applicable au litige : « Les droits et obligations réciproques du service de santé au travail interentreprises et de ses adhérents sont déterminés dans les statuts ou le règlement intérieur de celui-ci. Ces statuts et ce

règlement sont communiqués à l'entreprise, lors de la demande d'adhésion, avec la grille des cotisations du service de santé au travail interentreprises et un document détaillant les contreparties individualisées de l'adhésion. Dans les six mois suivant l'adhésion, l'employeur adresse au président du service de santé au travail un document précisant le nombre et la catégorie des salariés à suivre et les risques professionnels auxquels ils sont exposés. Ce document est établi après avis du ou des médecins du travail intervenant dans l'entreprise. Il est ensuite soumis au comité d'entreprise. Il est tenu à disposition du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. »

DISCUSSION

I. Sur le premier moyen, pris dans ses deux premières branches

Après la loi du 28 juillet 1942 du régime de Vichy, obligeant les entreprises de plus de 50 salariés à recourir à la médecine du travail, la loi du 11 octobre 1946 et ses décrets d'application ont institué les services médicaux du travail, constitués exclusivement de médecins dont la mission essentielle était d'éviter toute altération de la santé des salariés du fait de leur travail.

L'évolution législative ultérieure a consacré la notion de pluridisciplinarité : la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a transformé les services médicaux du travail en services de santé au travail (SST). La loi n° 2011-867 du 20 juillet 2011 relative à l'organisation de la médecine du travail a réformé l'organisation générale de ces services et le statut de leurs personnels.

Les dispositions relatives aux services de santé au travail sont regroupées aux articles L. 4621-1 à L. 4624-10 du Code du travail. Elles prévoient notamment, à l'article L. 4622-11, que les services de santé au travail interentreprises (SSTI) sont administrés paritairement par un conseil composé de représentants des employeurs désignés par les entreprises adhérentes et de représentants des salariés de ces entreprises, désignés par les organisations syndicales représentatives.

L'article L. 4622-6 relatif aux dépenses de santé a conservé jusqu'en juillet 2016 sa rédaction issue de la loi de 1946. La loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine lui a ajouté un alinéa relatif aux pigistes, aux intermittents du spectacle et aux mannequins, qui n'était pas applicable lors du litige.

La rédaction de cet article est parfaitement claire : au présent et de ce fait, impérative, elle pose d'abord le principe de la prise en

charge par l'employeur des dépenses de santé au travail, puis elle prévoit au deuxième alinéa que lorsque la protection de la santé au travail est confiée à des services communs à plusieurs entreprises, les frais sont répartis proportionnellement au nombre de salariés.

Ce mode de répartition se trouve confirmée par la rédaction de l'alinéa ajouté en 2016, qui prévoit que « *Par dérogation au deuxième alinéa, dans le cas des dépenses effectuées pour les journalistes rémunérés à la pige relevant de l'article L. 7111-3, pour les salariés relevant des professions mentionnées à l'article L. 5424-22 et pour ceux définis à l'article L. 7123-2, ces frais sont répartis proportionnellement à la masse salariale.* » Cet *a contrario* indique que le mode de répartition de droit commun énoncé à l'alinéa précédent ne saurait prendre en compte la masse salariale.

L'article D. 4622-22, qui régit les conditions d'adhésion des entreprises aux SSTI, évoque une « grille des cotisations », qui doit être communiquée à l'adhérente, tandis que celle-ci adresse au SSTI « *un document précisant le nombre et la catégorie des salariés à suivre et les risques professionnels auxquels ils sont exposés* ». C'est la seule disposition évoquant les cotisations et sa rédaction n'indique ni la façon dont celles-ci seront fixées, ni une quelconque corrélation entre leur montant et les risques professionnels auxquels les salariés sont exposés.

Les dispositions de l'article L. 4622-6 sont d'ordre public. En application de l'article L. 4745-1 du Code du travail, leur méconnaissance est punie, en cas de récidive dans le délai de trois ans, d'un emprisonnement d'une durée de quatre mois et d'une amende de 3 750 euros.

Trois éléments caractéristiques se dégagent de cet article :

- la corrélation des sommes versées par les entreprises avec les frais réellement engagés par les services de santé au travail et avec ces frais exclusivement. Étant constitués en association à but non lucratif, ces services ne peuvent pas retenir un mode de facturation de nature à leur permettre de dégager des bénéfices ;
- un mode de répartition clair : il s'agit de diviser le total des frais engagés par le SSTI par le nombre de salariés pris en charge et de facturer à chacune des entreprises adhérentes un montant correspondant au nombre des salariés de cette entreprise suivis par le SSTI ;
- l'absence de prise en compte de toute spécificité liée au mode de suivi médical des salariés. Si l'article L. 4622-6 n'interdit pas expressément la prise en compte de tel ou tel critère, ce qui serait

contraire aux règles de légistique, ses termes impératifs et la simplicité de son unique critère de répartition des frais ne laissent pas de liberté aux SSTI dans la détermination d'un taux de cotisation par salarié.

Or, la réalité est loin de correspondre à la lettre du texte. C'est ce qui ressort non seulement du rapport de la Cour des comptes cité par Madame le rapporteur, mais aussi d'une étude publiée en novembre 2015 par l'organe fédérant les services de santé au travail interentreprises, le CISME devenu récemment « *Présance* ». Il ressort de cette étude que 52,3 % seulement des SSTI appliqueraient un mode de cotisation au forfait par salarié, tandis que 42,1 % auraient un système de cotisation assis sur les salaires et 5,6 % un système mixte.

Et sur la moitié des SSTI appliquant un forfait, un tiers différencie les forfaits selon la prise en charge médicale des salariés, simple ou renforcée.

Lorsque les cotisations sont assises sur la masse salariale, celle-ci est plafonnée dans la quasi-totalité des cas. Le taux appliqué est presque toujours unique, mais il varie d'un SSTI à l'autre entre 0,30 % et 0,65 %, soit du simple au double (Extrait de CISME Services de santé au travail interentreprises (SSTI), chiffres clé 2014 – 2015).

C'est donc dans des conditions particulièrement opaques que s'effectue la facturation du suivi de la santé au travail, ce qui ne peut que nuire au système dans son ensemble.

Face à ces disparités, le contrôle qu'exercent les DIRECCTE est peu contraignant : un quart seulement des SSTI qui lèvent des cotisations proportionnelles à la masse salariale, en contradiction manifeste avec l'article L. 4622-6, ont été invités par l'administration à passer au forfait *per capita*, alors même que les articles R. 4622-48 et suivants, qui mettent en place l'agrément des SST lui attribuent un pouvoir de contrainte.

La circulaire DGT n° 13 du 9 novembre 2012 relative à la mise en oeuvre de la réforme de la médecine du travail et des services de santé au travail, invitait pourtant les DIRECCTE à conduire les SSTI vers un système de cotisation plus conforme à la loi : L'article L. 4622-6 du Code du travail précise que « *les dépenses afférentes aux services de santé au travail sont à la charge des employeurs [et que] dans le cas de services communs à plusieurs entreprises, ces frais sont répartis proportionnellement au nombre de salariés* ». Le coût de l'adhésion à un SSTI est donc calculé selon l'effectif de chaque entreprise adhérente, défini selon les modalités des articles L. 1111-2 et L. 1111-3 du Code du travail. Il ne correspond pas à un pourcentage de la masse salariale, mais à un montant calculé par salarié. Quand un SSTI

pratique une facturation non fondée sur un montant *per capita*, il doit se mettre en conformité avec les dispositions de l'article L. 4622-6 du Code du travail. Le cas échéant, il s'agira pour la DIRECCTE d'accompagner ces SSTI dans cette phase de mise en conformité, sur une période transitoire nécessaire afin de ne pas les fragiliser et de ne pas porter préjudice à leur fonctionnement. Dans ce cadre, le montant de la cotisation appliquée à l'entreprise couvre l'ensemble des contreparties mentionnées dans le document initial qui lui est remis au moment de son adhésion. Comme rappelé ci-dessus, ceci inclut l'ensemble des dépenses liées aux actions collectives en milieu de travail, qu'elles soient réalisées par le médecin du travail ou par les autres membres *de l'équipe pluridisciplinaire, ainsi que les dépenses liées au suivi individuel de l'état de santé des salariés de l'entreprise, ce qui inclut notamment la réalisation des examens médicaux d'embauche, périodiques et complémentaires. Ces dépenses ne peuvent donc pas faire l'objet d'une facturation complémentaire.* »

Comme le relève Madame le rapporteur, le recours contre cette circulaire a permis au Conseil d'État de juger le 30 juin 2014 que les dispositions de l'article L. 4622-6 « *visent à garantir un mode de répartition des frais indépendant des prestations effectivement réalisées par les services de santé au travail interentreprises (...)* ». Selon le Conseil, c'est bien à une mutualisation des risques que visent ces dispositions.

Cette décision est radicalement contraire à la réponse ministérielle immédiatement antérieure, du 4 février 2014, qui indique notamment que « *le principe d'une cotisation "per capita" ne fait pas obstacle à ce que chaque SSTI définisse son propre taux de cotisation par salarié, lequel est librement décidé par l'assemblée générale de ses adhérents. Par ailleurs il est loisible à un SSTI de différencier les taux de cotisation selon la nature des expositions des salariés et selon qu'un salarié est placé en surveillance médicale renforcée ou en surveillance médicale simple* ».

Mais si le ministre compose avec la réalité du fonctionnement des SSTI, il est difficile au juge d'admettre une interprétation de la loi radicalement contraire à sa lettre.

En l'espèce, le pourvoi soutient que « *la méthode prévue par la loi peut se révéler très coûteuse, puisque l'employeur doit acquitter le coût prévu pour chaque salarié employé, alors même que ce coût correspond le plus souvent aux frais nécessaires pour assurer le suivi d'un salarié à temps plein* » et qu'« *il est plus judicieux de calculer la cotisation due par l'employeur par référence à la masse salariale, laquelle permet de rendre compte d'un nombre de salariés en équivalent temps plein* » (p. 11 du mémoire ampliatif).



Il revendique ainsi la création d'une norme nouvelle, en employant un argument plus que fragile. En effet, la circulaire DGT n° 13 du 9 novembre 2012 impose de calculer la cotisation « selon l'effectif de chaque entreprise adhérente, défini selon les modalités des articles L. 1111-2 et L. 1111-3 du Code du travail », c'est-à-dire en tenant compte des contrats à temps partiel. L'entreprise transmettant son effectif avec cette précision, nul besoin de le corriger en tenant compte de la masse salariale, qui d'ailleurs varie selon de nombreux critères dépourvus de relation avec le nombre des emplois à temps partiels.

La cour d'appel s'est vue exposer par l'AST 74 un mode de calcul des cotisations très opaque. Dans un premier temps, sur la base des informations communiquées par ST Dupont, le SSTI répartit les salariés en deux groupes selon qu'ils font l'objet d'un suivi médical simple ou renforcé. Il leur applique ensuite des coefficients distincts, fixés selon une méthode qui n'est pas exposée. Il en retire un coefficient moyen qu'il applique à l'effectif total de ST Dupont. Puis il multiplie la masse salariale de cette entreprise par ce coefficient, pour aboutir à une cotisation théorique, qu'il « re-traite pour tenir compte à la fois d'un plancher et d'un plafond. / Le plafond est calculé sur la base du plafond annuel de la sécurité sociale, tranche A », tandis que le mode de fixation du plancher n'est pas indiqué. Enfin, « ces planchers et plafonds sont eux-mêmes corrigés par un coefficient suivant le type de surveillance médicale (SM ou SMR) », alors que le type de surveillance médicale était déjà pris en compte, en début de processus.

Face à ces calculs obscurs que n'autorisent aucune « liberté » laissée par la loi, la cour d'appel s'en est tenue avec raison à la lettre de l'article L. 4622-6 en jugeant que les cotisations devaient être établies sur une simple règle de trois répartissant les frais engagés pour tous les salariés pris en charge par le SSTI, à proportion de ceux venant de la ST Dupont.

Il y a donc lieu de rejeter ces deux branches du premier moyen.

La troisième branche reproche à l'arrêt d'avoir dénaturé l'objet du litige en jugeant que « l'association Anancy Santé au Travail ne prétend pas que les salariés de cette société soient exposés à des risques rendant nécessaire une surveillance médicale renforcée », alors que dans ses conclusions, l'AST 74 exposait qu'elle avait retiré des documents fournis par ST Dupont que l'effectif en surveillance médicale est de 288 et l'effectif en surveillance médicale renforcée de 42.

Cette branche du moyen manque en fait car ces lignes ne disent rien des risques auxquels sont exposés les salariés et des raisons pour lesquelles certains relèveraient d'un suivi médical renforcé. Elle sera donc écartée.

Le second moyen n'est pas de nature à entraîner la cassation.

AVIS DE REJET

Soc., 19 septembre 2018, n° 17-16.219 : P+B+R+I ; JCP 2018, éd. S, Act., n° 278, et II, 1345, note André Franck-Jover ; JCP 2018, éd. E, Act., n° 728 ; JCP 2018, éd. G, Act., 1047, note Nathalie Dedessus-Le-Moustier

Sur le premier moyen :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 17 janvier 2017), que la société ST Dupont, adhérente du service de santé au travail association Anancy santé au travail 74 (l'AST 74), a cessé de régler ses cotisations en contestant le mode de calcul de celles-ci ; qu'elle a fait l'objet d'une décision de radiation ; qu'elle a saisi le tribunal de grande instance pour faire constater l'irrégularité du mode de calcul de la cotisation, et pour que soit ordonnée sa réintégration rétroactive au sein de l'organisme ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt de fixer le calcul de la cotisation due par la société ST Dupont à l'association AST 74 pour l'année 2013 comme suit : dépenses globales de l'AST 74 de l'année 2012 multiplié par le nombre de salariés au 1er janvier 2013 dans l'entreprise et divisé par le nombre de salariés au 31 décembre 2012 dans l'ensemble des entreprises adhérentes à cette même date, alors, selon le moyen :

1°/ que les dépenses afférentes aux services de santé au travail sont à la charge des employeurs ; que si, dans le cas de services communs à plusieurs entreprises, ces frais sont répartis proportionnellement au nombre de salariés, le prestataire des services de santé au travail fournis à l'employeur demeure libre de déterminer le taux de cotisation par salarié ; que, pour considérer que les modalités de détermination du coût unitaire prévu par le règlement intérieur de l'association Ancecy santé au travail n'étaient pas conformes aux exigences légales, la cour d'appel a retenu, par motifs propres comme adoptés, que les « dépenses afférentes aux services de santé au travail doivent s'entendre non pas d'un coût unitaire déterminé et corrigé en fonction de plusieurs critères, parmi lesquels l'importance des risques dans l'entreprise, mais du seul montant, en valeur absolue, des dépenses globales engagées par l'AST 74 pour le service de santé au travail, sans distinction selon les entreprises et sans pondération », de sorte qu'« en déterminant librement un coût unitaire indépendant du montant total de ses dépenses, l'AST 74 ne respecte pas » l'article L. 4622-6 du Code du travail ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a méconnu la liberté reconnue aux services de santé au travail dans la détermination du coût unitaire par salarié, a violé l'article L. 4622-6 susvisé ;

2°/ que les dépenses afférentes aux services de santé au travail sont à la charge des employeurs ; que si, dans le cas de services communs à plusieurs entreprises, ces frais sont répartis proportionnellement au nombre de salariés, le prestataire des services de santé au travail fournis à l'employeur demeure libre de déterminer le taux de cotisation par salarié ; que cette modalité de répartition n'interdit pas aux prestataires des services de santé au travail fournis à l'employeur, de prendre en considération la masse salariale pour déterminer le taux de cotisation, dans la mesure où une telle méthode permet d'appréhender plus précisément le nombre de salariés en équivalent temps plein et, dès lors, de ne pas pénaliser les entreprises ayant beaucoup recours au temps partiel ; que le prestataire assure ainsi un traitement égalitaire de l'ensemble des entreprises adhérentes ; qu'en écartant en l'espèce la détermination du coût unitaire « en fonction notamment de la masse salariale

des entreprises », pour la circonstance que cela revenait à effectuer « indirectement une répartition selon la masse salariale, la multiplication du coût unitaire par le nombre de salariés n'ayant sans rechercher, comme elle y était invitée, si la loi interdisait la prise en compte de la masse salariale pour le calcul du taux de cotisation, si cette prise en compte, parmi d'autres critères, se justifiait afin de déterminer le nombre de salariés en équivalent temps plein, critère essentiel pour évaluer le degré de mobilisation nécessaire de l'équipe pluridisciplinaire assurant le service de santé au travail, et si les modalités retenues aboutissaient à un montant inférieur à celui qui serait résulté d'une répartition en fonction de la masse salariale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 4622-6 du Code du travail ;

3°/ que le juge ne peut méconnaître l'objet du litige tel qu'il est déterminé par les écritures des parties ; qu'en l'espèce, l'association Ancecy santé au travail faisait valoir dans ses écritures que, s'agissant de la société ST Dupont, le calcul de la cotisation 2012 faisait ressortir un effectif de deux cent quatre vingt-huit salariés justifiant une surveillance médicale simple (SMS), et de quarante-deux salariés justifiant une surveillance médicale renforcée (SMR), imposant l'application de deux taux de cotisation différents ; que, pour considérer que le règlement intérieur de l'association méconnaissait la règle de répartition du coût du service de santé au travail *per capita*, la cour d'appel a relevé que « l'association Ancecy santé au travail ne prétend pas que les salariés de cette société soient exposés à des risques rendent nécessaire une surveillance médicale renforcée » ; qu'en se prononçant ainsi, la cour d'appel a dénaturé les écritures de l'association Ancecy santé au travail, violant ainsi l'article 4 du Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 4622-6 du Code du travail, les cotisations dues par les employeurs lorsqu'ils adhèrent à un service de santé au travail interentreprises correspondent aux dépenses afférentes à ces services réparties proportionnellement au nombre de salariés ; qu'il en résulte que la cotisation doit être fixée à une somme, par salarié équivalent temps plein de l'entreprise, correspondant au montant total des dépenses engagées par le service de santé interentreprises auquel adhère l'employeur rapporté au nombre total de salariés pris en charge par l'organisme ; que seul peut être appliqué le cas échéant à ce calcul un coefficient déterminé correspondant au nombre de salariés nécessitant une surveillance médicale renforcée ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a dit que la cotisation due par la société ST Dupont devait être calculée en rapportant les dépenses globales de l'AST 74 au nombre

total de salariés de l'ensemble des entreprises adhérentes puis en multipliant la somme obtenue par le nombre de salariés de la société, a statué à bon droit ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;
Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le second moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

OBSERVATIONS

1. Duplicité. À chacun son domaine de recherche. Si l'astronome tourne les yeux vers les étoiles, le ciel du juriste, tout aussi vaste et complexe, est plus terre-à-terre. Ses étoiles à lui sont les normes qui, comme tout corps céleste, peuvent être saisies par l'ombre et la lumière. Qui n'a jamais observé la lune, dont le flanc éclairé est séparé de l'obscur par la ligne appelée terminateur ? Quel juriste n'a pas rencontré de texte dont la clarté première laisse place au doute ?

Seulement, si la duplicité de l'astre est heureuse, car c'est à la frontière de l'ombre et de la lumière que sa surface est la mieux révélée, dans le champ juridique, elle est ambivalente. Intellectuellement elle est sans conteste stimulante mais elle ne doit pas durer : la sécurité juridique doit progresser. Vient le temps du procès et, des textes nébuleux, il revient aux avocats généraux de suggérer des interprétations, puis à la Cour de cassation d'apporter des précisions.

Illustration en est donnée dans le contentieux opposant l'association Annecy santé au travail (AST 74) à la société ST Dupont. Les deux premiers alinéas de l'article L. 4622-6 du Code du travail y trouvent éclaircissement.

2. Litige financier. La société ST Dupont fut adhérente, jusqu'au 30 juin 2013, à l'AST 74 ayant pour objet « *d'assurer l'organisation, le fonctionnement et la gestion d'un Service de Santé au Travail Interentreprises* » (1). Le litige les opposant est financier.

La société cessa de payer ses cotisations au motif qu'elle en contestait le mode de calcul, ce qui entraîna sa radiation de la liste des membres de l'association. Elle saisit alors le tribunal de grande instance d'Annecy pour :

- faire annuler la décision de radiation, et partant que soit ordonnée sa réintégration rétroactive à compter du 1^{er} juillet 2013 ;
- faire ordonner une expertise des éléments de calcul de la cotisation 2013 – en vue que soit constatée l'irrégularité du mode de calcul ;
- faire condamner l'association à payer

une somme de 50 000 euros à titre de dommages-intérêts.

Les cotisations, et la manière de les calculer, constituent le pivot du litige. L'enjeu n'est pas négligeable, eu égard au nombre d'entreprises concernées (2), aux montants des sommes pouvant être en cause (3), et à l'écart qu'un mode de calcul peut entraîner par rapport à un autre.

3. Décisions. La pratique de l'association pour déterminer les cotisations annuelles que ses membres devaient payer était « *très opaque (4)* ». Elle fut remise en cause, tant par les juges de première instance que d'appel, qui ont retenu un mode de calcul des cotisations identique. Il conviendrait selon eux, pour fixer le montant dû par la société pour l'année 2013, de procéder au calcul suivant :

(Dépenses globales de l'association de l'année 2012 x Nombre de salariés au 1/01/2013 dans la Société)

Nombre de salariés au 31/12/12 dans l'ensemble des entreprises adhérentes au 31/12/12

4. Réaction. Insatisfaite de la décision de la cour d'appel de Chambéry (17 janvier 2017) (5), l'association forma un pourvoi en cassation constitué de deux moyens. Seul le premier fera l'objet de développements dans l'avis de l'avocat général (6) – et c'est du reste à lui seul que la Cour de cassation répondra (7). Il fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir fixé le calcul de la cotisation due par la société selon les modalités exposées précédemment. La critique s'articule en trois branches.

Tout d'abord, il est soutenu que si les frais dus par l'employeur aux services de santé au travail communs à plusieurs entreprises doivent être répartis proportionnellement au nombre de salariés, le prestataire des services de santé demeure libre de déterminer le taux de cotisation par salarié. En considérant que les modalités de détermination du coût unitaire prévu par le règlement intérieur de l'association, prenant en compte plusieurs critères dont l'importance des risques dans l'entreprise, n'étaient pas conformes aux exigences légales issues de l'article L. 4622-6 du Code du travail, la cour d'appel aurait méconnu la liberté reconnue aux services de santé au travail et violé ledit article.

Ensuite, l'association retient que cette liberté dont profitent les services de santé au travail leur permet de prendre en considération la masse salariale pour déterminer le taux de cotisation – une telle méthode étant, selon elle, de nature à appréhender plus précisément le nombre de salariés en équivalent temps plein, afin de ne pas pénaliser les entreprises ayant largement recours au temps partiel. En écartant en

1) Statuts de l'association AST 74, 17 avril 2014. Sur les missions des services de santé au travail, v. l'art. L. 4622-2 du Code du travail. Adde. Plus largement, pour une appréhension juridique des services de santé au travail et de leurs évolutions, v. A.-F. Jover, *Les métamorphoses des services de santé au travail* (sous la dir. de B. Teysseïé), Thèse, LexisNexis, 2015.

2) La Cour des comptes notait en 2012 que « *dans leur quasi-totalité (90 %), les salariés du secteur privé non agricole sont suivis, en ce qui concerne la santé au travail, par des services de santé au travail interentreprises* » (Synthèse du Rapport public thématique « Les services de santé au travail interentreprises : une réforme en devenir », 29 nov. 2012, p. 5).

3) À titre d'illustration, l'association Présanse, qui représente les services de santé au travail interentreprises, regroupe 240 de ces services, à l'égard desquels les cotisations annuelles représentent une contribution de 1,2 milliards d'euros [v. <http://www.presanse.fr/> (consulté le 23/12/2018)]. Le montant total des cotisations était évalué en 2012 à 1,3 milliard d'euros par an (Synthèse du Rapport public thématique « Les services de santé au travail interentreprises : une réforme en devenir », 29 nov. 2012, p. 16).

4) Expression utilisée par l'avocat général Anne Berriat ayant rendu un avis dans cette affaire, avant que la chambre sociale de la Cour de cassation ne se prononce. Reprenant les explications de l'association devant la cour d'appel, elle précise, pour expliciter les modalités de calcul, que : « *Dans un premier temps, sur la base des informations communiquées par ST Dupont, le SSTI répartit les salariés en deux groupes selon qu'ils font l'objet d'un suivi médical simple ou renforcé. Il leur applique ensuite des coefficients distincts, fixés selon une méthode qui n'est pas exposée. Il en retire un coefficient moyen qu'il applique à l'effectif total de ST Dupont. Puis il multiplie la masse salariale de cette entreprise par ce coefficient, pour aboutir à une cotisation théorique, qu'il "re-traite" pour tenir compte à la fois d'un plancher et d'un plafond. / Le plafond est calculé sur la base du plafond annuel de la sécurité sociale, tranche A", tandis que le mode de fixation du plancher n'est pas indiqué. Enfin, "ces planchers et plafonds sont eux-mêmes corrigés par un coefficient suivant le type de surveillance médicale (SM ou SMR)", alors que le type de surveillance médicale était déjà pris en compte, en début de processus* » (avis, p. 8-9).

5) L'arrêt d'appel a confirmé le jugement, sauf en ce qu'il avait débouté la société de sa demande de dommages-intérêts en raison de sa radiation et sursis à statuer sur cette demande le temps de l'élaboration d'un rapport par un expert-comptable.

6) « *Le second moyen n'[étant] pas de nature à entraîner la cassation* » (avis, p. 9).

7) Cass. soc., 19 sept. 2018, à paraître, pourvoi n° 17-16.219 (JCP E 2018, act. 728 ; JCP G 2018, act. 1047, par N. Dedessus-Le-Moustier ; JCP S 2018, 1345, note A.-F. Jover ; Lexbase – Hebdo éd. sociale, 4 oct. 2018, n° 56, comm. S. Tournaux).

8) L'analyse ne portera pas sur cette branche ni sur la réponse qu'y apporte l'avocat général : il est simplement indiqué dans l'avis que l'argumentation du pourvoi « manque en fait », et doit en conséquence être écartée (avis, p. 9).

9) L'article L. 4622-6 du Code du travail s'applique aux services de santé au travail interentreprises en vertu de l'article L. 4622-7 du Code du travail. Il date de 1946 et les réformes récentes de la santé au travail [not. par les lois n° 2015-994 du 17 août 2015 et n° 2016-1088 du 8 août 2016, ainsi que par l'ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention (ordonnance ratifiée par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018)] n'ont pas affecté les modalités de financement qu'il énonce. Cela, alors même que la Cour des comptes énonçait en 2012, que le « chantier du financement est celui qui désormais attend la santé au travail » (Synthèse du Rapport public thématique « Les services de santé au travail interentreprises : une réforme en devenir », 29 nov. 2012, p. 16).

10) Pour quelques considérations historiques ayant pu favoriser l'émergence d'un contentieux sur la problématique qui nous occupe, v. JCP S 2018, 1345, note A.-F. Jover (spéc. le 1). Adde. Pour un auteur, cette affaire « illustre les épineuses questions que pourra poser, à l'avenir, le développement souhaité par le législateur des organismes ou institutions interentreprises » (Lexbase – Hebdo éd. sociale, 4 oct. 2018, n° 756, comm. S. Toumaux). Sur ce thème, v. aussi R. Marié, « Le paysage kaléidoscopique des relations interentreprises » : RJS 11/2018, chron. p. 789.

11) Avis, p. 5.

12) Art. D. 4622-22 al. 1^{er} du Code du travail.

13) Avis, p. 5 ; souligné par nous.

14) Art. D. 4622-22 du Code du travail.

15) Avis, p. 5.

16) Avis, p. 5.

17) G. Cornu, Linguistique juridique, 3^e éd., Montchrestien, 2005, § 67 (« normalement l'indicatif exprime ce qui est, non ce qui doit être. Il exprime un fait (qui se produit, se poursuit ou est hors du temps), non un ordre de la loi. Ici, l'indicatif remplace l'impératif grammatical. L'indicatif vaut impératif. C'est une particularité de l'énoncé juridique »). Dans le même sens, v. C. Bergeal, Manuel de légistique, Berger Levrault, 8^e éd., § 284.

Et déjà, dans sa thèse de doctorat, Jean Ray en faisant le constat à la lecture du Code civil (J. Ray, Essai sur la structure logique du Code civil français, éd. F. Alcan, 1926, spéc. p. 41 et s. ; il y précisait que « la fonction de la loi est peut-être moins encore de donner des ordres que de faire régner l'ordre : si la loi commande, c'est parce qu'il y a là un moyen de faire régner l'ordre, ou plutôt un ordre. Il semble qu'à la lumière beaucoup de faits s'expliquent : ordonner la vie, cela peut se faire non seulement en prescrivant telles activités, mais en élaborant telles représentations des faits, en construisant telle image – partiellement représentative, partiellement idéale – des relations que l'on veut régler. Voilà pourquoi la loi s'exprime très souvent sous la forme énonciative ou descriptive, et non pas prescriptive » [p. 46]). Adde. Villey illustre : « il y aurait lieu d'interpréter le langage du Code civil ; c'est-à-dire de le corriger ; de lui rendre sens en transposant l'indicatif en impératif ou en normes. Un indicatif peut avoir sens de norme ou d'impératif. Comme, si vous dites que "cet exposé dure depuis une heure", cela peut vouloir dire : "passer à la conclusion", "on bout dans la salle", signifier : "ouvrez la fenêtre". "On ne fume pas ici" : ne fumez pas. De même si le Droit civil dit que cet imperméable est à moi, il faut écrire en bon langage que vous êtes priés de me le rendre. Autrement la phrase n'a pas de sens. Nos déonticiens nous invitent à pratiquer cet exercice de décodage préalable des textes du code » (M. Villey, « De l'indicatif dans le droit » : Arch. phil. dr. 1974, n° 19, p. 33, spéc. p. 38). Dans la suite de son article, Villey s'attache à critiquer cette conception déontique du droit comme « règles de conduite », tout

l'espèce la détermination du coût unitaire en fonction notamment de la masse salariale des entreprises, sans rechercher si la loi interdisait la prise en compte de la masse salariale pour le calcul du taux de cotisation, si cette prise en compte se justifiait afin de déterminer le nombre de salariés en équivalent temps plein, et si les modalités retenues aboutissaient à un montant inférieur à celui qui serait résulté d'une répartition en fonction de la masse salariale, la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 4622-6 du Code du travail.

Enfin, considérant que le juge ne peut méconnaître l'objet du litige tel qu'il est déterminé par les écritures des parties, l'association soutient que la cour d'appel, en se prononçant, aurait dénaturé les écritures de l'association, violant ainsi l'article 4 du Code de procédure civile (8).

5. Difficulté. Partant de ces données, la difficulté autour de laquelle s'ordonne la réflexion peut être précisée. Est en cause l'application de l'article L. 4622-6 du Code du travail, et duquel il résulte que « les dépenses afférentes aux services de santé au travail sont à la charge des employeurs. Dans le cas de services communs à plusieurs entreprises, ces frais sont répartis proportionnellement au nombre des salariés » (9). De l'interprétation de ce texte dépend l'issue du litige (10).

6. Obscure clarté. D'apparence accessible et clair, ce texte pose question lors de son application pour définir la notion de proportion (I), et son objet (II).

I. La référence de proportion

7. Quelle référence ? Dans son avis, l'avocat général rappelle que la prise en charge par l'employeur des dépenses de santé doit être proportionnée au nombre de salariés. Cette référence est, selon l'avocat

général, impérative. Il est fait mention de ce caractère de manière explicite (A). Mais la justification de cette impérativité explicite est inadaptée pour fonder le rejet de toute référence alternative. D'autres justifications plus pertinentes viennent asseoir de façon implicite (B) l'impérativité de la référence au nombre de salariés.

A. L'impérativité explicite de la référence au nombre de salariés

8. Impérativité explicite. L'article L. 4622-6 du Code du travail énonce deux règles qui sont rappelées dans l'avis étudié.

S'appuyant sur l'alinéa 1^{er} de l'article, il est d'abord fait part du « principe de la prise en charge par l'employeur des dépenses de santé au travail » (11). Lors d'une adhésion au service de santé au travail, la grille des cotisations est transmise afin que les coûts puissent être anticipés par les employeurs adhérents (12). Ce point ne pose pas de difficulté ; le pourvoi ne remet pas en cause l'identité du débiteur mais le montant de la dette.

L'avocat général rappelle justement le deuxième alinéa de l'article L. 4622-6 : « lorsque la protection de la santé au travail est confiée à plusieurs entreprises, les frais sont répartis proportionnellement au nombre de salariés » (13). À cette fin, l'employeur doit, chaque année, adresser au service de santé au travail un document précisant le nombre de travailleurs à suivre (14). Plus les entreprises adhérentes au service de santé au travail ont de travailleurs, plus leurs dépenses de santé sont importantes.

Selon l'avocat général, la rédaction de ces deux alinéas de l'article L. 4622-6 est « parfaitement claire » (15). Plus encore, affirme-t-il sans autre précision, rédigée « au présent » de l'indicatif, la disposition est « impérative » (16).

Il convient d'approfondir cette affirmation et d'apprécier sa justification : la solution



du litige tenant à l'interprétation de l'article L. 4622-6 du Code du travail, déterminer son caractère impératif n'est *a priori* pas négligeable pour la réflexion.

9. Justification. C'est une particularité du droit de faire du présent de l'indicatif un support de l'impérativité (17). Il se comprend bien que l'édition d'une loi imposant un contenu normatif à chacun, tous les temps de conjugaison ne peuvent être employés. Une norme rédigée au conditionnel ne s'imagine pas. Pour autant, le présent n'est pas « *le seul substitut de l'impératif. Le futur l'est aussi* » (18). L'ancien Code pénal en a été un exemple emblématique. Aujourd'hui néanmoins, la légistique apprend que la rédaction s'opère au présent de l'indicatif (19).

De ces données, la déduction selon laquelle la rédaction de l'article L. 4622-6 est « *au présent et de ce fait, impérative* » (20) semble aller de soi. Elle peut aussi surprendre. En droit, l'impérativité renvoie *a priori* à une « *disposition législative ou réglementaire qui ne peut pas être écartée par une volonté individuelle contraire* » (21). Or, si en droit le présent a un caractère impératif, il ne faudrait point en déduire qu'il n'est pas possible de déroger à l'ensemble des règles rédigées à ce temps. Cela reviendrait à opérer une confusion entre l'utilisation du présent de l'indicatif, l'impérativité et la nature d'ordre public absolu d'une norme. Il convient de se garder d'une telle analyse.

Il existe des normes rédigées au présent qui prévoient intrinsèquement leur caractère facultatif. L'emploi de certains verbes en témoigne : lorsque l'article L. 1232-4 du Code du travail énonce que « *lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise* » (22), il n'y a là aucune obligation pour le salarié. Paradoxalement, c'est l'absence d'impérativité de la norme qui est, par l'usage du présent, impérative (23) !

La norme, toujours rédigée au présent, conditionne aussi parfois son application. Le triptyque structurant certaines parties du Code du travail entre ce qui relève de l'ordre public, du champ de la négociation collective et des dispositions supplétives le prouve. La grande majorité de ces normes débutent par des expressions comme « *à défaut d'accord* » (24), « *en l'absence d'accord* » (25) ou encore « *sauf stipulations contraires dans une convention ou un accord* » (26).

Les normes intégrées dans les « *blocs de suppléativité* » légaux témoignent aussi de ce que la mise à l'écart de la norme écrite au présent de l'indicatif peut être justifiée par des données extrinsèques à la norme. Leur seul emplacement dans le Code du travail justifie leur caractère supplétif. C'est le cas de l'article L. 2242-14 du Code du travail, relatif à la négociation obligatoire en entreprise, qui

précise que « *lors de la première réunion sont précisés : 1° le lieu et le calendrier de la ou des réunions ; 2° les informations que l'employeur remettra aux délégués syndicaux et aux salariés composant la délégation sur les thèmes prévus par la négociation qui s'engage et la date de cette remise* ».

Plus encore, même hors du droit du travail où ne règne pas un ordre public dit « *social* », il est des textes rédigés au présent sans signe (interne ou externe) de suppléativité, dont la jurisprudence vient affirmer qu'il peut leur être dérogé par convention. Leur application est limitée : elle est conditionnée à l'absence de clause contraire. L'article 1614 du Code civil en témoigne. Il en résulte que « *la chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente. Depuis ce jour, tous les fruits appartiennent à l'acquéreur* ». *A priori*, point de problématique en cas d'application : tous les fruits de la chose vendue appartiennent à l'acquéreur dès le moment de la vente. Et il n'y a, à la seule lecture du texte, pas plus de liberté pour le vendeur et l'acquéreur, que pour le service de santé au travail et l'employeur qui déterminent les modalités de calcul des cotisations. Pourtant, la troisième chambre civile de la Cour de cassation est venue préciser que la règle vaut « *sauf convention contraire* » (27).

De ces réflexions, il peut être tiré quelques conclusions quant à l'affirmation selon laquelle la rédaction d'un article de loi est « *au présent et de ce fait, impérative* » (28). Elle est à la fois vraie et fautive. Elle est fautive en ce sens que toute norme rédigée au présent de l'indicatif n'est pas dotée d'une impérativité empêchant d'y déroger par le jeu de la volonté individuelle. Mais elle est vraie si l'impérativité s'entend seulement de ce que la norme rédigée au présent « *exprime un ordre, [ce] à quoi on doit se soumettre* » (29). L'indicatif présent n'équivaut pas à l'impératif juridique, mais à l'impératif grammatical. Si « *l'indicatif présent suffit non seulement à exprimer le droit mais, plus spécifiquement, à marquer l'obligation* » (30), il ne faut pas automatiquement déduire de cette obligation, de cet ordre, de cette exigence, le caractère d'ordre public absolu de la norme en jeu entraînant l'impérativité juridique de cette dernière (31).

Pourtant, l'avocat général considère que la loi n'autorise « *aucune "liberté"* » dans le mode de calcul des cotisations (32). Si ce n'est le temps de l'énoncé normatif qui permet de justifier que ce texte exclut d'autres références que le nombre de salariés, reste à étudier ce qui, au sein de l'avis, permet malgré tout d'asseoir cette conclusion.

B. L'impérativité implicite de la référence au nombre de salariés

10. Impérativité implicite. L'article L. 4622-6 du Code du travail fait du nombre

en plaidant pour l'expression d'un droit à l'indicatif.

18) G. Cornu, *ibid.*

19) C. Bergeal, Manuel de légistique, op. cit. (« *le temps de la rédaction est le présent* »).

20) Avis, p. 5.

21) Lexique des termes juridiques 2017-2018 (sous la dir. de S. Guinchard et Th. Debard), Dalloz, 2017, v. « Impératif ».

22) Souligné par nous.

23) Un ordre impératif est toutefois sous-entendu : celui de respecter la possibilité pour le salarié d'être assisté, de ne pas l'interdire. L'objet de l'impérativité porte sur le respect de la permission, et non sur l'objet de la permission à savoir l'assistance du salarié.

24) Pour une illustration, v. l'art. L. 2242-13 du Code du travail.

25) Pour une illustration, v. l'art. L. 2315-44 du Code du travail.

26) Pour une illustration, v. l'art. L. 3121-35 du Code du travail.

27) Cass. civ. 3^e, 26 mars 2014, Bull. civ. III, n° 45 (pourvoi n° 13-10.984) : *AJDI* 2014, p. 884, obs. F. Cohet ; CCC juin 2014, comm. 124, L. Leveneur ; *RDC* 2015, p. 51, par Ch. Quézel-Ambunaz et J. Le Bourg.

28) Avis, p. 5.

29) Trésor de la langue française informatisé, v. « Impératif », sur le site Internet <http://www.cnrtl.fr/> (consulté le 29/12/2018).

30) G. Cornu, Linguistique juridique, op. cit., § 67.

31) Il en résulte que le caractère supplétif d'une norme s'oppose à son caractère d'ordre public absolu, et à l'impérativité juridique qui en découle, mais non à l'impérativité grammaticale. Une norme supplétive comme d'ordre public absolu peut être marquée par l'impératif grammatical. Adde. Quant à l'impératif juridique, « *le caractère impératif n'étant qu'une conséquence, parmi d'autres, de l'ordre public, le mot impératif peut toujours être remplacé par l'expression d'ordre public, mais la réciproque n'est pas vraie* » (Vocabulaire juridique, G. Cornu et l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, PUF, 12^e éd., 2018, « Impératif, *ive* »).

32) Avis, p. 9. En l'espèce, lorsque l'avocat général fait explicitement référence à l'impérativité, il n'est cependant pas aisé de savoir si c'est uniquement à l'impérativité grammaticale, ou si c'est aussi à l'impérativité juridique pour en déduire, justement, cette absence de liberté. Mais peu importe, car telle que justifiée, l'affirmation de l'impérativité ne permet pas de rendre compte du caractère exclusif de la référence au nombre de salariés. En effet, si l'avocat général a voulu viser l'impérativité grammaticale, celle-ci, tirée du présent de l'indicatif, ne permet pas de déduire l'impérativité juridique. Et, *a contrario*, si l'avocat général a voulu viser l'impérativité juridique, celle-ci n'est pas justifiée par le seul usage du présent de l'indicatif.

33) Avis, p. 6.

34) v. les première et deuxième branches du pourvoi.

35) v. la deuxième branche du pourvoi.

36) Avis, p. 6.

37) Du reste, la formulation assez souple des dispositions réglementaires pourrait, à première lecture, donner « le sentiment [...] de permettre quelques adaptations » par rapport à la lettre de la loi (en ce sens, v. Lexbase – Hebdo éd. sociale, 4 oct. 2018, n° 756, comm. S. Tournaux). L'avocat général s'appuie au contraire sur l'absence de précision dans les dispositions réglementaires pour confirmer la lecture stricte et littérale de l'article L. 4622-6 du Code du travail [avis, p. 6 (à propos de l'art. D. 4622-22 du Code du travail) ; v. infra l'étude de cette position].

38) Sans pour autant que ce soit certain, car sa présentation des modalités de calcul des cotisations est peu claire.

39) C'est ce qui ressort de la deuxième branche du pourvoi qui évoque la liberté de déterminer le « *taux de cotisation par salarié* » (souligné par nous) et qui critique la cour d'appel pour avoir écarté « *en l'espèce la détermination du coût unitaire* "en fonction notamment de la masse salariale des entreprises", pour la circonstance que cela revenait à effectuer "indirectement une répartition selon la masse salariale, la multiplication du coût unitaire par le nombre de salariés n'ayant ensuite que l'effet artificiel de rétablir une proportion par le nombre de salariés » ». Au regard des modalités de calcul rappelées par l'avocat général (v. supra en note de bas de page en introduction), ces propos semblent renvoyer à une méthode de calcul « non exposée » permettant d'élaborer « un coefficient moyen qu'il [le service de santé] applique à l'effectif total de ST Dupont ».

40) Cela apparaît dans la présentation des modalités de calcul faite par l'avocat général (v. supra en note de bas de page en introduction) : il y est indiqué que le service de santé au travail « multiplie la masse salariale de cette entreprise par ce coefficient [coefficient moyen obtenu précédemment – v. la note de bas de page précédente], pour aboutir à une cotisation théorique ».

41) Sur le premier temps, v. infra le IIA.

42) Celle-ci n'est mentionnée par l'avocat général que pour être mise en lien avec les termes de l'article L. 4622-6 du Code du travail, et le temps de conjugaison qui y est retenu (v. supra IA).

43) Avis, p. 7. Adde. Cette circulaire a fait l'objet d'une demande en annulation, rejetée par le Conseil d'État (CE, 30 juin 2014, non-publié, n° 365071).

44) Finalement, l'avocat général plaide, mais sans l'affirmer explicitement, pour un alignement avec la position du Conseil d'État qui avait considéré qu'« *en précisant, par les dispositions impératives de la circulaire attaquée, qu'en application de l'article L. 4622-6 du code du travail, le coût de l'adhésion à un service de santé au travail interentreprises doit être calculé non selon un pourcentage de la masse salariale mais selon l'effectif de chaque entreprise adhérente et en rappelant l'obligation des services qui pratiqueraient un mode de facturation différent de se mettre en conformité avec ces dispositions, le ministre chargé du travail n'a ni excédé sa compétence ni prescrit d'adopter une interprétation de l'article L. 4622-6 qui méconnaîtrait le sens et la portée de ses dispositions. En outre, le ministre ayant donné de la loi une exacte interprétation, les requérantes ne peuvent utilement soutenir qu'il aurait porté atteinte à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* » (CE, 30 juin 2014, non-publié, n° 365071).

45) Cass. civ., 13 mars 1901, DP 1901, 1, p. 162 ; Cass. com., 23 oct. 1950 (« les instructions et circulaires administratives, sans lier les juges, n'obligent que les fonctionnaires auxquels elle sont adressées et dans les sphères de leurs fonctions »), D. 1951, jurisp. p. 4.

46) S. Gerry-Vernières, Les « petites » sources du droit. À propos des sources étatiques non contraignantes (préf. N. Molfessis), Thèse, Economica, 2012, § 194 (y sont visées expressément les circulaires). Pour approfondir : Ch. Blumenn, « L'application des circulaires administratives par le juge judiciaire » : AJDA 1972, p. 263 ; J.-M. Olivier, Les sources administratives du droit privé, Thèse, Paris II, 1981, § 359 et s. (spéc. § 367 et s. sur « l'autorité de fait des circulaires »).

47) Avis, p. 5.

48) Pour justifier cette spécificité juridique, il a été expliqué qu'« *en application du droit commun [i.e. l'alinéa 2 de l'article L. 4622-6 du Code du travail], chaque employeur doit verser une cotisation pour chaque contrat d'engagement, alors même qu'une seule visite médicale serait effectuée dans l'année, au risque de remettre en cause les efforts entrepris depuis des décennies pour favoriser la surveillance médicale des populations fragilisées. Une assiette fondée sur la masse salariale permettrait de prendre en considération les*

de salariés dans l'entreprise adhérente au service de santé au travail interentreprises un élément de référence en vue de calculer le montant des cotisations dues. Plus encore, l'avocat général considère que c'est l'« *unique critère de répartition des frais* », bien que ledit article « *n'interdit pas expressément la prise en compte de tel ou tel critère* » (33). Il suggère que la référence au nombre de salariés est juridiquement impérative. Une telle position s'oppose au mode de calcul jusqu'à présent utilisé par l'association AST 74, et partant à l'argumentation qu'elle retient dans son pourvoi.

Si l'association ne remet pas en cause le principe selon lequel « *dans le cas de services communs à plusieurs entreprises, ces frais sont répartis proportionnellement au nombre de salariés* » (34), elle plaide pour l'existence d'une marge de manœuvre dont bénéficierait le prestataire de service de santé au travail, qui demeurerait « *libre de déterminer le taux de cotisation* », et pour cela de « *prendre en considération la masse salariale* » (35).

Une telle position n'apparaît pas isolée. Fin 2015, près de la moitié des services de santé au travail interentreprises usaient d'un système de cotisations, exclusivement ou pour partie, assis sur les salaires (36). Autrement dit, nombre de ces organismes fonctionnaient en calculant les cotisations de leurs adhérents par rapport à un pourcentage de la masse salariale (37).

En l'espèce, il semble que l'association usait de la référence à la masse salariale à deux instants (38). Dans un premier temps pour fixer le taux de cotisation unitaire par salarié (39), et dans un second temps pour définir le montant global des cotisations dues par la société (40). Ce second temps intéresse ici : c'est pour l'instant comme référence alternative au nombre de salariés, en vue de calculer le montant global des cotisations, qu'il convient d'appréhender la masse salariale (41).

Une telle pratique, malgré son ampleur, a été désavouée par les juges du fonds et l'avocat général qui ont exclus que soient prises en compte d'autres références que le nombre de salariés, telle que la masse salariale. Reste à comprendre la justification de cette exclusion.

11. Justifications. Plusieurs arguments textuels sont employés pour justifier cette exclusion. Ils viennent ainsi au soutien d'une impérativité juridique implicitement soutenue par l'avocat général, en ce sens qu'à aucun moment dans l'avis ils ne sont mis explicitement en lien avec une référence à l'« impérativité » (42).

Sans que cela n'apparaisse expressément à la lecture de l'avis, les arguments en cause n'ont pas tous la même portée.

Il est appui est pris sur la circulaire n° 13 de la Direction Générale du Travail (DGT) du

9 novembre 2012 (43). L'administration y exclut clairement la référence à la masse salariale. Après rappel du contenu de l'article L. 4622-6 du Code du travail, elle précise que « *le coût de l'adhésion à un SSTI [...] ne correspond pas à un pourcentage de la masse salariale, mais à un montant calculé par salarié* ». Et la DGT d'enjoindre la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) d'accompagner les services de santé au travail interentreprises qui ne pratiquent pas une facturation fondée sur un montant « per capita » afin qu'ils se mettent en conformité avec la loi (44). L'autorité de la référence à cette circulaire est néanmoins limitée en ce qu'un tel acte ne lie pas le juge judiciaire (45). La mention qui en est faite témoigne toutefois de la portée de *soft law* qui peut être attribuée à ce type d'instrument (46).

Plusieurs dispositions législatives sont également invoqués.

La première est l'article L. 4622-6 lui-même, en son alinéa 3 (47). Celui-ci, issu de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016, prévoit que « *par dérogation au deuxième alinéa* » objet des présents développements, les dépenses effectuées pour certaines catégories de salariés (journalistes rémunérés à la pige, mannequins, salariés des professions de la production cinématographique, de l'audiovisuel ou du spectacle) sont réparties proportionnellement à la masse salariale (48). *A contrario*, cela signifie que « *le mode de répartition de droit commun énoncé à l'alinéa précédent ne saurait prendre en compte la masse salariale* » (49). L'argument est fort ; néanmoins, il pourrait n'y avoir aux alinéas 2 et 3 de l'article L. 4622-6 du Code du travail que deux règles de principes, souffrant l'exception en cas de dispositions conventionnelles contraires. L'insertion de cet alinéa 3 n'implique pas de façon dirimante l'interdiction de toute dérogation.

C'est alors que l'article L. 4745-1 du Code du travail entre en scène (50). L'avocat général en déduit que « *les dispositions de l'article L. 4622-6 sont d'ordre public* » (51). Il résulte en effet de l'article L. 4745-1 que la méconnaissance de l'article L. 4622-6 est constitutive d'un délit (52). Or, « *les lois pénales sont intrinsèquement d'ordre public* » (53), de sorte que la logique de l'avocat général paraît être la suivante : si le respect de l'article L. 4622-6 est sanctionné par le droit pénal, et que cette sanction pénale est elle-même d'ordre public, la norme qu'elle protège l'est aussi. À défaut, cela reviendrait à vider de sa substance la sanction pénale. Admettons que la jurisprudence tolère, dans le cadre de services de santé au travail interentreprises, de ne pas répartir les frais proportionnellement au nombre de salarié, cela signifierait que la règle énoncée à l'alinéa 2 de l'article L. 4622-6

admet dérogation : une telle interprétation entrerait en contradiction avec l'article L. 4745-1 du Code du travail, car une méconnaissance de l'article L. 4622-6 ne serait plus envisageable, et il n'y aurait jamais lieu de prononcer la sanction pénale (54). Peu importe donc le fait que la sanction pénale soit dans un texte extérieur à celui de la norme à respecter, et à interpréter : l'existence d'une protection pénale apparaît comme un clé dont peuvent user les magistrats en vue d'appliquer le sceau de l'ordre public (55). C'est d'ailleurs un raisonnement similaire qu'avait tenu le Conseil d'État lorsqu'il avait été saisi d'une demande en annulation de la circulaire n° 13 de la DGT du 9 novembre 2012 (56).

Finalement, et contrairement à ce qui est le plus apparent à la lecture de l'avis, car l'avocat général y insiste fortement, il ne semble pas que ce soit la forme de l'article L. 4622-6 du Code du travail, de par « *ses termes impératifs et la simplicité de son unique critère de répartition des frais* (57) », qui soit l'argument le plus convaincant au soutien de la solution proposée. Ce ne sont pas non plus les arguments fondés sur la circulaire de la DGT, ou sur l'alinéa 3 de l'article L. 4622-6 lu *a contrario*. S'il y a là des données non négligeables, c'est bien davantage cette référence à l'ordre public qui est au sommet de la hiérarchie des arguments, et ce alors même qu'elle n'est pas mise en avant d'un point de vue formel par l'avocat général, et qu'elle est justifiée assez sommairement (58) : du rattachement à l'ordre public résulte implicitement l'impérativité juridique.

Quoi qu'il en soit, d'un point de vue juridique, la solution préconisée par l'avocat général paraît justifiée. Il aurait été contraire à la loi d'admettre la pratique de l'association consistant à déterminer le montant des cotisations dues par les employeurs par référence à la masse salariale. Peut-être que, comme le pourvoi le laissait sous-entendre, le nombre de salariés était pris en compte à un moment ou un autre du calcul. Mais il n'empêche qu'*in fine*, les modalités de calcul étaient telles qu'il ne pouvait être affirmé, comme l'exige le texte, que les « *frais [étaient] répartis proportionnellement au nombre de salariés* » ; ils l'étaient en proportion de la masse salariale.

D'un point de vue de l'opportunité, une telle solution prête le flanc à la critique selon le pourvoi, en ce que la référence à la masse salariale permettrait « *de rendre compte d'un nombre de salariés en équivalent temps plein* », ce qui ne serait pas le cas avec la référence au seul nombre de salariés – méthode qui serait « *très coûteuse, puisque l'employeur [devrait] acquitter le coût prévu pour chaque salarié employé, alors même que ce coût [correspondrait] le plus*

souvent aux frais nécessaires pour assurer le suivi d'un salarié à temps plein » (59). L'argument se comprend si le calcul du nombre de salariés est équivalent au nombre de contrats de travail signés, sans que ne soit pris en compte la durée de ceux-ci ni la durée du travail qu'ils prévoient. Mais, selon l'avocat général, l'argument bute sur la réalité du mode de calcul du nombre de salarié. Si celui-ci s'opère conformément à la circulaire DGT n° 13 du 9 novembre 2012, il convient de calculer l'effectif de chaque entreprise adhérente selon les modalités des articles L. 1111-2 et L. 1111-3 du Code du travail. Or, selon ces articles, tant la durée du contrat (pour les contrats à durée déterminée par exemple), que la durée du travail qui y est prévue (à temps complet ou partiel) sont prises en compte (60). Pourtant, il n'est pas nécessaire de s'appuyer sur la masse salariale pour tenir compte de ces particularismes. De surcroît, se fonder sur la masse salariale pourrait aussi se révéler problématique en faisant payer autant, voire plus, des entreprises qui rémunèrent favorablement leurs salariés, mais qui en ont moins que d'autres les rémunérant moins avantageusement, et qui de ce fait profiteront davantage de l'association sans payer plus (61).

Tant d'un point de vue juridique qu'en opportunité, la solution paraît donc justifiée. La Cour de cassation a d'ailleurs confirmé postérieurement une telle interprétation de l'article L. 4622-6 du Code du travail (62). Les modalités de calcul des cotisations ne sont toutefois pas encore appréhendées avec précision. Toute appréciation de proportionnalité implique une référence de proportion et un objet à proportionner. En l'espèce, le nombre de salarié est la référence de proportion, mais reste à savoir à quel objet est-ce qu'elle s'applique.

II. L'objet à proportionner

12. Quel objet ? Pour déterminer comment calculer le montant des cotisations des employeurs adhérents à un service de santé au travail interentreprises, il convient de déterminer l'objet à proportionner, c'est-à-dire l'élément à rapporter au nombre de salariés des entreprises concernées. Cet objet correspond aux « *frais* » visés à l'article L. 4622-6 du Code du travail, qui permettent de déterminer un taux de base (A) identique pour chaque salarié. Mais selon leur poste de travail, les salariés peuvent nécessiter une surveillance médicale de degré variable, engendrant des coûts plus ou moins importants. De là, se pose la question de la compatibilité de cette référence aux frais avec l'existence d'un coefficient de variation (B) pouvant influencer sur le taux de base.

spécificités de ces personnels ; elle répondrait en outre à une logique économique plus pertinente » (Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, par M. Patrick Bloche, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 mars 2017).

49) Avis, p. 5. Adde. Il est à noter qu'au regard de la date d'entrée en vigueur de la loi, cet argument n'aurait pu servir d'appui à la décision de première instance rendue le 12 mars 2015.

50) Avis, p. 6.

51) Avis, p. 6. Adde. Bien que concernant le droit du travail, il n'est pas question ici d'ordre public social mais bien d'ordre public absolu – l'idée de faveur à l'égard des salariés est étrangère à la réflexion. Aucune dérogation conventionnelle n'est donc envisageable.

52) Puni, en cas de récidive dans le délai de trois ans, d'un emprisonnement de quatre mois et d'une amende de 3 750 euros.

53) G. Drago, « Avant-propos » in Rapport annuel de la Cour de cassation ayant pour thème L'ordre public, La documentation Française, 2013, p. 91, spéc. p. 95.

54) De surcroît, il est possible de s'interroger sur le point de savoir si une extension du principe d'interprétation stricte de la loi pénale (art. 111-4 du Code pénal) ne plaide pas aussi en ce sens. En l'espèce, afin d'appréhender l'incrimination en son ensemble, il convient de rapprocher les articles L. 4622-6 et L. 4745-1 du Code du travail l'un de l'autre (car chacun des textes, pris isolément, est insuffisant). De cette manière, le texte de l'incrimination pourrait fictivement être formulé de manière suivante : « *le fait, dans le cas de services communs à plusieurs entreprises, de ne pas répartir les frais proportionnellement au nombre de salariés est puni, en cas de récidive dans le délai de trois ans, d'un emprisonnement de quatre mois et d'une amende de 3 750 euros* ». Interprété strictement, il ne saurait être question de tolérer une répartition des frais fondée, en tout ou partie, sur un autre critère que le nombre de salariés.

55) Cette clé de détermination de l'ordre public, s'appuyant sur l'existence d'une incrimination pénale, doit néanmoins être exploitée avec réserve. L'article L. 4625-2 du Code du travail en témoigne. Il en résulte qu'« *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* », et ce pour les artistes et techniciens intermittents du spectacle, les mannequins, les salariés du particulier employeur, et les voyageurs, représentants et placiers. Or, la référence à l'« *organisation* » paraît être de nature à ce que soit remise en cause les règles énoncées aux alinéas 2 et 3 de l'article L. 4622-6 [qui font respectivement référence au nombre de salariés et à la masse salariale comme référence de proportion] car celui-ci se situe dans un chapitre intitulé « *Missions et organisation* ». Il semble donc que, pour les mannequins et les artistes et techniciens intermittents du spectacle, une référence de proportion pourrait être différente de la masse salariale, et pour les salariés du particulier employeur ainsi que les voyageurs, représentants et placiers, elle pourrait être différente du nombre de salariés, sans que la sanction de l'article L. 4745-1 du Code du travail ne soit encourue. Si l'appui sur une incrimination pénale paraît donc en principe fondé pour déduire le caractère d'ordre public d'une norme, il convient toutefois d'être prudent pour ne pas donner à cette déduction une portée qu'elle n'a pas. En tout état de cause, l'influence de l'incrimination pénale n'est pas réduite à néant, car sa présence plaide pour ne pas étendre les dérogations légales (dans l'exemple précédent, l'exception ne vaut qu'en cas d'accord collectif de branche étendu). Adde. Plus spécialement, en l'espèce, l'article L. 4622-6 se rattache à un ordre public « *qui relève de techniques juridiques qui se rassemblent toutes sous une idée commune : les titulaires d'un pouvoir légal, c'est-à-dire d'un pouvoir de produire des effets de droit par leurs agissements, ne peuvent l'exercer en toute liberté car des règles s'imposent à eux dans la façon dont ils en usent* ». [...] *Cet ordre public là est celui qui vient de l'extérieur imposer ou interdire, en fonction d'exigences supérieures* » (G. Drago, « Avant-propos » in Rapport annuel de la Cour de cassation ayant pour thème L'ordre public, op. cit., spéc. p. 92). L'auteur s'appuie sur des propos et sur une distinction mise au jour par le Professeur Combacau (« *Conclusions générales* »

in L'Ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux, actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Bruylant, 2001, p. 415 et s.) qui avait opposé le type d'ordre public mentionné (faisant écho à l'article 6 du Code civil) à un autre qui « relève du maintien d'un ordre face à certains désordres [...] C'est alors l'ordre public au sens classique du maintien de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité publiques et des impératifs de la loi pénale » (G. Drago, *ibid.*, p. 91).

56) Il jugeait que les dispositions de l'article L. 4622-6 du Code du travail, « dont la méconnaissance est assortie de sanctions prévues à l'article L. 4745-1 du même code, ont un caractère d'ordre public » (CE, 30 juin 2014, non publié, n° 365071).

57) Avis, p. 6.

58) L'avocat général ne fait qu'affirmer le caractère d'ordre public de la disposition, pour ensuite expliciter le contenu de l'article L. 4745-1 du Code du travail, mais sans expliquer le lien entre les deux éléments (avis, p. 6).

59) Avis, p. 8. La critique peut être rapprochée de celle énoncée dans une question parlementaire (publiée au JO le 22 oct. 2013, et à laquelle il a été répondu au JO le 4 févr. 2014, p. 1126) : il y était mentionné que la « proportionnalité des frais en fonction du nombre de salariés [paraît] inadaptée aux missions des services de santé au travail. En effet le rôle des SST tend, depuis la réforme de 2011, à devenir de plus en plus collectif, se situant sur la prévention primaire, la traçabilité des expositions sanitaires et sur la veille sanitaire. Et [...] de nouvelles missions sont attribuées à ces services, en particulier dans le domaine de la prévention des TMS, des risques psychosociaux, de la désinsertion professionnelle, des risques chimiques, sans oublier les domaines du conseil et des sensibilisations. Or il n'y a pas de lien entre la cotisation et un nombre de visites médicales, ce que laisserait penser un système fondé sur le nombre de salariés. Au contraire le système basé sur la masse salariale plafonnée permettrait de tenir compte des salariés à temps partiel et ceux en CDI et dans le même temps d'expliquer aux employeurs que leur cotisation correspond à un ensemble de services et d'actions allant bien au-delà des visites réglementaires, dont la périodicité tend à s'allonger ».

60) v. spéc. l'art. L. 1111-2, 2° et 3° du Code du travail.

61) La solution retenue n'a toutefois pas des avantages. S'il est vrai que le fait d'opérer le calcul par équivalent temps plein aboutit à ce qu'« un salarié à temps plein [soit] pris en compte pour une unité tandis qu'un salarié à temps partiel est pris en compte prorata temporis », en pratique, cela peut conduire à un effet pervers en « [favorisant] les entreprises ayant recours au temps partiel alors même que les salariés concernés disposent, par principe, du même suivi individuel de santé et des actions collectives menées par le service » (JCP S 2018, 1345, note A.-F. Jover).

62) La Cour de cassation ne précise pas en revanche la date d'appréciation de ce nombre de salariés. Si les mêmes modalités que celles envisagées par les juges du fond sont retenues, il convient de se situer au 1^{er} janvier de l'année à propos de laquelle le montant des cotisations est à déterminer. Par exemple, pour déterminer le montant des cotisations de l'année N, il convient d'appréhender le nombre de salariés, « par équivalent temps plein » (pour reprendre l'expression de la Cour de cassation), au 1^{er} janvier de l'année N. Si ce mode de calcul peut paraître adéquat, il pose néanmoins la difficulté de ne pas saisir les variations d'effectif durant l'année.

63) L'avocat général précise bien que si l'article D. 4622-22 du Code du travail fait référence aux « cotisations », il n'indique pas « la façon dont celles-ci seront fixées » (avis, p. 5).

64) Avis, p. 6 ; souligné par nous.

65) Ce rejet d'une marge de liberté est explicite en plusieurs points de l'avis. La loi n'autorise « aucune "liberté" » dans la détermination du mode de calcul des cotisations (avis, p. 9), et retient l'inverse serait « radicalement contraire à sa lettre » (avis, p. 8). Adde. Sur les modalités de calcul de ce taux de base, v. infra § 15. 66) Critères tels que la masse salariale par exemple, qui semble avoir été utilisée par l'AST 74 au regard de ce qui est rapporté dans la deuxième branche du premier moyen.

A. Les « frais » et le calcul du taux de base

13. « Frais ». La lecture de l'article L. 4622-6 du Code du travail permet de savoir à quoi s'applique la référence de proportionnalité qu'est le nombre de salariés. L'alinéa 2 évoque des « frais » correspondant à ceux mentionnés à l'alinéa 1^{er}, à savoir « les dépenses afférentes aux services de santé au travail ». C'est l'unique indication du Code (63).

14. L'exclusion de la liberté. L'avocat général en déduit « la corrélation des sommes versées par les entreprises avec les frais réellement engagés par les services de santé au travail et avec ces frais exclusivement » (64).

Une telle position aboutit à ce que le montant total de ces dépenses afférentes aux services de santé équivaut au montant total des cotisations payées par les entreprises adhérentes. Reste que, pour pouvoir rapporter ces frais proportionnellement au nombre de salariés, il faut calculer un taux de base par salarié.

L'avocat général et le pourvoi s'opposent sur ce point. Selon l'avocat général, aucune liberté n'existe au profit des services de santé au travail pour déterminer ce taux de base (65). Une telle position contredit celle du pourvoi énoncée en la première branche. Selon l'association, « le prestataire des services de santé au travail fournis à l'employeur demeure libre de déterminer le taux de cotisation par salarié », de sorte que le coût unitaire pourrait être déterminé en fonction de critères sélectionnés par le service de santé (66). Cette vision s'inscrit dans la droite ligne d'une réponse donnée à une question ministérielle par la ministre des affaires sociales et de la santé le 4 février 2014, indiquant que « le principe d'une cotisation « per capita » ne fait pas obstacle à ce que chaque SSTI définisse son propre taux de cotisation par salarié, lequel est librement décidé par l'assemblée générale de ses adhérents ».

L'avocat général, tout en ayant connaissance de ce point de vue (67), est en désaccord. La clarté du texte est l'argument le plus avancé (68). À cela peut s'ajouter, bien que ce soit mis en avant de manière moins nette, le caractère d'ordre public absolu de l'article L. 4622-6 (69). De celui-ci résulte l'impossibilité, par le jeu de la liberté contractuelle, de s'écarter des exigences textuelles. Les alinéas 1 et 2 précisent bien que ce sont « les dépenses afférentes aux services » qui sont à la charge des employeurs et à répartir entre eux. Or, laisser le champ libre à l'association pour déterminer le montant des cotisations par salarié pourrait aboutir à calculer les montants dus par les employeurs proportionnellement au nombre de salariés, mais sans que cette

répartition proportionnelle ne s'attache à ces dépenses proprement dites. Une déconnection entre le montant de la cotisation par salarié, et celui des dépenses faites par le service de santé au travail pourrait exister, allant à l'encontre de la lettre du texte dont la clarté n'est, il est vrai, guère contestable (70). D'un point de vue juridique, il semble donc bienvenu de rejeter la possibilité pour les services de santé au travail interentreprises de fixer de façon plus ou moins discrétionnaire le montant des cotisations par salarié (71). Reste à savoir, d'un point de vue concret, comment se traduit le calcul des cotisations par la seule référence aux frais.

15. Calcul. L'avocat général considère qu'il convient dans un premier temps de « diviser le total des frais engagés par le SSTI par le nombre de salariés pris en charge » (72). En cela, est validé le calcul retenu par la cour d'appel consistant à opérer « une simple règle de trois répartissant les frais engagés pour tous les salariés pris en charge par le SSTI, à proportion de ceux venant de la ST Dupont » (73). Le service de santé au travail n'est donc pas libre, et ne peut se reporter qu'au « seul montant, en valeur absolue, des dépenses globales engagées » (74).

La Cour de cassation confirma cette analyse : « la cotisation doit être fixée à une somme, par salarié équivalent temps plein de l'entreprise, correspondant au montant total des dépenses engagées par le service de santé interentreprises auquel adhère l'employeur rapporté au nombre total de salariés pris en charge par l'organisme ». Pour cerner plus précisément la règle, deux points sont à expliciter.

D'abord, n'est pas indiquée la date d'appréciation des données en cause dans le calcul. À ce sujet, il est possible de se reporter au choix du tribunal d'instance d'Annecy, rapporté par l'avocat général et confirmé en appel (75). Il s'ensuit que pour le calcul des cotisations de l'année N, il conviendrait de s'appuyer sur les dépenses globales du service de santé pour l'année N-1 (numérateur), et sur le nombre de salariés au 31 décembre de l'année N-1 dans l'ensemble des entreprises adhérentes à ce même 31 décembre (dénominateur).

De surcroît, cette modalité de calcul ne doit pas aboutir à une confusion. Si le nombre de salariés apparaît comme une référence de proportion (76) et un outil de calcul du taux de cotisation de base par salarié, il ne renvoie pas à une chose identique dans les deux cas. En tant que référence de proportion, c'est le nombre de salariés dans l'entreprise concernée par le calcul du montant des cotisations qui est visé, tandis qu'en tant qu'outil de calcul du taux de cotisation de base par salarié, c'est le nombre de salariés dans l'ensemble des entreprises adhérentes au service de santé qui est considéré (77). Comme

référence de proportion, ou comme modalité de calcul du taux de base, le nombre de salariés vaut comme donnée à laquelle il n'est pas possible de déroger selon l'avocat général. C'est le critère à prendre en compte en complément du montant total des dépenses afférentes aux services de santé au travail. L'absence de liberté domine le jeu de l'article L. 4622-6 du Code du travail. Aucun coefficient de variation ne serait donc à admettre. Mais, sans pour autant remettre en cause le mode de calcul énoncé, une brèche n'est-elle pas envisageable ?

B. Les « frais » et le coefficient de variation

16. Distinction ? D'un point de vue pratique, considérer qu'il n'existe qu'un unique taux de cotisation par travailleur pour l'ensemble des salariés des entreprises adhérentes à un service de santé interentreprises peut poser difficulté. Tous les salariés n'ont pas besoin d'un suivi identique, et faire payer un même montant par salarié peut s'avérer problématique : voilà deux entreprises adhérentes, avec le même nombre de salariés, qui paieront le même montant de cotisations alors que les salariés de la première auront besoin d'un suivi bien plus renforcé que ceux de la seconde.

Prenant en compte ces particularités, les dispositions du Code du travail prévoient aujourd'hui expressément le fait que certains salariés bénéficient d'un « suivi individuel renforcé » (78). Se pose alors la question d'une variation du taux de cotisation par salarié selon que la surveillance médicale est simple ou renforcée. La pratique consacre déjà une telle distinction : selon les chiffres publiés en 2015, « sur la moitié des SSTI appliquant un forfait, un tiers différencie les forfaits selon la prise en charge médicale des salariés, simple ou renforcée » (79). La « logique assurantielle » est renforcée (80) au détriment de la mutualisation des risques entre les employeurs, mais la situation gagne peut-être en justice (81). Il est tenu compte, dans une certaine mesure, des prestations effectivement réalisées par le service de santé interentreprises.

Reste cependant à savoir si cela est valable au regard des textes. Il ne faudrait pas que les employeurs financent les services de santé au travail au-delà des « frais », c'est-à-dire au-delà des dépenses effectuées. Admettre une telle part de liberté est sujet à débat.

17. L'admission d'une part de liberté. L'avocat général y est fermement opposé. Se dégagerait de l'article L. 4622-6 du Code du travail « l'absence de prise en compte de toute spécificité liée au mode de suivi médical des salariés » (82). Les services de santé au travail n'auraient pas plus de liberté sur ce

point qu'ils n'en auraient pour déterminer le taux de base (83). Ce point de vue paraît s'inscrire dans la lignée de la cour d'appel (84).

Le pourvoi s'oppose à une telle lecture des textes, en soutenant que « le prestataire des services de santé au travail fournis à l'employeur demeure libre de déterminer le taux de cotisation par salarié » (85). La répartition des salariés en deux groupes selon qu'ils font l'objet d'un suivi médical simple ou renforcé était d'ailleurs la première étape à laquelle procédait l'AST 74 en vue de calculer le montant des cotisations dues par l'employeur (86).

Que penser de cette divergence d'appréciation ? La référence textuelle, claire, selon laquelle le montant unitaire des cotisations doit être calculé selon les « frais » correspondant aux « dépenses afférentes aux services de santé » exclue-t-elle toute prise en compte de l'importance du suivi des travailleurs ?

A priori, une réponse positive semble à privilégier. Il n'y a pas lieu de distinguer lorsque la loi ne distingue pas. Les frais étant à répartir proportionnellement au nombre de salariés, le raisonnement intuitif consiste à appréhender les dépenses comme un gâteau : en voici le prix, et le nombre de salariés en ayant mangé, de sorte que chaque part valant pour un salarié correspond au prix total divisé par le nombre de salariés. L'avis de l'avocat général serait à suivre.

Cependant, ce n'est pas la seule manière de raisonner. Le texte admet une autre lecture. Une voie existe pour répartir entre employeurs les frais proportionnellement au nombre de salariés, et pour ne tenir compte dans ces frais que des dépenses afférentes aux services de santé, tout en prenant en compte des différences de situation selon les salariés. Pour s'en rendre compte, il convient de partir du constat :

- que le fait que les entreprises adhérentes payent un montant de cotisation en fonction du nombre de leurs salariés n'empêche pas que le prix unitaire soit variable en fonction du type de salarié (87);
- et qu'il est possible d'appréhender les frais comme étant les dépenses afférentes aux services de santé, tout en procédant à des distinctions entre les salariés. Il convient pour cela d'opérer une catégorisation des salariés et de déterminer quelle part des frais est liée à telle catégorie de salariés et quelle part à telle autre (88).

Un taux de cotisation pourrait ainsi être déterminé par catégorie de salariés en fonction des dépenses du service de santé, et appliqué ensuite par entreprise adhérente proportionnellement à son nombre de salariés appartenant à telle ou telle catégorie.

67) Mentionné p. 8 de l'avis.

68) Il est fait part d'un article à la rédaction « parfaitement claire » (avis, p. 5) débouchant sur un « mode de répartition clair » (avis, p. 6).

69) Sur ce caractère d'ordre public du texte, v. supra § 11.

70) Autre aurait pu être la solution si l'alinéa 2 avait été écrit de la manière suivante : « Dans le cas de services communs à plusieurs entreprises, les cotisations sont réparties proportionnellement au nombre des salariés ». Un débat aurait eu lieu pour savoir si la référence aux « cotisations » devait recouvrir ou non exclusivement « les dépenses afférentes aux services de santé ».

71) À ces arguments, l'avocat général ajoute le caractère associatif des services de santé au travail (cf. l'art. D. 4622-15 du Code du travail) : « étant constitués en association à but non lucratif, ces services ne peuvent pas retenir un mode de facturation de nature à leur permettre de dégager des bénéfices » (avis, p. 6). Il semble sous-entendu que cette dimension associative justifierait d'empêcher une libre détermination du montant des cotisations qui serait de nature à permettre à l'association de dégager des bénéfices. Néanmoins, l'argument a une portée limitée, en ce que rien ne s'oppose à ce qu'une association fasse des profits, dès lors qu'ils ne servent pas à l'enrichissement personnel de ses membres.

72) Avis, p. 5.

73) Avis, p. 9.

74) Propos de la cour d'appel rapportés par le pourvoi en la première branche de son premier moyen.

75) Sur l'entièreté de ce calcul, v. supra en introduction.

76) v. supra la partie I de cet article.

77) Mais les deux données sont liées : dès lors que la loi fait référence au nombre de salariés en tant que référence de proportion, il est nécessaire de calculer le taux de cotisation de base par salarié, et pour ce faire de tenir compte dans le calcul du nombre de salariés dans l'ensemble des entreprises adhérentes.

78) Art. D. 4622-22 – à l'époque des faits de l'espèce, le texte n'était pas explicite sur ce point.

79) Avis, p. 6.

80) Lexbase – Hebdo éd. sociale, 4 oct. 2018, n° 756, comm. S. Tourmaux.

81) Étant entendu que les « mécanismes collectifs [interentreprises] ne peuvent se développer qu'à condition d'être attractifs pour les entreprises, ce qui passe par une forme de justice dans la répartition des frais engagés » (Lexbase – Hebdo éd. sociale, 4 oct. 2018, n° 756, comm. S. Tourmaux).

82) Avis, p. 6. S'appuyant sur la position du rapporteur lorsque le Conseil d'État a statué sur la demande en annulation de la circulaire DGT n° 13 du 9 novembre 2012 (CE, 30 juin 2014, non-publié, n° 365071), l'avocat général s'oppose à ce que soient prises en compte les prestations effectivement réalisées par le service de santé interentreprises (avis p. 7). Le Conseil d'État avait d'ailleurs suivi ce rapporteur, en considérant qu'il résultait de l'article L. 4622-6 du Code du travail « un mode de répartition des frais indépendant des prestations effectivement réalisées par les services de santé au travail interentreprises ».

83) v. supra § 13 et s.

84) Le pourvoi, en sa première branche, rapporte la position de la cour d'appel : « les dépenses afférentes aux services de santé au travail doivent s'entendre non pas d'un coût unitaire déterminé et corrigé en fonction de plusieurs critères, parmi lesquels l'importance des risques dans l'entreprise, mais du seul montant, en valeur absolue, des dépenses globales engagées par l'AST 74 pour le service de santé au travail, sans distinction selon les entreprises et sans pondération » (souligné par nous).

85) v. la première branche du moyen étudié.

86) v. le mode de calcul exposé p. 8 de l'avis, et rappelé supra en note de bas de page de l'introduction. La troisième branche du premier moyen du pourvoi mentionne plus précisément « *qu'en l'espèce, l'association Anney santé au travail faisait valoir dans ses écritures que, s'agissant de la société ST Dupont, le calcul de la cotisation 2012 faisait ressortir un effectif de deux cent quatre-vingt-huit salariés justifiant une surveillance médicale simple (SMS), et de quarante-deux salariés justifiant une surveillance médicale renforcée (SMR), imposant l'application de deux taux de cotisation différents* ».

87) Lorsqu'une famille va au musée, le prix qu'elle paye est bien proportionnel au nombre de personnes. C'est d'ailleurs souvent le premier élément dont font part les personnes : « *une place enfant et deux places seniors, s'il vous plaît !* » Cela n'empêche pas que d'autres éléments soient pris en compte en vue de favoriser telle ou telle catégorie.

88) Une catégorie à laquelle on ne pourrait pas rapporter une part spécifique des frais ne pourrait pas être prise en compte. Pour déterminer quelle part des frais est liée à telle catégorie de salariés et quelle part à telle autre, il faut connaître le nombre de salariés en surveillance simple ou renforcée, ce qui est possible de par les documents adressés par l'employeur chaque année (art. D. 4622-22 al. 2 du Code du travail).

89) Elle rejoint en cela la position énoncée par la ministre des Affaires sociales et de la Santé le 4 février 2014 (JO, p. 1126), et mentionnée dans l'avis p. 8 (« *il est loisible à un SSTI de différencier les taux de cotisations selon [...] qu'un salarié est placé en surveillance médicale renforcée ou en surveillance médicale simple* »). Adde. Pour quelques remarques critiques sur la référence à la distinction entre surveillance simple et renforcée, v. JCP S 2018, 1345, note A.-F. Jover (spéc. le 2).

90) En cela, elle s'oppose à la réponse ministérielle rendue le 4 février 2014 d'où il résulte que pourrait aussi être prise en compte « *la nature des expositions des salariés* » (JO, p. 1126).

91) Et elle n'aurait pas pour effet de contrevenir à l'interdiction des facturations complémentaires mentionnée par la circulaire de la DGT n° 13 du 9 novembre 2012 : le montant de la cotisation (variable selon les salariés) « *couvre l'ensemble des contreparties mentionnées dans le document initial qui lui est remis [à l'employeur] au moment de son adhésion* » (formule de la circulaire ; rapportée dans l'avis p. 7).

92) Formule tirée de l'arrêt de la Cour de cassation (Cass. soc., 19 sept. 2018, précit.).

93) v. pour approfondir supra § 17.

94) Des évolutions législatives ne sont pas non plus à exclure : dans cette perspective, v. le rapport dit Lecocq, « *Santé au travail : vers un système simplifié pour une prévention renforcée* », août 2018 – il y est proposé que les cotisations relatives aux services de santé au travail interentreprises intègrent une cotisation unique « *santé travail* » directement recouvrée par les URSSAF (p. 12).

95) « *Au-delà du Code civil, mais par le Code civil !* » énonçait Saleilles (R. Saleilles, in Préface de l'ouvrage de F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, LGDJ, 1919, p. XXV). L'affirmation ne vaut cependant pas qu'en cette matière. « *Au-delà de la loi, mais par la loi !* » Adde. Sur la diversité des méthodes d'interprétation au cours de l'histoire du droit : v. B. Frydman, Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique, Bruylant, 3^e éd., 2011.

96) Pour un exemple, v. supra le IA.

97) v. supra le IB.

98) v. supra le IIB.

99) Le temps de la conjugaison importe, en revanche, relativement peu : v. supra le IA.

100) Ch. Atias, « *Ce que savent les juristes. Les états du droit* » : RTD civ., 2013, p. 315, spéc. p. 323.

L'employeur paiera pour ses salariés ayant dégusté du gâteau, mais le montant variera selon que ceux-ci auront été plus ou moins gourmands.

Bien que ce ne soit pas explicité dans l'arrêt, c'est peut-être de telles considérations qui justifient que, malgré l'avis de l'avocat général, la Cour de cassation ait admis que « *peut être appliqué [...] un coefficient déterminé correspondant au nombre de salariés nécessitant une surveillance médicale renforcée* » (89). C'est selon elle le « *seul* » type de coefficient pouvant être retenu (90).

D'un point de vue théorique la solution s'explique (91). Mais, il n'est pas sûr que, de sa contradiction justifiée avec l'avocat général, la Cour de cassation soit allée au bout de sa logique lorsqu'il s'agit, au stade de la mise en œuvre, de procéder au calcul du coefficient.

18. Calcul. Comment calculer le coefficient « *correspondant au nombre de salariés nécessitant une surveillance médicale renforcée* » (92) ? *A priori*, il pourrait sembler que la formule de la Cour de cassation s'entende du rapport entre le nombre de ces salariés et le nombre global de salariés issus des entreprises adhérentes. Mais il semble que cela aboutisse à une impasse.

Voici un service de santé s'occupant de 500 salariés en suivi médical simple, et 125 en suivi médical renforcé. Ses dépenses annuelles se sont élevées à 70 000 euros, et ce à hauteur de 50 000 euros pour les salariés en surveillance médicale simple, et 20 000 euros pour ceux en surveillance médicale renforcée. Le rapport entre le nombre de salariés en surveillance médicale renforcée et le nombre global de salariés correspond à 20 % [(125 x 100)/625]. Mais une fois cette donnée acquise, qu'en faire ? Cela n'aurait guère de sens, par exemple, d'augmenter de 20 % (soit un coefficient de 1,2) le montant des cotisations calculées par rapport au taux de base correspondant au total des dépenses de santé engagées par le service de santé rapporté au nombre total de salariés pris en charge par l'organisme. Il en résulterait une déconnection du montant payé par les employeurs par rapport aux frais exposés par le service.

Pour éviter une telle déconnection, il importe de catégoriser les salariés et d'évaluer quelle part des frais est liée à telle catégorie de salariés et quelle part à telle autre (93). Reprenant l'exemple précédent, il est possible de calculer que le suivi médical simple a coûté en moyenne

100 euros par salarié (50 000/500), et le suivi médical renforcé 160 euros (20 000/125). Il est alors possible de calculer un coefficient de variation au regard du rapport entre le coût de la surveillance simple, et celui de la surveillance renforcée : celui-ci est de 1,6. Dès lors, la lettre de l'article L. 4622-6 du Code du travail est respectée en ce que les employeurs ne payent pas davantage que les dépenses afférentes aux services de santé, et les frais sont bien répartis proportionnellement au nombre de salariés. La différence avec la position de l'avocat général tient au fait de diviser les frais pour les rattacher par partie à des catégories de salariés, plutôt que de les prendre en compte dans leur globalité pour les rattacher à l'ensemble des salariés.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas certain que ce soit ce second mode de calcul qu'ont eu en tête les magistrats de la Cour de cassation en rédigeant la solution. Une explicitation serait la bienvenue (94).

19. Interpréter pour trancher. L'obscurité des règles peut être dépassée. L'interprétation à partir du texte, toujours, permet d'appliquer le droit, voire de l'adapter (95).

Le juriste mathématicien regrettera ces obscurités. Mais il faut les savoir, pour partie, inévitables. C'est le jeu du langage. Le droit n'est pas (encore ?) un algorithme.

La question peut même se poser de savoir si les obscures clartés ne traduisent pas une certaine qualité des textes. Car ne sont pas en cause de simples textes obscurs – eux, sont le reflet d'une mauvaise rédaction ! Ce sont des textes clairs (d'abord), qui confrontés aux faits, interrogent lors de leur application. La clarté se pare d'une ombre.

Et l'avocat général l'a rappelé à maintes reprises dans son avis : l'article L. 4622-6 du Code du travail est clair. Mais sa mise en œuvre fait surgir un besoin d'interprétation. Celle-ci doit respecter la lettre du Code. Ce fut la position promue ; elle est approuvée (96). C'est toutefois insuffisant. Le texte est-il supplétif ou d'ordre public ? Peut-il être appliqué d'une manière qui échappe à la première lecture (98) ? L'interprétation, respectueuse de la lettre, en sera affectée (99).

Des avis (au sens large) émergent : de l'avocat général, de la Cour de cassation, mais aussi de la doctrine soumise, en retour, à commentaire.

Que le juriste soit prévenu : « *toute raison avancée est une question maintenue en suspens, celle de la légitimité de l'opinion soutenue au gré de cette question* » (100).

Où l'existence d'un contrat de travail peut être écartée par le juge administratif et reconnue par le juge judiciaire

Grégoire Duchange,
Maître de conférences à l'université Panthéon-Assas,
Membre du laboratoire de droit social

**Conclusions de Madame l'avocat général Anne Berriat
sous Cass. soc. 24 janv. 2018, n° 16-13.589**

Faits et procédure

Mme X. a été embauchée en qualité de violoniste, le 19 novembre 1994, par la société F..., concessionnaire du Grand Théâtre, sans qu'aucun contrat de travail écrit n'ait été établi. Elle a été désignée déléguée syndicale, puis représentante syndicale au comité d'entreprise à compter du 10 juillet 2006.

Au début de l'année 2009, la régie L'Opéra de D... a présenté au comité d'entreprise un projet de transfert de l'orchestre à l'association La C... de Bourgogne.

Les salariés ont été informés du transfert de plein droit des contrats de travail à l'association La C... avec effet au 8 avril 2009.

Mme X. étant salarié protégée, une demande d'autorisation de transfert du contrat de travail a été adressée le 15 avril 2009 à l'inspection du travail et, dans l'attente de la décision, l'Opéra de D... et La C... ont signé plusieurs conventions tripartites avec Mme X., aux termes desquelles celle-ci a été ponctuellement mise à la disposition de La C... afin d'apporter son concours temporaire dans le cadre de plusieurs représentations, les parties ayant expressément convenu que l'Opéra de D... demeurait son employeur.

La demande d'autorisation de transfert du contrat de travail de Mme X. s'est conclue par une décision implicite de rejet le 15 juin 2009, l'administration précisant, sur demande de motivation, s'être fondée sur le fait que les activités transférées ne représentaient pas une entité économique autonome et sur l'absence de contrat de travail en cours entre l'intéressée et l'Opéra de D... au moment de la demande. Sur recours hiérarchique, le ministre du Travail a, le 3 décembre 2009, confirmé la décision de rejet de l'inspection du travail.

À la suite de cette décision, cinq des neuf salariés protégés de l'Opéra de D... ont démissionné de leur mandat et de leur poste afin d'intégrer immédiatement La C... et d'y poursuivre leur activité musicale.

Par courrier du 21 décembre 2009, le directeur de l'Opéra de D... a alors indiqué à Mme X. qu'elle n'était plus contractuellement liée à l'Opéra de D... et l'a invitée à s'adresser à La C... ;

Le 1^{er} février 2010, Mme X. a sollicité du directeur général de La C... la poursuite de son activité de violoniste au sein de cette entité.

Mme X. a par la suite fait constater par huissier de justice qu'elle ne faisait pas partie des musiciens participant aux productions de La C... et se voyait refuser l'accès aux répétitions, ainsi qu'à ses locaux.

L'Opéra de D... ayant formé un recours contentieux en annulation de la décision implicite de rejet de l'inspection du travail et de la décision du ministre du Travail du 3 décembre 2009, a, dans l'attente de la décision, proposé à Mme X. un poste d'ouvreuse

spécialement créé pour elle, proposition que l'intéressée a refusée.

Par jugement du 1^{er} décembre 2011, le tribunal administratif a rejeté la requête en annulation formée par l'Opéra de D... au motif que l'administration était tenue de rejeter la demande de transfert, parce que Mme X. n'était pas salariée de la régie L'Opéra de D..., mais y assurait des vacations régulières selon le régime social des intermittents, et par conséquent n'était pas titulaire d'un contrat de travail en cours à la date de la demande d'autorisation de transfert.

Le 14 septembre 2012, Mme X. a saisi le conseil de prud'hommes de Dijon d'une demande de requalification de la relation de travail avec l'Opéra de D... en contrat à durée indéterminée de droit commun à temps complet et de condamnation sous astreinte de l'Opéra de ... à régulariser sa situation envers les organismes sociaux ainsi qu'à lui payer diverses sommes à titre de rappel de salaire et de congés payés. Mme X. a également demandé à la juridiction prud'homale de constater que l'Opéra de D... avait manqué à son obligation d'exécution loyale du contrat de travail en ne lui fournissant plus de travail depuis 2009.

Elle a sollicité la résiliation judiciaire de son contrat de travail.

Par jugement du 4 avril 2014, le conseil de prud'hommes a débouté Madame X. de sa demande de requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée à temps complet, ainsi que de sa demande de résiliation du contrat de travail aux torts de l'employeur.

La cour d'appel a infirmé ce jugement et requalifié le contrat de travail liant Mme X. à la régie L'Opéra de D... en un contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel à compter du 19 novembre 1994, date de son embauche par la société F..., puis du 1^{er} septembre 2002, date de son transfert à l'Opéra de D..., prononcé la résiliation du contrat de travail à la date de l'arrêt et condamné la régie l'Opéra de D... à verser diverses sommes à Mme X. à titre de rappel de salaire, de congés payés, d'indemnité de préavis et de licenciement, ainsi que de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et pour exécution déloyale du contrat de travail.

Elle a également déclaré recevable l'appel en garantie formé par l'Opéra de D... à l'encontre de l'association La C... Orchestre D... B..., mais l'en a débouté au fond.

Les moyens

Le premier moyen, en une seule branche, fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infirmé le jugement déféré, requalifié le contrat de travail liant Mme X. à la régie L'Opéra de D... en un contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel à compter du 19 novembre 1994, date de son embauche par la société F..., puis du 1^{er} septembre 2002, date de son transfert à l'Opéra de D..., prononcé la résiliation du contrat de travail et condamné la régie L'Opéra de D... à payer à Mme X. diverses sommes, d'avoir débouté l'Opéra

de D... de son appel en garantie à l'encontre de l'association La C... Orchestre D... B..., alors que lorsque l'autorité administrative, pour refuser d'autoriser le transfert du contrat de travail d'un salarié, relève que ce dernier n'était pas titulaire d'un contrat de travail en cours au moment de la demande d'autorisation de transfert, le juge judiciaire ne peut, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, remettre en cause cette appréciation et juger que le salarié était titulaire d'un contrat de travail en cours ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a elle-même relevé que par jugement du 1^{er} décembre 2011, le tribunal administratif de Dijon avait retenu l'absence de tout contrat de travail en cours à la date de la demande d'autorisation de transfert, de sorte que la demande de transfert devait être rejetée (arrêt p. 3) ; qu'en affirmant qu'il n'appartenait qu'au juge judiciaire de trancher les questions relatives à la qualification, l'existence et la rupture du contrat de travail, la cour d'appel a méconnu le principe de séparation des pouvoirs et violé la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III.

Le deuxième moyen, en trois branches, formule le même grief à l'égard de l'arrêt attaqué, alors que :

1°/ la cassation à intervenir entraînera l'annulation du chef du dispositif, en application de l'article 624 du Code de procédure civile ;

2°/ l'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et poursuit son activité et s'impose aux parties ; que le cas échéant, le transfert du contrat de travail opère de plein droit ; qu'en l'espèce, l'Opéra de D... faisait valoir et offrait de prouver que l'orchestre constituait une entité économique autonome dont l'activité avait été transférée à l'association La C..., de sorte qu'à supposer que la salariée ait disposé d'un contrat de travail en cours le 8 avril 2009, celui-ci avait été transféré de plein droit à l'association La C... (conclusions d'appel de l'exposante p. 20 et production n° 10) ; que la salariée affirmait elle-même que le transfert de l'orchestre à La C... constituait un transfert d'une entité économique autonome (conclusions d'appel adverses p. 5 *in fine*) ; que la cour d'appel a expressément constaté que dans le cadre du recours contentieux concernant une autre salariée, la juridiction administrative avait affirmé que l'orchestre de l'Opéra de D... devait être considéré comme une entité économique autonome qui avait été transféré à La C... (arrêt p. 3 § 3) ; qu'en retenant que l'Opéra de D... était demeuré l'employeur de la salariée après le 8 avril 2009, aux motifs inopérants qu'au cours du second semestre 2009, des accords et conventions de mise à disposition de la salariée à l'association La C... stipulaient que l'Opéra de D... restait son employeur et que l'opéra, qui avait affirmé, dans différents

courriers, que la salariée faisait partie de l'effectif permanent de l'Opéra de D..., avait après le 8 avril 2009 continué de délivrer des bulletins de paie à la salariée, signé des conventions de mise à disposition et cherché à la reclasser au sein de l'entreprise, sans à aucun moment rechercher, comme elle y était pourtant invitée, s'il n'y avait pas eu transfert de plein droit du contrat de travail de la salariée en raison du transfert de l'entité économique autonome que constituait l'orchestre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1224-1 du Code du travail ;

3°/ si la démission doit être claire et non équivoque, elle peut résulter de la démarche volontaire du salarié destinée à mettre fin à la relation contractuelle ; qu'en l'espèce, l'Opéra de D... faisait valoir et offrait de prouver que l'orchestre au sein duquel la salariée exerçait ses fonctions avait été transféré le 8 avril 2009 à l'association La C... et que tant l'inspectrice du travail que le ministre avait refusé d'autoriser le transfert du contrat de travail de la salariée faute de contrat en cours au moment de la demande de transfert ; qu'il soulignait que suite au recours contentieux formé à l'encontre de la décision administrative et dans l'attente de la décision du tribunal administratif intervenue le 1^{er} décembre 2011, l'Opéra de D..., qui se trouvait dans l'impossibilité de proposer à Mme X. son précédent emploi compte tenu du transfert de l'orchestre auprès de l'association La Camerata, lui avait proposé un poste d'ouvreur spécialement créé pour elle, avait accepté de régulariser avec l'association La C... plusieurs conventions tripartites de mise à disposition afin que la salariée exerce son activité de violoniste au sein de l'orchestre, et avait tenté de mettre en place en avril 2011 un accord collectif sur le temps partiel annualisé ; qu'il affirmait encore que depuis le 1^{er} décembre 2011, la salariée qui avait sollicité le 1^{er} février 2010 la poursuite de son activité de violoniste au sein de l'association La Camerata, avait manifesté par son comportement sa volonté claire et non équivoque de ne pas poursuivre la relation contractuelle avec l'Opéra de D... puisqu'à compter de cette date, elle avait pris acte de la décision définitive du juge administratif et n'avait jamais sollicité la poursuite de la relation contractuelle, n'avait pas adressé le moindre arrêt de travail à l'Opéra de D..., estimant ainsi ne pas avoir à justifier de son absence et n'avait saisi le juge prud'homal d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail que près d'un an plus tard (conclusions d'appel de l'exposante pp. 21 et 22) ; qu'en ne s'expliquant pas sur la volonté claire et non équivoque de cesser toute relation contractuelle avec l'Opéra de D..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1231-1 et L. 1237-1 du Code du travail.

Le troisième moyen, en deux branches, formule le même grief à l'égard de l'arrêt attaqué, alors que :



1°/ la cassation à intervenir entraînera l'annulation du chef du dispositif, en application de l'article 624 du Code de procédure civile ;

2°/ il appartient au salarié d'établir le manquement à l'obligation de loyauté qu'il reproche à son employeur et aux juges de le caractériser ; qu'en l'espèce, l'employeur faisait valoir et offrait de prouver que l'orchestre au sein duquel la salariée exerçait ses fonctions avait été transféré le 8 avril 2009 à l'association La C... et que compte tenu des fonctions représentatives exercées par sa salariée, il s'était estimé tenu de solliciter une autorisation de transfert de son contrat de travail auprès de l'autorité administrative, laquelle avait été refusée tant par l'inspectrice du travail que par le ministre, faute de contrat en cours au moment de la demande de transfert ; que l'employeur soulignait encore que suite au recours contentieux formé à l'encontre de la décision administrative et dans l'attente de la décision du tribunal administratif intervenue le 1^{er} décembre 2011, il se trouvait dans l'impossibilité de proposer à Mme X. son précédent emploi compte tenu du transfert de l'orchestre auprès de l'association La C..., lui avait proposé un poste d'ouvreur spécialement créé pour elle, avait accepté de régulariser avec l'association La C... plusieurs accords tripartites de mise à disposition afin que la salariée exerce son activité de violoniste au sein de l'orchestre, et avait tenté de mettre en place en avril 2011 un accord collectif sur le temps partiel annualisé (conclusions d'appel de l'exposante pp. 20 et 21) ; qu'en affirmant péremptoirement que les tergiversations et l'absence de prise de position claire de l'employeur à l'égard du maintien ou du transfert de l'emploi de Mme X., le défaut de fourniture d'un travail permettant à cette dernière d'exercer son art et la proposition de reclassement dans un poste d'ouvreuse, sans lien avec son activité de musicienne, caractérisaient une exécution déloyale du contrat de travail, sans à aucun moment s'expliquer sur le respect légitime par l'employeur des décisions de l'autorité administrative, ni sur son impossibilité de proposer un poste de musicien en raison du transfert de l'activité de l'orchestre à l'association La Camerata, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1221-1 du Code du travail et 1134 et 1147 du Code civil.

Le quatrième moyen, en une seule branche, fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté l'Opéra de D... de son appel en garantie formé à l'encontre de l'association La C...Orchestre D... B..., de l'avoir condamné à payer à l'association La C... Orchestre D... B... 1 000 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile et de l'avoir condamné aux dépens de première instance et d'appel, alors que les juges ne peuvent dénaturer les écrits soumis à leur examen ; qu'en l'espèce, aux termes du protocole signé entre l'Opéra de D... et l'association La C... le 8 avril 2009, il était indiqué que « *Les parties conviennent également qu'il est opportun de limiter dans le temps de manière raisonnable l'incertitude pesant sur l'opéra quant à son obligation de prise en charge des passifs sociaux inhérents à sa gestion passée. Passé le terme convenu, La C... ne pourra donc demander à l'opéra la prise en charge des passifs susmentionnés. En conséquence, il est convenu : Jusqu'au 31 décembre 2014, l'Opéra de D... conservera la charge des réclamations fondées sur sa gestion du personnel* » ; que le protocole signé entre les parties le 8 avril 2009 prévoyait donc clairement que le 31 décembre 2014 constituait une date butoir de prise en charge ; qu'en affirmant que la date du 31 décembre 2014 constituait une date butoir de réclamation, la cour d'appel a dénaturé le protocole d'accord et méconnu le principe faisant interdiction aux juges de dénaturer les documents de la cause.

Pourvoi incident

L'association La C... a formé un pourvoi incident éventuel dont l'unique moyen, en une branche, reproche à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré recevable l'appel en garantie formé par l'Opéra de D... à l'encontre de l'association La C...Orchestre D... B..., alors que l'évolution du litige impliquant la mise en cause d'un tiers devant la cour d'appel n'est caractérisée que par la révélation d'une circonstance de fait ou de droit, née du jugement ou postérieure

à celui-ci, modifiant les données juridiques du litige ; qu'en considérant, pour déclarer recevable l'appel en garantie de la Régie l'Opéra de D... à l'encontre de l'association La C... Orchestre Dijon Bourgogne, que l'appréciation des premiers juges consistant à retenir l'existence d'une succession de contrats à durée déterminée par prestations musicales et à considérer que l'Opéra de D... n'avait aucune obligation de continuer à proposer des services à Mme X. suite au transfert de l'activité Orchestre à La C... Orchestre D... B..., caractérise une telle évolution du litige quand cette appréciation ne modifiait nullement les données du litige connues dès le début de la procédure devant le conseil de prud'hommes par la Régie l'Opéra de D... laquelle disposait ainsi dès ce moment de tous les éléments nécessaires pour apprécier l'opportunité d'appeler en garantie l'association La C... Orchestre D... B..., la cour viole l'article 555 du Code de procédure civile.

Textes applicables

Article L. 1224-1 du Code du travail : « *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.* »

Article L. 2414-1 : « *Le transfert d'un salarié compris dans un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement par application de l'article L. 1224-1 ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail lorsqu'il est investi de l'un des mandats suivants : 10 Délégué syndical et ancien délégué syndical ayant exercé ses fonctions pendant au moins un an ; (...)*

40 Représentant syndical au comité d'entreprise ; (...) »

Article L. 2421-9 : « *Lorsque l'inspecteur du travail est saisi d'une demande d'autorisation de transfert, en application de l'article L. 2414-1, à l'occasion d'un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, il s'assure que le salarié ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire.*

Si l'autorisation de transfert est refusée, l'employeur propose au salarié un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente dans un autre établissement ou une autre partie de l'entreprise. »

Discussion

Le premier moyen reproche à l'arrêt d'avoir, en requalifiant la succession de vacations accomplies par Mme X. en contrat de travail à durée indéterminée, porté atteinte à l'autorité de la chose décidée par l'administration comme à celle de l'autorité de la chose jugée par le juge administratif et ainsi violé la séparation des pouvoirs.

En raison des qualités de déléguée syndicale et de représentante syndicale au comité d'entreprise de Mme X., la régie l'Opéra de D... était tenue, en application de l'article L. 2414-1, de demander l'autorisation de l'administration avant de procéder au transfert de son contrat de travail auprès de l'association La C... de Bourgogne, qui reprenait l'activité de l'orchestre auquel elle appartenait.

Il incombait donc à l'administration d'examiner si le contrat de travail de l'intéressée était en cours au jour de la modification de la situation juridique de l'employeur, mais aussi de vérifier si celle-ci exécutait effectivement un contrat de travail dans l'entité transférée (CE 15 juin 2005, n° 250747).

Le rejet implicite de la demande d'autorisation par l'inspectrice du travail reposait en l'espèce, ainsi que l'exposent son courrier et celui du ministre rejetant le recours hiérarchique, sur l'appréciation selon laquelle les éléments fondant la compétence de l'autorité administrative n'étaient pas réunis : les activités transférées ne

représentaient pas une entité économique autonome relevant du champ d'application de l'article L. 1224-1 et les personnes concernées n'étaient pas titulaires d'un contrat de travail en cours au moment de la décision implicite de rejet.

Tenu par le respect de la chose décidée par l'administration qui vise à empêcher qu'une décision contraire à celle du représentant du pouvoir exécutif soit prise par le juge judiciaire, ce dernier ne peut pas remettre en cause l'applicabilité de l'article L. 1224-1 du Code du travail (Soc. 3 mars 2010, n° 08-40.895, Soc 28 avril 2011, n° 10-11.141). Mais en l'espèce, l'administration a rejeté la demande d'autorisation en considérant que l'article L. 1224-1 n'était pas applicable. Par conséquent, cette décision est sans effet sur le pouvoir du juge judiciaire saisi d'une demande de requalification d'une succession de vacations en contrat à durée indéterminée.

La contestation de la décision administrative avait ensuite fait l'objet d'un rejet par le juge administratif, de sorte que le juge judiciaire était tenu en outre par l'autorité de la chose jugée. Celle-ci ne porte pas seulement sur le dispositif de la décision mais aussi sur les motifs qui en constituent le soutien nécessaire, soit en l'espèce celui selon lequel « à supposer qu'une convention collective lui reconnaisse la possibilité, malgré son statut de vacataire, d'être désignée comme déléguée syndicale, il ne ressort pas des pièces du dossier que Mme X. était titulaire d'un contrat de travail en cours, à la date de la demande d'autorisation de transfert ».

Il n'entraînait pas dans le pouvoir de l'administration ou du juge administratif d'examiner la relation de travail nouée depuis plusieurs années entre Mme X. et la régie l'Opéra de D..., mais seulement, conformément à l'article L. 1224-1 de s'assurer qu'elle bénéficiait d'un contrat « de travail en cours au jour de la modification ». En application des articles L. 1245-1 et L. 1245-2 du Code du travail, seul le juge judiciaire saisi à cette fin par le salarié était compétent pour requalifier une telle relation en contrat de travail à durée indéterminée. Par conséquent, en rejetant la requête en annulation des décisions de l'administration qui refusaient le transfert en raison de l'absence de contrat de travail entre Mme X. et la régie l'Opéra de D... lors de la saisine, le juge administratif n'a pas pu juger de cette question.

En outre il est établi par votre arrêt du 30 novembre 2004, n° 02-43.515 P que « l'autorisation administrative de licenciement, qui établit que le licenciement n'a eu ni pour objet ni pour effet de faire échec au mandat représentatif, ne prive pas la juridiction prud'homale du pouvoir de vérifier l'existence d'un contrat de travail ». Le juge judiciaire reste donc compétent pour juger de l'existence d'une relation de travail antérieure.

Vous avez confirmé cette jurisprudence par un arrêt du 14 juin 2006 Sté Siemens 04-42.501 à propos d'une autorisation de licenciement délivrée au cédant (Bosch), alors que l'activité avait déjà été transférée et que le contrat de travail s'était poursuivi chez le cessionnaire (Siemens).

Dès lors, la cour d'appel, qui demeurait compétente pour statuer sur la demande de requalification, n'a pas violé le principe de la séparation des pouvoirs et le premier moyen peut être rejeté.

Le deuxième moyen, dans sa première branche, soutient que la cassation sur le premier moyen entraînera cassation sur le deuxième. Si vous rejetez le premier moyen, vous rejetterez aussi la première branche du deuxième moyen.

Selon la deuxième branche, la cour d'appel aurait considéré à tort que la régie l'Opéra de D... conservait la qualité d'employeur de Mme X., malgré le transfert de l'entité économique autonome que constituait l'orchestre auquel elle appartenait.

La cour d'appel a dit que « force est de constater que la régie l'Opéra de D..., qui, après le 8 avril 2009, a continué de délivrer des bulletins de paie à la salariée, signé des conventions de mise à disposition et cherché à la reclassement au sein de l'entreprise, est demeurée l'employeur de Mme X. ».



Il s'agit d'une appréciation de fait qui relève du pouvoir souverain des juges du fond.

La troisième branche manque en fait car la cour d'appel, en reprenant la succession des échanges entre la régie l'Opéra de D... et Mme X. a fait ressortir que la fin de la relation de travail incombait à la régie, à l'exclusion d'une volonté claire et non équivoque de la salariée de démissionner.

Le troisième moyen, pris dans sa première branche, peut être écarté d'emblée, dès lors que le premier moyen aura été rejeté.

La deuxième branche reproche à la cour d'appel d'avoir caractérisé une exécution déloyale du contrat de travail sans s'expliquer sur le respect par l'employeur du rejet de sa demande de transfert par l'administration et sur l'impossibilité dans laquelle il se trouvait de proposer à Mme X un poste de musicienne.

La cour a jugé que « les tergiversations et l'absence de prise de position claire de l'employeur à l'égard du maintien ou du transfert de l'emploi de Mme X., le défaut de rémunération à partir de l'année 2010 et de fourniture d'un travail permettant à l'intéressée d'exercer son art, ainsi que la proposition de reclassement dans un poste d'ouvreuse, sans lien avec son activité de musicienne, qui ont un retentissement sur l'état de santé de la salariée, caractérisent une exécution déloyale du contrat de travail (...) ».

Mme X. ayant sollicité de la régie l'Opéra de D... la poursuite de son activité professionnelle, l'employeur devait lui proposer un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente dans une autre partie de l'entreprise. En effet, « Le salarié peut demander à être maintenu dans son emploi aux mêmes conditions de travail et de rémunération » (Cass. soc., 20 nov. 2002 P: Bull. civ. 2002, V, n° 349). Il appartenait ensuite à la régie l'Opéra de D..., si Mme X. refusait la proposition de reclassement, de demander à l'administration l'autorisation de procéder à son licenciement.

Mais l'employeur n'a pas procédé ainsi et s'est borné à proposer à Mme X. un emploi d'ouvreuse qui ne pouvait, comme le juge la cour, en aucun cas être considéré comme un emploi similaire à celui de violoniste, ce qui l'autorisait à caractériser une exécution déloyale du contrat de travail.

Par conséquent, cette branche du moyen peut également être écartée.

Le quatrième moyen est un moyen de dénaturation qui ne peut être accueilli.

Le pourvoi incident n'a pas lieu d'être examiné en l'absence de cassation sur le quatrième moyen.

AVIS DE REFJET

Cass. soc. 24 janv. 2018, n° 16-13-589

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Dijon, 14 janvier 2016), que Mme X. a été engagée le 19 novembre 1994 en qualité de violoniste par la société F..., son contrat s'étant poursuivi en 2002 avec la Régie de l'Opéra de D... ; que l'activité de l'orchestre de l'opéra a été transférée en 2009 à l'association La C... de Bourgogne ; que la Régie de l'Opéra de D... a adressé le 15 avril 2009 à l'inspecteur du travail une demande d'autorisation de transfert du contrat de travail de Mme X., salariée protégée, qui a fait l'objet d'une décision implicite de rejet, confirmée sur recours hiérarchique par décision du ministre du Travail du 3 décembre 2009 ; que, par jugement du 1^{er} décembre 2011, le tribunal administratif de Dijon a rejeté le recours formé contre cette décision ; que Mme X. a saisi la juridiction prud'homale afin que la relation de travail avec la Régie de l'Opéra de D... soit requalifiée en contrat de travail à durée indéterminée, et que soit prononcée la résiliation judiciaire de ce contrat ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la Régie de l'Opéra de D... fait grief à l'arrêt de requalifier le contrat de travail de Mme X. en un contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel à compter du 19 novembre 1994, de prononcer la résiliation de ce contrat, de la condamner au paiement de diverses sommes à titre de rappels de salaires, indemnités de rupture, dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et pour exécution déloyale du contrat de travail, et de la débouter de son appel en garantie à l'égard de l'association La C... Orchestre D... B... alors, selon le moyen, que lorsque l'autorité administrative, pour refuser d'autoriser le transfert du contrat de travail d'un salarié, relève que ce dernier n'était pas titulaire d'un contrat de travail en cours au moment de la demande d'autorisation de transfert, le juge judiciaire ne peut, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, remettre en cause cette appréciation et juger que le salarié était titulaire d'un contrat de travail en cours ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a elle-même relevé que par jugement du 1^{er} décembre 2011, le tribunal administratif de Dijon avait retenu l'absence de tout contrat de travail en cours à la date de la demande d'autorisation de transfert, de sorte que la demande de transfert devait être rejetée ; qu'en affirmant qu'il n'appartenait qu'au juge judiciaire de trancher les questions relatives à la qualification, l'existence et la rupture du contrat de travail, la cour d'appel a méconnu le principe de séparation des pouvoirs et violé la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;

Mais attendu que la décision de l'autorité administrative rejetant la demande d'autorisation de transfert du contrat de travail d'un salarié protégé n'interdit pas à la juridiction prud'homale de statuer sur la demande de requalification du contrat en contrat de travail à durée indéterminée formée par le salarié à l'égard de son employeur d'origine, qui relève de la seule compétence de la juridiction judiciaire ; que c'est dès lors sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs que la cour d'appel a statué comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la Régie de l'Opéra de D... fait à l'arrêt le même grief, alors, selon le moyen :

1°/ que la cassation à intervenir des dispositions de l'arrêt ayant requalifié le contrat de travail liant la salariée à l'Opéra de D... en un contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel à compter du 19 novembre 1994, date de son embauche par la société F..., puis du 1^{er} septembre 2002, date de son transfert à

l'Opéra de D... entraînera l'annulation du chef du dispositif ayant prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail et ayant condamné l'Opéra de D... à payer à sa salariée diverses sommes au titre de rappel de salaire, de congés payés, d'indemnité de préavis, d'indemnité de licenciement, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°/ que l'article L. 1224-1 du code du travail s'applique en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et poursuit son activité et s'impose aux parties ; que le cas échéant, le transfert du contrat de travail opère de plein droit ; qu'en l'espèce, l'Opéra de D... faisait valoir et offrait de prouver que l'orchestre constituait une entité économique autonome dont l'activité avait été transférée à l'association La C... de sorte qu'à supposer que la salariée ait disposé d'un contrat de travail en cours le 8 avril 2009, celui-ci avait été transféré de plein droit à l'association La C... ; que la salariée affirmait elle-même que le transfert de l'orchestre à La C... constituait un transfert d'une entité économique autonome ; que la cour d'appel a expressément constaté que dans le cadre du recours contentieux concernant une autre salariée, la juridiction administrative avait affirmé que l'orchestre de l'Opéra de D... devait être considéré comme une entité économique autonome qui avait été transféré à La C... ; qu'en retenant que l'Opéra de D... était demeuré l'employeur de la salariée après le 8 avril 2009, aux motifs inopérants qu'au cours du second semestre 2009 des accords et conventions de mise à disposition de la salariée à l'association La C... stipulaient que l'opéra de D... restait son employeur et que l'opéra, qui avait, dans différents courriers affirmé que la salariée faisait partie de l'effectif permanent de l'Opéra de D..., avait, après le 8 avril 2009, continué de délivrer des bulletins de paie à la salariée, signé des conventions de mise à disposition et cherché à la reclasser au sein de l'entreprise, sans à aucun moment rechercher, comme elle y était pourtant invitée, s'il n'y avait pas eu transfert de plein droit du contrat de travail de la salariée en raison du transfert de l'entité économique autonome que constituait l'orchestre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1224-1 du Code du travail ;

Mais attendu d'abord que le rejet du premier moyen rend sans objet le premier grief du moyen qui sollicite une cassation par voie de conséquence ;

Attendu ensuite que la cour d'appel ayant constaté que la demande d'autorisation de transfert du contrat de travail de Mme X. avait été rejetée par l'autorité administrative et que le recours contre la décision du ministre avait été rejeté par le tribunal administratif, le moyen, en sa deuxième branche, est inopérant ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la régie de l'Opéra de D... fait encore à l'arrêt le même grief, alors, selon le moyen :

1°/ que la cassation à intervenir des dispositions de l'arrêt ayant requalifié le contrat de travail liant la salariée à l'Opéra de D... en un contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel à compter du 19 novembre 1994, date de son embauche par la société F..., puis du 1^{er} septembre 2002, date de son transfert à l'Opéra de D... et ayant prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail et ayant condamné l'Opéra de D... à payer à sa salariée diverses sommes au titre de rappel de salaire, de congés payés, d'indemnité de préavis, d'indemnité de licenciement, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse entraînera l'annulation du chef du dispositif ayant condamné l'opéra de D... à payer à sa salariée des dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail, en application de l'article 624 du Code de procédure civile ;

2°/ qu'il appartient au salarié d'établir le manquement à l'obligation de loyauté qu'il reproche à son employeur et aux juges de le caractériser ; qu'en l'espèce, l'employeur faisait valoir et offrait de prouver que l'orchestre au sein duquel la salariée exerçait ses fonctions avait été transféré le 8 avril 2009 à l'association La C... et que compte tenu des fonctions représentatives exercées par sa salariée, il s'était estimé tenu de solliciter une autorisation de transfert de son contrat de travail auprès de l'autorité administrative, laquelle avait été refusée tant par l'inspecteur du travail que par le ministre, faute de contrat en cours au moment de la demande de transfert ; que l'employeur soulignait encore que suite au recours contentieux formé à l'encontre de la décision administrative et dans l'attente de la décision du tribunal administratif intervenue le 1^{er} décembre 2011, il se trouvait dans l'impossibilité de proposer à Mme X. son précédent emploi compte tenu du transfert de l'orchestre auprès de l'association La C..., lui avait proposé un poste d'ouvreur spécialement créé pour elle, avait accepté de régulariser avec l'association La C... plusieurs accords tripartites de mise à disposition afin que la salariée exerce son activité de violoniste au sein de l'orchestre, et avait tenté de mettre en place en avril 2011 un accord collectif sur le temps partiel annualisé ; qu'en affirmant péremptoirement que les tergiversations et l'absence de prise de position claire de l'employeur à l'égard du maintien ou du transfert de l'emploi de Mme X., le défaut de fourniture d'un travail permettant à cette dernière d'exercer son art et la proposition de reclassement dans un poste d'ouvreuse, sans lien avec son activité de musicienne, caractérisaient une exécution déloyale du contrat de travail, sans à aucun moment s'expliquer sur le respect légitime par l'employeur des décisions de l'autorité administrative, ni sur son impossibilité de proposer un poste de musicien en raison du transfert de l'activité de l'orchestre à l'association La Camerata, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1221-1 du Code du travail et 1134 et 1147 du code civil ;

Mais attendu d'abord que le rejet des deux premiers moyens rend sans objet le premier grief du moyen qui sollicite une cassation par voie de conséquence ;

Attendu ensuite que la cour d'appel, qui a constaté que la Régie Opéra de D... avait en 2010 cessé de rémunérer la salariée, violoniste, puis lui avait proposé le 18 mars 2010 un poste d'ouvreuse par contrat à durée indéterminée intermittent, qu'elle indiquait avoir spécialement créé à son intention, a légalement justifié sa décision ;

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur la troisième branche du deuxième moyen, ni sur le quatrième moyen, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Et attendu que le rejet du pourvoi principal rend sans objet le pourvoi incident éventuel ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

OBSERVATIONS

Une salariée, titulaire d'un mandat de délégué syndical, avait fait l'objet d'une demande d'autorisation de transfert de son contrat de travail suite à la cession d'une branche d'activité de l'entreprise. Or, il s'agissait d'une intermittente du spectacle liée à l'employeur par une succession de contrats de travail à durée déterminée et la demande d'autorisation de transfert avait été adressée à l'administration du travail à une date à laquelle les parties

n'étaient pas liées par l'un de ces contrats. Une décision de rejet fut à cet égard rendue, l'autorisation de transférer le contrat étant dépourvue d'objet... en l'absence de contrat à transférer. La salariée pouvait-elle alors, ultérieurement, demander la requalification de l'ensemble des contrats de travail signés en contrat de travail à durée indéterminée ? L'admettre conduit à une solution insoluble pour l'employeur puisque celui-ci est alors contraint de fournir à la salariée un poste de travail qui n'existe plus, celui-ci ayant été transféré, sans pour autant pouvoir se prévaloir du transfert corrélatif du contrat de travail, ce dernier ayant été refusé ! S'agit-il, pour autant, d'une solution injustifiée, sinon injuste ? Le Parquet général, pleinement suivi par la chambre sociale, ne l'a pas cru. Il est vrai que les fondements juridiques applicables pouvaient ici conduire à une pluralité de solutions envisageables. Ainsi, le principe de séparation des pouvoirs implique que le juge judiciaire ne peut pas revenir sur une décision relevant de la compétence du juge administratif. Son application était délicate en l'espèce car, si le juge judiciaire est en principe seul compétent pour statuer sur une demande d'un salarié tenant à voir requalifier une succession de contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, le juge administratif l'est en revanche pour apprécier l'existence d'un contrat de travail en cours afin de pouvoir se prononcer sur une demande d'autorisation de transfert de celui-ci. Une manière de régler la difficulté peut alors être de vérifier si des décisions potentiellement divergentes peuvent être ou non appliquées cumulativement sans que cela aboutisse concrètement, pour les parties, à une forme d'injonction contradictoire. Un exemple permet de mieux le comprendre. L'action en reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail est en principe de nature personnelle à savoir que seul le salarié peut s'en prévaloir (V. par ex. Cass. soc. 12 juill. 2017, n° 16-10.460). Mais l'existence d'un contrat de travail a également une portée collective, à savoir qu'elle intéresse les autres membres de la communauté de travail. Elle peut, à cet égard, être soulevée par un tiers au contrat de travail, en particulier un syndicat, notamment à propos de la détermination, dans le cadre de l'organisation des élections professionnelles, des effectifs de l'entreprise. Dans une telle situation, l'éventuelle existence de décisions contradictoires n'est pas nécessairement gênante car l'une a une portée individuelle tandis que l'autre a une portée collective. Or, il n'en va pas ainsi dans le cadre de l'arrêt commenté, les deux décisions en cause ayant des conséquences directes pour la salariée concernée. Cela aurait pu conduire, au nom du principe de séparation des pouvoirs, à considérer que le juge judiciaire ne pouvait pas reconnaître l'existence d'un contrat de travail dans le cadre d'une action en requalification de contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée alors que le juge administratif avait préalablement constaté l'absence de tout contrat de travail en cours. Mais d'autres considérations pouvaient ici inspirer le juge. En effet, la requalification de contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée constitue une sanction à l'égard de l'employeur qui n'a pas respecté la législation propre aux contrats précaires. De ce point de vue, peu importe que l'employeur subisse les conséquences de la contradiction des solutions retenues par le juge administratif et le juge judiciaire ; celles-ci font, en quelque sorte, partie de la sanction. C'est dire l'importance du pouvoir d'interprétation de la Cour de cassation dans cette affaire et, corrélativement, celle de l'influence susceptible d'être exercée par le parquet général. En l'occurrence, celle-ci a été mise au service d'une « politique » favorable à la promotion du contrat de travail à durée indéterminée, au diapason de la volonté du législateur, lequel affirme que ce type de contrat constitue « *la forme normale et générale de la relation de travail* » (C. trav., art. L. 1221-2).



Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation en procédure civile

Un avis qui sauve les déclarations d'appel irrégulières

Natalie Fricero,
Professeur à l'Université Côte d'Azur, directrice de l'Institut d'Études Judiciaires
et du master 2 Gestion des contentieux privés,
Membre du Conseil supérieur de la magistrature et présidente de la commission nationale d'examen d'avocats

Conclusions de Monsieur l'avocat général Girard, sous Cass. civ., 2^e, avis 20 déc. 2017, n° 17-70.034 P+B

Par décisions des 19, 25 et 26 octobre 2017, deux conseillers de la mise en état de la Cour de Versailles et Madame la Première présidente de Chambre de la cour d'appel de Paris sollicitent votre avis sur les questions suivantes qui présentent des caractéristiques communes :

- Versailles « 1 » : « *Quelle sanction encourt une déclaration d'appel formée à compter du 1^{er} septembre 2017, portant comme objet "appel total" ou "appel général" sans viser expressément les chefs de décision critiqués, lorsque l'appel ne tend pas à l'annulation du jugement ou que l'objet du litige n'est pas indivisible ? Quelle est la nature de cette sanction ?* »

- Versailles « 2 » : « *quelle sanction encourt une déclaration d'appel, formée à compter du 1^{er} septembre 2017 portant comme objet "appel total" ou "appel général" sans viser expressément les chefs de décision critiqués, lorsque l'appel ne tend pas à l'annulation du jugement ou que l'objet du litige n'est pas indivisible ? Quelle est la nature juridique de cette sanction ?* »

S'il s'agit d'une fin de non-recevoir, est-elle d'ordre public et doit-elle être relevée d'office par le Conseiller de la mise en état ou le président de Chambre dans les procédures relevant de l'article 905 ?

Peut-elle faire l'objet d'une régularisation comme le prévoit l'article 126 du Code de procédure civile et dans l'affirmative dans quelles conditions ? ».

- Paris : « *1/ La sanction encourue en cas d'appel dit "total", hors les cas autorisés, qui ne vise aucun chef du jugement expressément critiqué, est-elle une nullité pour vice de forme, en application de l'article 901, 4^o du Code de procédure civile modifié par le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, ou une irrecevabilité au regard des nouvelles dispositions de l'article 562 alinéa 1^{er} dudit code, issues de ce même décret ?*

2/ Dans l'hypothèse où il s'agirait d'une fin de non-recevoir, celle-ci doit-elle être relevée d'office, par le président ou le magistrat désigné par le Premier président ou par la formation collégiale, comme

ayant un caractère d'ordre public, en application de l'article 125 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, ou ne peut-elle être soulevée que par les parties ? »

I. Rappel des textes du Code de procédure civile qui sous-tendent les demandes d'avis :

Article 562 : « *L'appel défère à la Cour la connaissance des chefs du jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent.*

La dévolution ne s'opère pour le tout que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet est indivisible. »

Article 901 : « *La déclaration d'appel est faite par acte contenant, outre les mentions prescrites par l'article 58, à peine de nullité : [...]*

4^o les chefs du jugement expressément critiqués auxquels l'appel est limité, sauf si l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible. »

Article 114 : « *Aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'est pas expressément prévue par la loi, sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public.*

La nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public. »

Article 125 : « *Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence de voie de recours.*

Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité et de la chose jugée. »

Article 126 : « *Dans les cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si la cause a disparu au moment où le juge statue. »*

II. De l'appréciation de la régularité formelle de votre saisine au regard des dispositions des articles L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire et 1031-1 à 1031-7 du Code de procédure civile

Toutes les prescriptions des articles 1031-1 et 1031-2 du C.P.C. paraissent avoir été respectées à la lettre. Toutes les parties aux litiges ont été avisées, en ce compris le ministère public, certaines ont émis des observations favorables à votre saisine tandis que d'autres demeuraient introuvables. Aucune irrégularité ne peut donc être tirée de la mise en œuvre proprement dite de la procédure d'avis.

Dans la motivation de leurs décisions, les magistrats demandeurs argumentent tous du caractère de nouveauté de la question de droit qu'ils vous posent au regard du caractère récent des dispositions nouvelles en cause, toutes issues du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, entrées en vigueur au 1^{er} septembre 2017.

Ils tirent de leur analyse l'existence d'un doute sur la sanction réellement encourue par une déclaration d'appel qui ne répondrait pas à ces exigences précises.

La difficulté sérieuse s'attacherait à la détermination du rattachement de cette sanction à une nullité de forme ou à une fin de non-recevoir et, dans ce dernier cas, au choix du régime emportant ou non son rattachement à l'ordre public avec, le cas échéant, une possibilité de régularisation.

Ils évoquent la probabilité de réitération régulière de cette question au gré des très nombreux appels enregistrés, pour en déduire qu'elle paraît susceptible de se poser dans de nombreux litiges.

Au sens strict, le caractère de nouveauté de la question de droit posée de manière commune par les deux cours d'appel apparaît indiscutable.

Sa difficulté est sérieuse et les interrogations posées sur la nature et le régime des sanctions attachées aux irrégularités constatées dans une déclaration d'appel justifient une mise au point rapide de votre Chambre, étant souligné qu'il ne paraît pas y avoir de pourvoi déjà enregistré sur ce sujet précis, ni même de décisions connues des cours territoriales.

Sa généralité ne souffre pas plus de discussion, même s'il est possible d'espérer que la pratique éclairée des avocats appelants tendra rapidement à intégrer les normes nouvelles et à tarir ce contentieux.

Conformément aux dispositions de l'article 1031-1 du C.P.C., les magistrats qui vous ont saisi ont sursis à statuer jusqu'à la réception de votre avis ou l'expiration du délai de l'article 1031-3 du C.P.C.

En la forme, les trois demandes nous apparaissent donc parfaitement fondées et recevables.

III. Problématique des nouvelles formes obligées de l'acte d'appel

Aux cas d'espèces qui vous sont soumis, les trois appelants ont fait inscrire dans leur déclaration d'appel la seule et unique formule : « *appel total* ».

Monsieur Tidjani Lebbihi agit dans le cadre d'une procédure de divorce autre que par consentement mutuel et a donc relevé « *appel total* » d'un jugement du TGI de Pontoise du 31 août 2017 suivant une déclaration enregistrée au greffe de la cour d'appel de Versailles le 26 septembre 2017.

La société « *Anet matériaux* » est appelante d'un jugement du TGI de Chartres du 6 septembre 2017 au terme d'une déclaration enregistrée le 3 octobre 2017 au même greffe de la Cour de Versailles, dans la forme sus évoquée.

Madame Aïcha B... conteste pour sa part, dans le cadre de son « *appel total* », un jugement du tribunal d'instance d'Aulnay-sous-Bois du

28 juillet 2017 rendu dans une procédure en paiement de loyers, charges et le cas échéant d'expulsion.

Aucune pièce n'accompagne les déclarations d'appel dont les juridictions d'appel sont saisies qui en expliciterait le sens et la portée.

En droit strict, de telles déclarations d'appel n'apparaissent pas conformes aux nouvelles dispositions de l'article 901, 40/ du Code de procédure civile dans leur version applicable au 1^{er} septembre 2017.

La mention « *appel total* » se heurte donc à la fois aux restrictions apportées à l'effet dévolutif de l'appel de l'article 562 du C.P.C. mais également aux prescriptions de l'article 901 du C.P.C. qui, hors les cas où la nullité du jugement est demandée ou lorsque le litige est indivisible, frappent de nullité un acte d'appel qui ne préciserait pas les chefs du jugement entrepris expressément critiqués auxquels l'appel est limité.

La principale difficulté de lecture des textes nouveaux à laquelle se trouvent confrontées les juridictions qui vous saisissent est donc bien celle de l'articulation des deux textes susvisés pour aboutir à la déclaration de nullité des déclarations d'appel non conformes.

Quelle est la nature de cette nullité (de forme ou de fond au regard du seul acte d'appel incriminé) ? Relève-t-elle de celles que les parties peuvent régulariser avant que le juge n'intervienne voire après son intervention ?

Où cette sanction revêt-elle les formes d'une fin de non-recevoir présentant ou non les caractères de l'ordre public ?

Qui des parties, du conseiller de la mise en état, du président de la Chambre dans le cadre de l'article 905 du C.P.C., voire du juge d'appel saisi au fond, agissant d'office ou non, peut ou doit soulever cette nullité ou cette fin de non-recevoir et sous quelle forme ?

Telles sont les questions auxquelles nous allons tenter d'apporter une réponse argumentée.

IV. Analyse et propositions

Un bref rappel de l'esprit de la réforme de la procédure d'appel en cours de mise en œuvre et des « *piliers* » sur lesquels elle repose permettra sans doute de mieux cerner les intentions premières du législateur.

Si l'on en croit Monsieur Thomas Andrieu, directeur des Affaires civiles et du Sceau qui s'est exprimé dans une chronique livrée à la *Gazette du Palais* le 31 octobre 2017, n° 37, page 45, « *le décret du 6 mai 2017 propose une voie médiane [entre l'appel voie d'achèvement et l'appel voie de réformation] visant à instaurer un appel réformation "accepté" pour éviter les inconvénients d'un appel voie d'achèvement "subi"* ».

À cet égard, l'auteur précise que « *face aux points de vue divergents, un certain principe de réalité a prévalu qui visait à consolider l'état du droit et donc une conception exigeante de l'appel, mais aussi à tenir compte de la réalité très disparate de la première instance. Ainsi la Chancellerie n'a pas souhaité inscrire dans le code de procédure civile le principe de concentration des moyens tel qu'issu de la jurisprudence de la Cour de cassation du 7 juillet 2006 (Cass., Ass. Plénière 7 juillet 2006, n° 04-10.672, Bull. ass. Plén. 2008, n° 6)...* et n'a, par conséquent, pas davantage souhaité imposer la concentration des moyens en première instance ».

Redéfinissant la procédure d'appel, le législateur a donc fondé son projet sur quatre piliers dont deux intéressent plus particulièrement notre recherche.

1°/ la redéfinition de l'objet du procès en appel, et nous touchons là directement, selon les dispositions de l'article 542 du CPC, au coeur de notre sujet puisqu'il est question de dire désormais que « *l'appel tend, par la critique du jugement rendu par une juridiction du premier degré, à sa réformation ou à son annulation par la cour d'appel* ».

L'acte ou la déclaration d'appel qui en est la manifestation première

se doit donc de répondre à cette exigence fixée, en pratique, par les dispositions de l'article 901 du CPC.

2°/ les principes de concentration : qu'elle soit dite « temporelle » en ce qu'elle vise les prétentions au sein même de l'instance d'appel (avec la sanction de caducité de la déclaration d'appel ou d'irrecevabilité des conclusions d'intimé frappant les conclusions qui n'auraient pas concentré les prétentions au fond dès l'origine – articles 905-2, 908 et 910 du C.P.C.) ou encore qualifiée de « procédurale » (avec le rejet définitif de tout nouvel appel qui succéderait à un premier appel déclaré caduc ou irrecevable, mais également avec la prohibition de la réitération d'un appel principal en cas de non-respect des délais) la concentration est désormais la règle d'or et elle n'apparaît pas sans lien logique avec la rédaction d'un acte d'appel qui délimite strictement les chefs du jugement initial critiqué, donc l'objet du litige.

3°/ La régulation des délais qui ne sera pas directement concernée par notre débat,

4°/ La formalisation des actes : où l'on revient sur le formalisme nouvellement imposé des actes d'appel qui ne sont d'ailleurs pas les seuls concernés.

L'idée fondamentale sous-tendant cette nouvelle exigence est « la sécurisation du travail des juges et des conseils des parties » avec ce qu'une telle exigence pourrait emporter au regard de « l'ordre public processuel » et pourrait commander en termes de contrôles à l'initiative des juges qui s'auto-protégeraient contre les errements des appelants qui ne respecteraient pas ce formalisme nouveau.

A. Nullité ou/et fin de non-recevoir ?

La lecture directe des nouvelles dispositions de l'article 901, 40/ du C.P.C. ne laisse planer aucun doute : la mention, dans la déclaration d'appel, des chefs du jugement critiqué (sauf le cas de demande d'annulation ou d'indivisibilité du litige) est prescrite, comme toutes les autres mentions citées, à peine de nullité.

Si le législateur n'en dit pas plus, ses tout premiers exégètes (annexe 1 de la circulaire d'application du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, fiche n° 1, page 7) donnent des indications très précises sur la nature de cette nullité et son régime « attendu ».

« Les nullités de fond étant limitativement énumérées par l'article 117 [du CPC], il s'agit d'une nullité de forme qui suppose la démonstration d'un grief. Il appartiendra à la jurisprudence d'apprécier si l'absence de précision des chefs du jugement critiqué empêche l'adversaire de préparer sa défense et constitue un grief. »

« Cette nullité de forme de la déclaration d'appel est doublée d'une autre sanction puisqu'en cas d'appel général, l'effet dévolutif de l'appel ne jouera pas et la Cour ne sera pas saisie ».

Où l'on pressent clairement que le double objectif du législateur est bien à la fois de faire respecter une règle formelle d'échange d'informations déterminantes entre les parties et à l'égard de la cour saisie, mais également de réguler la saisine des cours par un « couperet d'ordre public » constitué et fondé sur la paralysie de l'effet dévolutif de l'appel irrégulièrement formé. Le terme même de doublement de la sanction retient l'attention qui paraît insister sur la double nature de la sanction proposée voire sur sa nature hybride, voire, la dualité de ses objectifs.

1°/ Nullité de forme avec démonstration d'un grief.

Les observations ministérielles ci-dessus rapportées ne laissent planer aucun doute apparent : la nullité attachée au non-respect des prescriptions du 40 de l'article 901 du C.P.C. est de pure forme et s'inscrit donc dans la lignée des nullités qui imposent à celui qui les invoque de prouver un grief au sens de l'article 114, alinéa 2 du C.P.C.

On notera avec intérêt que les rédacteurs des textes nouveaux ont immédiatement mesuré les obstacles techniques que pourraient rencontrer les parties du fait des limites de « capacité » du RPVA qui sera le véhicule obligé, au moins en procédure d'appel avec



représentation obligatoire, de ces déclarations d'appel de type « développé » au regard des chefs de la décision critiquée.

Il est en effet d'ores et déjà prévu qu'aux 4080 caractères réglementairement admis, pourront être ajoutés des développements sous forme d'une pièce jointe à la déclaration d'appel, « la complétant afin de lister l'ensemble des points critiqués du jugement » (document précité en page 7 au regard des conséquences de la modification de l'article 901 du C.P.C.).

On aura déduit de cette attention, soutenue portée au contenu même de la déclaration d'appel développée, que le législateur a bien en vue principalement l'information des contradicteurs de l'appelant et de la cour saisie.

Si grief il y a, il est donc bien à rechercher du côté de l'empêchement rencontré par l'intimé pour préparer utilement sa défense, mais aussi du côté de la juridiction que l'on prétendait saisir et qui ne le serait pas faute d'effet dévolutif.

Dès lors opterez-vous, au bénéfice de l'appréciation souveraine des juges du fond mais dûment contrôlée par votre Chambre, pour une application quasi-automatique du grief, comme dans le cas des mentions de l'article 58 du CPC concernant l'identité exacte des demandeurs et défendeurs, de leur domicile ou de l'objet de la demande dont l'omission est, à elle seule, génératrice d'un grief indiscutable (Civ., 2^e, 14 juin 2001, n° 99-14.776.- Civ. 2^e, 24 sept. 2015, n° 12-28.820.- Civ. 2^e, 28 janv. 2016, n° 14-25.561) ?

Ou bien vous pencherez-vous avec plus d'acuité et d'exigences sur ce grief et sollicitez-vous des cours d'appel une vérification de la preuve d'une réelle « corrélation entre l'irrégularité prétendue et le préjudice éprouvé » ?

En d'autres termes, l'absence de visa particulier, dans une déclaration d'appel, des chefs du jugement réellement contestés vaudra-t-elle présomption simple de grief que l'appelant pourra combattre par tous moyens ou bien la charge de la preuve du grief reviendra-t-elle, comme il est d'usage, au seul demandeur à la nullité, voire au juge si vous l'investissiez d'une mission de régulation propre ?

La réponse à ces questions pourrait être recherchée, en premier lieu, dans la liste des prescriptions de l'article 901 du CPC à laquelle la nouvelle nullité est rattachée :

- toutes les mentions exigées sont, par leur nature, de celles qui orientent les recherches de l'intimé ou du défendeur sur des éléments vitaux du recours engagé (constitution de l'avocat de l'appelant, décision attaquée, cour devant laquelle le recours est porté, signature de l'avocat constitué et copie de la décision querellée) ;
- le rajout de la mention des chefs du jugement critiqués s'inscrit parfaitement dans ce cadre et vient simplement parfaire l'information de l'intimé ou du défendeur qui doit pouvoir savoir d'emblée ce que

sera le procès d'appel qui lui est imposé et quelles en sont les limites précises. On pénètre donc, sans restriction, dans le périmètre de la contradiction loyale et nécessaire de l'article 16 du C.P.C. qui constitue le socle du procès d'appel à venir et il est désormais clair que le défaut, dans la déclaration d'appel, de l'une seule de ces mentions, génère quasi automatiquement un grief pour la partie en défense.

« *Sous la réserve expresse de votre appréciation* », le commentateur avisé du décret évoque clairement une entrave aux préparatifs de la défense et notamment un obstacle à l'édification de conclusions utiles.

Aux cas d'espèces que vous soumettent les cours de Versailles et de Paris, il est aisé de mesurer l'intérêt d'une déclaration d'appel détaillée. Il n'en va pas de même pour l'appel d'un jugement de divorce si le recours est limité aux mesures provisoires ou s'il s'étend aux conséquences pécuniaires du divorce voire aux motifs déterminant des torts, fussent-ils partagés.

Le même constat vaudrait pour le litige de loyers avec éventuelle expulsion ou pour le litige portant sur une demande d'exécution de travaux à la charge d'un bailleur avec demande de garantie.

On tiendra donc pour acquis que le défaut de désignation, dans la déclaration d'appel, des chefs du jugement objet de la critique d'appel, vaudrait, à lui seul grief, sauf à noter et préciser, s'il était utile, qu'en présence d'un dispositif simple ne comportant qu'un seul chef de décision, la règle de l'indivisibilité du litige trouverait naturellement à s'appliquer.

2° La modification concomitante des dispositions de l'article 562 du C.P.C. n'appelle-t-elle pas cependant une réflexion complémentaire sur l'émergence éventuelle d'une nouvelle fin de non-recevoir tirée de l'impossibilité pour l'appelant et le juge de faire jouer l'effet dévolutif de l'appel ?

a. Arguments en faveur de l'émergence d'une nouvelle fin de non-recevoir

Cette réflexion naît directement du même document émanant du ministère de la Justice qui, outre l'allusion claire à un « *second niveau de sanction* » commente en ces termes les modifications apportées à l'article 562 du CPC :

« *L'appelant est ainsi contraint de délimiter son appel dans son acte d'appel. L'effet dévolutif ne jouera pas en l'absence de critique expresse des chefs du jugement déterminés. La faculté de faire un appel général est ainsi supprimée, sauf demande d'annulation du jugement ou cas d'indivisibilité du litige, et la cour ne sera pas saisie par un appel général en dehors de ces exceptions. Cette disposition s'applique non seulement à l'appel principal mais également aux appels incidents ou provoqués.*

Cette évolution qui conduit à imposer une plus grande fixité du procès, traduit pour ce qui concerne l'étendue de l'appel, l'idée que l'appel tend à apporter une réponse précise aux contestations ciblées par l'appelant à l'égard du premier jugement. »

Le lien est ainsi fait, de manière directe, entre les formalités matérielles d'une déclaration d'appel ciblée et l'inflexion voulue par le législateur concernant le sens et la portée de la mission du juge d'appel dans l'objectif assumé de la « *double sécurisation* », évoquée par Monsieur Thomas Andrieu dans sa chronique précitée.

Au-delà donc de l'exception formelle de nullité fondée sur la protection légitime accordée par la loi aux intimés ou défendeurs, ne serions-nous pas en présence d'une nouvelle hypothèse d'irrecevabilité sans examen au fond de la demande d'appel qui, faute des précisions utiles, se heurterait à l'inhibition voire la paralysie, au moins temporaire de l'effet dévolutif du recours ?

On pourrait par ailleurs et sans difficultés notables, rattacher cette fin de non-recevoir d'un type nouveau à celles évoquées à l'article 122 du C.P.C., la liste des cas cités dans ce texte sous l'adjectif comparatif « tel » ne paraissant ni fermée ni exhaustive.

La question mérite réflexion sous trois aspects :

- à l'évidence l'annulation de l'acte ou de la déclaration d'appel qui ne comporterait pas les précisions exigées désormais par l'article 901 du C.P.C. fait perdre à l'appelant l'effectivité de son recours et met directement en défaut son pouvoir de faire juger son procès d'appel au sens où la déclaration d'appel jugée irrégulière est, de plein droit, privée de tout effet dévolutif certain ;
- mais la volonté du législateur n'est-elle pas implicitement de ranger cette inhibition de l'effet dévolutif de l'appel dans la catégorie spécifique des fins de non-recevoir ayant un caractère d'ordre public au sens de l'article 125 du CPC et donc soumise à l'appréciation des juges d'appel qu'ils soient de mise en état ou au fond ?
- nous sommes en effet en présence d'une volonté clairement affichée du législateur de modifier sensiblement le cours des appels et de quitter le précédent cadre de l'appel dit « *voie d'achèvement* » pour migrer vers une forme atténuée, intermédiaire voire hybride de l'appel « *voie de réformation* ».

D'où sans aucun doute ce choix affiché du « *double niveau de sanction* » évoqué dans la note susvisée :

- la nullité formelle de la déclaration d'appel incomplète qui ouvre manifestement la voie d'une régularisation que nous évoquerons plus avant, sanction fondée sur la sécurisation du travail des parties en appel ;
- le nécessaire constat, si cette régularisation n'intervient pas ou intervient trop tardivement, d'un défaut du pouvoir d'agir de l'appelant tiré de la paralysie de l'effet dévolutif de l'appel, constat et sanction relevant alors directement et d'office de la mission du juge au nom de la « *sécurisation du travail des magistrats d'appel* ».

b. Arguments s'opposant à l'émergence d'une nouvelle fin de non-recevoir

Deux remarques en ce sens

La mise en oeuvre d'une nouvelle fin de non-recevoir est-elle logique et surtout utile ?

On reviendra donc plus avant sur le scénario plus que plausible d'une régularisation d'une déclaration d'appel irrégulièrement formulée évoquée par le ministère de la Justice. Mais il apparaît d'emblée que le législateur a souhaité limiter les cas d'application de la nullité de forme inscrite dans les nouveaux textes et qu'il promet en ouvrant un large champ à cette régularisation.

Dans cette perspective rassurante pour les plaideurs inattentifs ou maladroits, y a-t-il une véritable place pour une nouvelle « *arme procédurale de destruction massive* » que serait la définition d'une nouvelle fin de non-recevoir tirée de l'article 562 nouveau du C.P.C. ?

La seule vraie circonstance d'usage effectif d'une telle « *arme* » serait, en pratique, réservée au cas, quasiment improbable, où l'appelant dûment mis en garde et en demeure de régulariser sa déclaration d'appel, laisserait tout à la fois filer les délais ou ignorerait délibérément la portée de l'incident de nullité qui lui est opposé.

Ne suffirait-il pas au juge saisi de cette situation limite de constater la nullité et d'y attacher simplement les conséquences fixées à l'article 562 du C.P.C. : le constat que la cour n'est saisie d'aucune demande effective et que, l'effet dévolutif ne pouvant jouer, l'appel formé irrégulièrement est lui-même caduc ?

Sans vouloir minimiser le sens et la pertinence des questions posées à très bon escient par nos collègues des cours de Paris et Versailles, il apparaît également que les situations dont ils ont été saisis sont de l'ordre de l'accidentel et relèvent, en très large part, d'une faute d'inattention des conseils ou des parties appelantes elles-mêmes face à la date d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du décret du 6 mai 2017.

On veut croire avec ferveur que ces situations sont exceptionnelles et le demeureront pour l'avenir, chacun des avocats concernés ayant pris la mesure de l'erreur commise et retenu la leçon du danger.

Mais surtout on peut légitimement accorder à la profession d'avocat dans son ensemble et à ses organes de représentation classiques, toute confiance pour une sensibilisation active et généralisée de ses membres face aux nouvelles exigences légales.

Il en va assurément de la sécurité de ces professionnels avisés pour lesquels ce type d'erreur pourrait avoir un coût important en termes de responsabilité civile professionnelle.

On peut donc conclure, sans risque de dénaturation des textes nouveaux qui n'ont pas expressément prévu la création « *ex nihilo* » d'une nouvelle fin de non-recevoir, ni de trahison de l'esprit de la nouvelle législation entrée en vigueur au 1^{er} septembre 2017, que la nécessité d'un tel « arsenal » est discutable et ne s'impose pas « *a priori* ».

B. Articulation des rôles procéduraux et champs de compétence respectifs des conseillers de mise en état et de la juridiction du fond

La cohabitation voulue de ce double niveau de constat judiciaire (nullité de forme plus absence d'effet dévolutif de l'appel) va commander la répartition des rôles entre parties et juge dans l'émergence et le règlement des difficultés nées du constat de l'irrégularité des déclarations d'appel au sens des articles 562 et 901 nouveaux du C.P.C..

Il convient donc d'envisager les diverses questions pratiques possibles :

- qui peut ou doit soulever la nullité d'une déclaration d'appel insuffisamment renseignée ?
- si la régularisation de la nullité de forme est possible, sous quels délais et formes s'opérera-telle ?
- à défaut de régularisation, quelle juridiction peut voire même doit constater le défaut du pouvoir d'agir de l'appelant faute d'effet dévolutif de son recours et quelles conséquences en tirer sur les appels incidents ou provoqués ?

1° Qui peut soulever la nullité de forme d'une déclaration d'appel ne précisant pas les chefs du jugement spécifiquement attaqués ?

Il ne paraît pas faire de doute que l'initiative principale de l'exception de nullité de forme tirée de la violation des dispositions de l'article 901,40/ du CPC revient, à l'origine, aux seules parties qui auraient à en souffrir, sous la réserve qu'elles prouvent le grief que cette situation leur cause et d'établir la corrélation entre l'irrégularité et le préjudice subi.

Comme les règles nouvelles paraissent viser tous les types d'appels (principaux, incidents et provoqués), il existe donc, théoriquement, une forme d'égalité de statut et de traitement entre tous les appelants.

On observera cependant qu'une difficulté d'interprétation pourrait naître du fait que l'appel incident comme provoqué peut toujours, en l'état des articles 68, 551 et 961 du CPC qui n'ont pas été affectés par la réforme, résulter de simples conclusions, voire d'assignations selon les cas.

En ne visant que la seule « déclaration d'appel » sans autre précision, l'article 901,4° du CPC aurait-il néanmoins créé un déséquilibre entre les diverses catégories d'appelants susceptible d'ouvrir une brèche dans le principe général d'égal accès au juge d'appel ?

Il paraît raisonnable de soutenir que le législateur a eu en vue le contenu et non la seule forme de la déclaration d'appel et

que les rigueurs du nouveau texte visent essentiellement les développements utiles de cette déclaration, quelque soit son mode d'expression matériel, qui saisiront ou non la cour de griefs articulés à des chefs du jugement plus directement critiqués.

2° Délais et forme d'une régularisation d'acte d'appel ne visant pas explicitement les chefs du jugement critiqués

Compte tenu de manière effective de votre jurisprudence connue et plus générale sur la portée de la sanction de l'irrégularité d'une déclaration d'appel, il apparaît que :

a.- « *La déclaration d'appel, même entachée d'une nullité de forme ou de fond, interrompt les délais de prescription et de forclusion et peut-être régularisée jusqu'à l'expiration du délai d'appel* » (voir en ce sens : Civ. 3^e, 12 oct. 2017, n° 16-21.685.- Civ. 2^e, 1^{er} juin 2017, n° 16-14.300.- Civ. 2^e, 16 oct. 2014, n° 13-22.088.- Civ. 2^e, 15 janv. 2015, n° 13-26.486.- Soc., 5 nov. 2014, n° 13-25.453.- Civ. 2^e, 6 janv. 2012, n° 10-17.003.- Civ. 2^e, 20 janv. 2011, n° 09-73.038.- Extraits de la note du SDER pp. 67 à 69) ;

b.- « *La décision d'annulation d'une déclaration d'appel pour vice de procédure sur le fondement des articles 117, 120 et 121 du CPC (irrégularité de fond) interrompt les délais de prescription et de forclusion* » dont le délai d'appel qui relève de cette dernière catégorie (voir en ce sens : Civ., 2^e, 16 oct. 2014, n° 13-22.088.- Civ. 2^e, 1^{er} juin 2017, n° 16-14.300.- Extraits de la note du SDER, p. 69).

Il résulte clairement de cette première analyse sommaire que l'appelant imprudent qui n'aurait pas formalisé sa déclaration d'appel en précisant les chefs du jugement initial qu'il entend soumettre à la censure de la cour, serait parfaitement recevable à la régulariser jusqu'à l'expiration de son délai de recours, sous la forme attendue d'un nouvel acte d'appel « rectificatif ».

Pourrait-on aller plus loin au vu de l'arrêt de votre chambre du 16 octobre 2014 susvisé, qui concerne certes le cas de nullité de fond, complété par votre toute dernière décision du 16 novembre 2017, pourvoi no 16-23.796, en cours de publication, qui paraissent ouvrir une voie de régularisation intéressante pour notre question et en déterminer une autre forme admissible ?

Selon les termes mêmes de l'arrêt de votre chambre du 16 novembre 2017, une cour d'appel avait été saisie de l'irrégularité matérielle d'une déclaration d'appel, régularisée par une seconde déclaration dans le délai de l'appel.

La question que vous aviez à trancher portait précisément sur les délais de l'article 908 du C.P.C. imposés à l'appelant pour conclure suite à sa déclaration d'appel.

Vous venez donc d'admettre que les délais offerts et imposés à l'appelant pour conclure ont commencé à courir à compter de la première déclaration d'appel irrégulière qui avait néanmoins valablement saisi la cour.

En associant cette toute dernière décision à votre jurisprudence sur l'interruption des délais de prescription et de forclusion par la décision d'annulation d'une déclaration d'appel, ne pourrions-nous pas admettre que l'appelant dont la déclaration d'appel est annulée pour irrégularité de forme sur le fondement de l'article 901,4° du C.P.C., dispose, pour la régulariser, d'un nouveau délai expirant au plus tard lors du dépôt de ses premières conclusions, soit, au plus large et au plus loin, trois mois après la date de l'acte d'appel annulé ?

Nous mesurons bien les écueils d'une telle solution qui paraît étendre de manière importante les délais d'appel au sens classique, mais elle apparaît néanmoins respectueuse de votre propre approche jurisprudentielle qui veut qu'un acte d'appel, même irrégulier en sa forme, saisisse la juridiction du second degré.

Elle offrirait à l'appelant fautif, dont on veut espérer qu'il se fera rare au fil du temps, la voie d'une régularisation dans un délai

raisonnable pour la bonne progression de la procédure d'appel et sous la forme de conclusions initiales obligatoirement focalisées sur la délimitation du périmètre de l'appel au sens des dispositions de l'article 901, 40/ du C.P.C..

3° À défaut de régularisation, quelle juridiction peut et doit constater l'absence d'effet dévolutif de l'appel et quelles conséquences en tirer pour les appels incidents ou provoqués ?

La réponse à cette question est commandée par le choix qui vous guidera pour définir la nature de cette nouvelle nullité pour irrégularité de forme.

Nous avons écarté, pour son caractère excessif et manquant de fondement légal *stricto sensu*, l'hypothèse d'une fin de non-recevoir, et nous maintenons cette option.

Nous nous sentons confortés en ce sens par l'une de vos toutes dernières décisions sur le sujet qui est votre arrêt du 19 octobre 2017 (Civ., 2^e, 19 oct. 2017, n° 16-11.266 : P+B - Note du SDER, p. 63), qui a été amenée à trancher sur l'irrégularité affectant une déclaration de saisine après renvoi de cassation.

Vous venez de censurer une cour d'appel qui, constatant que la déclaration tendant à sa saisine contrevenait aux prescriptions de l'article 901 du C.P.C., en a déduit qu'il ne s'agissait pas d'une exception de procédure mis d'une fin de non-recevoir en retenant :

« qu'en statuant ainsi, alors qu'affectant le contenu de l'acte de saisine de la juridiction et non le mode de saisine de celle-ci, l'irrégularité des mentions de la déclaration de saisine de la juridiction après renvoi de cassation ne constitue pas une cause d'irrecevabilité de celle-ci, mais relève des nullités pour vice de forme, la cour a violé les dispositions des textes susvisés [articles 112, 122 et 901 du C.P.C.] ».

Le parallèle proposé avec la déclaration d'appel apparaît logique et non pas exagérément extensif tant les termes de votre récent arrêt sont clairs : nous serions en présence d'une exception de procédure au sens de l'article 73 du C.P.C., dont l'objectif principal serait bien de faire déclarer la procédure irrégulière, voire éteinte, faute de demandes régulières et explicites soumises à la cour d'appel.

Pour autant, comment devront opérer le conseiller de la mise en état, dans le cadre de la procédure d'appel avec représentation obligatoire, le président de la Chambre dans le cadre de la procédure d'urgence de l'article 905, voire la Chambre civile saisie après une ordonnance de clôture qui n'aurait pas réglé cette question, pour trancher sur l'effectivité d'un appel plus que sur sa recevabilité ?

« Maître des horloges » de la régularité des actes d'appel, dont il peut prononcer la caducité (article 914 du C.P.C.), le conseiller de la mise en état se verrait reconnaître de plein droit cette compétence qui le conduirait, dans un premier temps, saisi par les parties, à annuler la déclaration d'appel non conforme aux dispositions de l'article 901, 40/ du C.P.C., sous la réserve d'une régularisation possible et d'un éventuel déferé de son ordonnance devant la chambre.

Si la régularisation s'avérait d'ores et déjà impossible, il en tirerait la conclusion que la cour d'appel n'ayant été d'aucune demande visant un chef précis du jugement critiqué, l'effet dévolutif du recours ne jouerait pas et constaterait la caducité de cette déclaration inopérante.

Au cas où la régularisation demeurée ouverte serait tentée, il lui appartiendrait d'en constater l'effectivité d'office ou à l'initiative des parties qui lui soumettrait à nouveau la question, à nouvelle charge de déferé de son ordonnance devant la chambre.

Il en irait un peu différemment pour le cas de la procédure de l'article 905 du C.P.C., le président de la Chambre saisi en urgence fixant alors l'affaire devant la cour pour que soit constatée l'irrégularité de la déclaration d'appel irrégulière et, le cas échéant, faute de régularisation, son défaut d'effectivité, faute de « *matière à juger* ».

Doit-on réserver à la Chambre civile saisie postérieurement à une ordonnance de clôture de son CME qui aurait omis de statuer ou n'aurait pas été saisi par les parties sur cette irrégularité formelle de la déclaration d'appel ?

La réponse apparaît encore nécessairement positive car la cour se heurterait à l'obstacle majeur d'une dévolution inopérante.

Après avoir recueilli contradictoirement les observations de toutes les parties, elle devrait statuer de plein droit et constater elle-même la caducité de la déclaration d'appel qui tendait à sa saisine, mais y a échoué.

Il paraît logique de conclure en soulignant que l'appel principal privé de son effectivité, emporterait, dans son sillage de nullité, les appels incidents ou provoqués qu'il aurait suscités.

PROPOSITION D'AVIS

1°/ La sanction encourue par une déclaration d'appel, formée, à compter du 1^{er} septembre 2017, qui ne viserait pas expressément les chefs du jugement critiqués (sauf le cas de l'appel tendant à l'annulation du jugement ou visant un litige qui n'est pas divisible), est une nullité pour irrégularité de forme relevant des exceptions de procédure de l'article 73 du CPC, comme tendant à faire déclarer la procédure irrégulière voire éteinte faute d'une demande régulière devant la cour saisie ;

2°/ Comme toute nullité pour vice de forme, elle est susceptible de régularisation dans le délai d'appel et au plus tard lors du dépôt des premières conclusions de l'appelant prises dans le délai de 3 mois de l'article 908 du CPC, courant à compter de la date de la première déclaration d'appel annulée ;

3°/ Le conseiller de la mise en état et la chambre appelée à statuer au fond (en ce compris dans le cadre de la procédure de l'article 905 du C.P.C.) sont compétents pour constater le défaut d'effectivité d'une déclaration d'appel ne répondant pas aux prescriptions de l'article 901,4°, du C.P.C. et, relevant que l'effet dévolutif n'a pu jouer conformément aux dispositions de l'article 562 du C.P.C., prononcer la caducité de la déclaration d'appel irrégulière (appel principal, incident ou provoqué).

Cass. civ., 2^e, avis 20 déc. 2017, n° 17-70.034 : RLDC 2018, n° 6403, p. 8.

Vu les articles L. 441-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire et 1031-1 et suivants du Code de procédure civile ;

Vu la demande d'avis formulée le 19 octobre 2017 par un conseiller de la mise en état de la cour d'appel de Versailles, reçue le 24 octobre 2017, dans une instance opposant M. Lebbihi à Mme Labeled, et ainsi libellée :

« Quelle sanction encourt une déclaration d'appel, formée à compter du 1^{er} septembre 2017, portant comme objet "appel total" ou "appel général" sans viser expressément les chefs de décision critiqués, lorsque l'appel ne tend pas à l'annulation du jugement ou que l'objet du litige n'est pas indivisible ?

Quels sont la nature juridique et le régime de cette sanction ? »

Sur le rapport de Mme Maunand, conseiller, et les conclusions de M. Girard, avocat général, entendu en ses observations orales ;

MOTIFS

L'article 901, 4°, du Code de procédure civile dispose que la déclaration d'appel est faite par acte contenant, à peine de nullité, les chefs du jugement expressément critiqués auxquels l'appel est limité, sauf si l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible.

La déclaration d'appel qui mentionne « *appel général* » ou « *appel total* » ne répond pas aux exigences de ce texte et encourt la nullité prévue par l'article 901 précité. Cette nullité, qui ne sanctionne pas une irrégularité de fond, est une nullité pour vice de forme au sens de l'article 114 du Code de procédure civile (Ch. mixte, 7 juillet 2006, pourvoi n° 03-20.026, Bull. 2006, Ch. mixte, n° 6) qui ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité. Elle peut être couverte par une nouvelle déclaration d'appel.

La régularisation ne peut pas intervenir après l'expiration du délai imparti à l'appelant pour conclure conformément aux articles 910-4, alinéa 1, et 954, alinéa 1, du Code de procédure civile. En conséquence,

LA COUR EST D'AVIS QUE

La sanction attachée à la déclaration d'appel formée à compter du 1^{er} septembre 2017 portant comme objet « *appel total* » ou « *appel général* », sans viser expressément les chefs du jugement critiqués lorsque l'appel ne tend pas à l'annulation du jugement ou que l'objet n'est pas indivisible, est une nullité pour vice de forme au sens de l'article 114 du Code de procédure civile.

Cette nullité peut être couverte par une nouvelle déclaration d'appel.

La régularisation ne peut pas intervenir après l'expiration du délai imparti à l'appelant pour conclure conformément aux articles 910-4, alinéa 1, et 954, alinéa 1, du Code de procédure civile.

OBSERVATIONS

L'avis commenté de la Cour de cassation a mis fin aux nombreuses hésitations des professionnels du droit à propos des sanctions applicables à une déclaration d'appel qui ne respecte pas les exigences introduites par le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 à l'article 901 du Code de procédure civile.

I. Le contexte

L'avis doit être replacé dans le contexte des évolutions législatives. On sait que le Code de procédure civile de 1975 a conçu l'appel comme une voie d'achèvement du litige, et non comme une voie de réformation stricte du jugement, pour permettre à la cour d'appel de trancher la totalité des questions litigieuses, pour donner au juge une vision d'ensemble de la situation et pour autoriser les parties à soumettre de nouveaux moyens, de nouvelles preuves, ainsi que, dans certaines limites, des prétentions nouvelles. L'effet dévolutif de l'appel peut être très étendu, dès lors que les parties soumettent à la cour d'appel des demandes qui n'ont pas été discutées en première instance, pourvu qu'elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant pour être recevables (prétentions accessoires, complémentaires, tendant aux mêmes fins...). Depuis une décennie, l'augmentation du flux judiciaire a remis en cause cette conception du double degré de juridiction et le constat s'est imposé de l'impossibilité pour la plupart des cours d'appel de rendre des arrêts dans des délais raisonnables (Cass. civ. 2^e, 1^{er} févr. 2018, n° 16-17618 : l'instance s'est trouvée périmée parce qu'aucune diligence n'avait été effectuée entre la demande de fixation émanant de l'avocat de l'appelant et la fixation par le conseiller de la mise en état.). De nombreuses propositions ont été formalisées pour tenter de régler ces difficultés tout en intégrant les contraintes budgétaires dans le fonctionnement des voies de recours. Ainsi, la Conférence des premiers présidents « *préconise l'abandon de l'appel voie d'achèvement du litige et le retour à la tradition française de l'appel réformation avec des aménagements pour tenir compte par exemple de la survenance entre le premier et*

le second degré de juridiction, de pièces ou de faits nouveaux » (délibération adoptée le 31 mai 2013). Dans le rapport IHEJ sur l'office du juge au XXI^e siècle, la recommandation n° 44 propose de « *limiter l'appel à la question de savoir quelle est la part de l'office qui n'a pas été respectée en première instance ; faire de l'appel une véritable chambre de l'office, elle-même soumise à la Cour de cassation* ». On retrouve encore une telle conception dans le rapport Delmas-Goyon, présenté en décembre 2013, qui préconise de revenir à l'appel voie de réformation tout en instaurant au sein de chaque cour d'appel une formation de filtrage qui pourrait décider des irrecevabilités manifestes de l'appel et qui apprécierait la recevabilité des pièces, moyens de fait et de droit nouveaux, c'est-à-dire survenus postérieurement au prononcé du jugement ou révélés postérieurement. De telles transformations seraient-elles compatibles avec le droit de recourir au juge prévu à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ? Une Recommandation R (95) 5 du 7 février 1995 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe suggère aux États d'instaurer des procédures de recours en matière civile et commerciale et de favoriser le réexamen en fait et en droit des affaires. Pour la Cour européenne, si le procès équitable prévu à l'article 6 § 1 de la Convention européenne n'inclut pas le droit de faire appel, si l'État organise un appel, cette procédure est alors soumise aux exigences du procès équitable.

La dernière réforme opérée par le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 n'a pas fondamentalement modifié la conception du Code de procédure civile : l'appel reste une voie d'achèvement du litige, avec néanmoins une approche plus maîtrisée et beaucoup plus contraignante pour les parties à de nombreux égards. Les textes procèdent à une redéfinition de l'effet dévolutif dans un sens plus restrictif. L'article 542 du C.P.C. prévoit que « *L'appel tend, par la critique du jugement rendu par une juridiction du premier degré, à sa réformation ou à son annulation par la cour d'appel* », et surtout l'article 562 du C.P.C. précise que : « *L'appel défère à la cour la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent. La dévolution ne s'opère pour le tout que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible* ». S'agissant de l'étendue de la voie d'achèvement du litige, l'article 561 du C.P.C. rappelle que « *L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel. Il est statué à nouveau en fait et en droit dans les cas et limites déterminés dans le présent code* » : certes, les prétentions nouvelles sont recevables dans les conditions prévues aux articles 564 et suivants du C.P.C., mais elles doivent être concentrées dans les premières conclusions à peine d'irrecevabilité (article 910-4 C.P.C.). Comme l'indique l'avis de l'avocat général, on peut parler de concentration « temporelle » ou « procédurale » des prétentions en appel. Il a été jugé récemment qu'une cour d'appel qui était saisie d'une demande additionnelle en liquidation de l'astreinte, n'a fait qu'exercer les pouvoirs qu'elle tient de l'effet dévolutif de l'appel tel que défini à l'article 566 du Code de procédure civile en l'examinant (Civ. 2^e, 28 juin 2018, n° 17-15.045 ; P+B), ou encore qu'est recevable la demande tendant à l'octroi de dommages et intérêts, formée par un architecte au titre de son préjudice personnel professionnel, parce qu'elle tend aux mêmes fins que les demandes visant la réparation des préjudices matériel et moral résultant du défaut de paiement de ses honoraires (Cass. civ. 3^e, 6 septembre 2018, n° 17-21.329, FS-P+B+I).

II. La sanction d'une déclaration d'appel incomplète

A. La nullité de la déclaration d'appel

Afin que les nouvelles limitations à l'effet dévolutif de l'appel trouvent une traduction procédurale, un nouveau contenu a été défini pour la déclaration d'appel dans la procédure avec

représentation obligatoire, à l'article 901 du Code de procédure civile. À peine de nullité, la déclaration d'appel doit mentionner l'indication des chefs du jugement expressément critiqués auxquels l'appel est limité, sauf si l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible. Pour faire face à une difficulté technique, le formulaire dématérialisé n'autorisant que 4 080 caractères, l'appelant doit, le cas échéant, joindre un fichier qui complète la déclaration d'appel quant aux chefs critiqués (mais ce fichier doit impérativement faire corps avec la déclaration d'appel, il ne peut pas être envoyé ultérieurement). Le décret du 6 mai 2017 a donc mis fin à l'appel général, sans interdire de critiquer la totalité des chefs du jugement !

La question de la sanction d'une absence totale d'indication des chefs critiqués s'est rapidement posée. L'article 901 du C.P.C. fait référence expresse à la nullité, et l'avis de la Cour de cassation conforte cette solution en précisant qu'il s'agit d'une nullité pour vice de forme. Il ne pouvait pas en être autrement, depuis que la chambre mixte de la Cour de cassation a précisé que la liste des cas de nullité pour vices de fond est limitativement énumérée à l'article 117 du C.P.C. (Ch. mixte, 7 juillet 2006, pourvoi n° 03-20.026, Bull. 2006, Ch. mixte, n° 6).

Le régime prévu par le Code de procédure civile au titre des exceptions de nullité pour vice de forme est donc applicable. L'intimé qui soulève la nullité de la déclaration d'appel devra prouver le grief que lui cause l'irrégularité (art. 114, al. 2, C.P.C.) : il s'agit d'une entrave à ses droits de la défense, puisqu'il est tenu dans l'ignorance des chefs du jugement sur lesquels il doit développer ses moyens. L'avis de l'avocat général soulève la question de l'appréciation du grief : faut-il considérer que le grief découle de l'irrégularité elle-même, comme c'est le cas pour l'omission de l'identité du demandeur ou du défendeur ? Dans un arrêt de la deuxième chambre civile du 28 janv. 2016 (Civ. 2^e, avis, n° 14-25.561), il était reproché à la cour d'appel de ne pas avoir vérifié *in concreto* si l'inexactitude de l'adresse dans les actes d'appel avait effectivement nui à l'exécution de l'ordonnance déferée, mais la Cour de cassation juge que la cour d'appel a souverainement retenu qu'il en était résulté un grief. Faut-il au contraire exiger de l'intimé la preuve en l'espèce de l'entrave à ses droits de la défense ? Il est évident que l'indication dans l'acte introductif d'instance des questions à discuter permet de garantir un contradictoire effectif dès le début de l'instance (art. 15 et 16 C.P.C.). Tout dépend de la portée que le jurisprudence entendra donner à la sanction : si l'atteinte aux droits de la défense est considérée comme une conséquence objective de l'omission d'indiquer les chefs du jugement attaqué, l'intimé aura plus de facilité pour obtenir l'annulation de la déclaration d'appel... Cette exigence n'est-elle pas également la manifestation d'un principe de loyauté qu'il est parfois question d'insérer dans les principes directeurs du procès ?

La nullité pour vice de forme doit être soulevée *in limine litis* (art. 74 C.P.C.) à peine d'irrecevabilité. L'intimé ne doit pas avoir conclu au fond ou soulevé une fin de non-recevoir préalablement. Comme il doit remettre à la cour ses conclusions au fond dans les délais prévus (art. 909 ou 905-2 C.P.C.), l'intimé est contraint de soulever d'abord la nullité de la déclaration d'appel en saisissant le conseiller de la mise en état de conclusions qui lui sont spécialement adressées, puis de remettre ses conclusions au fond en respectant le délai imparti.

L'acte nul pour vice de forme peut être régularisé (art. 115 C.P.C.), à condition qu'aucune forclusion ne soit intervenue. C'est ce que rappelle l'avis de la Cour de cassation qui ajoute qu'il faut refaire une seconde déclaration d'appel. Si cette solution a le mérite de respecter les dispositions légales, elle génère des difficultés concrètes en ce que le RPVA génère alors une 2^e instance et un nouveau numéro de rôle. La question se pose alors de savoir comment vont être comptés les délais prévus pour l'appelant pour accomplir les exigences procédurales : le délai de 3 mois pour conclure prévu à l'article 908 du C.P.C. court à compter de la 1^{re} déclaration d'appel, y compris dans la 2^e instance... (Civ. 2^e, 16 nov. 2017, n° 16-23796 : la 2^e déclaration d'appel ayant eu pour effet de régulariser la 1^{re}



déclaration affectée d'une erreur matérielle, le dépôt des conclusions fixé par l'art. 908 du C.P.C. avait commencé à courir à compter de la 1^{re} déclaration d'appel qui avait valablement saisi la cour d'appel...). La régularisation est limitée par la survenance d'une forclusion (art. 115 C.P.C.) : l'avis de la Cour de cassation impose donc qu'elle se réalise avant l'expiration du délai prévu pour conclure (art. 908 C.P.C., 905-2 C.P.C.). En effet, l'article 910-4 du C.P.C. édicte une forclusion qui fait obstacle à la régularisation : l'appelant doit concentrer dans ses premières conclusions toutes ses prétentions au fond à peine d'irrecevabilité.

Le conseiller de la mise en état a une compétence exclusive pour statuer sur l'exception de nullité (l'art. 907 C.P.C. renvoie à l'art. 771 C.P.C. qui vise les exceptions de procédure, dont la nullité). Peut-il la relever d'office ? La réponse est négative pour deux raisons. La 1^{re} est que l'annulation suppose la preuve d'un grief, ce qui relève de faits qui ne sont pas dans le débat si l'intimé n'a pas soulevé ce moyen. Or, le juge ne peut pas introduire dans le débat des faits qui n'y sont pas (art. 7 C.P.C.), même en sollicitant les observations des parties sur ce point. La 2^e raison est que pour les nullités pour vice de fond, il existe une disposition spéciale (art. 120 C.P.C.) qui délimite l'office du juge : on n'a aucun équivalent pour les vices de forme... Un arrêt de la 2^e chambre civile du 20 mars 2003 (n° 01-03218, publié au bulletin, II, n° 71 p. 62) qui statue dans une hypothèse similaire, à propos de la nullité d'un procès-verbal de l'article 659 du Code de procédure civile pour défaut de précision des diligences accomplies par l'huissier de justice pour rechercher le destinataire de l'acte, rappelle : « *mais attendu que, le juge n'ayant pas le pouvoir de relever d'office l'exception de procédure tirée de l'insuffisance des investigations portées par l'huissier de justice dans son acte, l'arrêt, qui ne méconnaît pas le droit à un accès effectif au tribunal, se trouve légalement justifié* ».

Les conséquences de l'annulation de la déclaration d'appel en l'absence de régularisation permettent de mesurer la portée de cette sanction. En effet, l'annulation ne prive pas l'appelant de son droit de former une 2^e déclaration d'appel. L'article 911-1 du C.P.C. qui instaure un principe de « concentration » des appels ne vise que la caducité et l'irrecevabilité de la déclaration d'appel, et non la nullité. En outre, l'article 2241 du Code civil conduit à maintenir l'effet interruptif de la forclusion résultant du délai d'appel attaché à une déclaration d'appel même annulée (Cass. civ. 2^e, 7 juin 2018 n° 17-16661 Publié au bulletin) : le délai d'un mois pour faire appel repart à compter de la dernière décision rendue sur l'annulation de la déclaration d'appel (arrêt de déferé contre l'ordonnance du conseiller de la mise en état par ex.).

Par exception, l'effet dévolutif a lieu pour le tout, sans qu'il soit besoin de mentionner les chefs du jugement critiqués, dès lors que

l'appel tend à l'annulation du jugement (Cass. civ. 2^e, 17 mai 2018, n°16-28.390 : P+B : « Vu l'article 562 du Code de procédure civile ; Attendu que la cour d'appel qui annule un jugement, pour un motif autre que l'irrégularité de l'acte introductif d'instance, est, en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, tenue de statuer sur le fond de l'affaire ») ou en cas d'indivisibilité (Cass. com., 28 mars 2018, n° 16-26453 Publié au bulletin, qui admet le lien d'indivisibilité existant en matière d'admission des créances entre le créancier, le débiteur et le liquidateur).

Le domaine de cette sanction pose question. En effet, l'article 901 du C.P.C. ne vise que la nullité de la « déclaration d'appel » relative à l'appel principal. Toute autre partie à l'instance d'appel peut former un appel incident ou provoqué, en respectant le délai qui lui est imparti. Comme cet appel incident ou provoqué est présenté sous forme de « conclusions » ou d'une « assignation », peut-on étendre la nullité aux conclusions d'appel incident (ou à l'assignation) qui n'indiqueraient pas les chefs du jugement critiqués ? Dans son avis, l'avocat général suggère que le principe d'égalité de traitement des appelants, principaux ou incidents, soit maintenu et que l'annulation soit étendue à tous ! L'article 114 alinéa 1^{er} du C.P.C. semble faire obstacle à cette extension : les cas de nullité pour vice de forme doivent résulter une disposition expresse, ce qui n'est pas le cas. À moins de considérer qu'il s'agit d'une « formalité substantielle ou d'ordre public », qui permettrait d'annuler les conclusions...

B. L'irrecevabilité de l'appel ?

La sanction d'une omission des chefs du jugement critiqués peut-elle consister en une irrecevabilité de l'appel ? Dans l'avis du 20 décembre 2017, la Cour de cassation précise « Par ailleurs, selon l'article 562, alinéa 1, du Code de procédure civile modifié, l'appel défère à la cour d'appel la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent. Il ne résulte de ce texte aucune fin de non-recevoir ». Pourtant, l'avis de l'avocat général se réfère aux premières interprétations de la Chancellerie qui tendent à consacrer une nouvelle forme d'irrecevabilité de l'appel qu'il qualifie d'« arme procédurale de destruction massive ». Il est vrai que la sanction de l'annulation ne se révélera pas toujours efficace : elle doit être soulevée par l'intimé, repose sur la preuve d'un grief, peut donner lieu à régularisation et, en tout état de

cause, n'empêche pas la formation d'une 2^e déclaration d'appel ! Au contraire, une irrecevabilité ne suppose pas la preuve d'un grief, peut être relevée d'office par le juge et ne maintient pas l'effet interruptif de la demande... Comme la liste des irrecevabilités prévue à l'article 122 du C.P.C. n'est pas limitative, la fin de non-recevoir pourrait être appliquée. Sa rigueur contribuerait à la réalisation des objectifs attendus : l'instauration d'une contradiction loyale dès le début de l'instance d'appel, une appréhension plus efficace de l'étendue de l'effet dévolutif pour la cour d'appel.

L'absence d'irrecevabilité voulue par l'avis de la Cour de cassation est justifiée par un souci de proportionnalité : le justiciable doit-il être privé définitivement de son accès à la cour d'appel parce que son avocat n'a pas renseigné la déclaration d'appel ? Il faut envisager la sanction en lien avec l'article 911-1 du C.P.C. qui a consacré le principe de concentration des appels (lorsque l'appel est déclaré irrecevable, l'appelant est irrecevable à en former un autre, même si le délai d'appel n'est pas expiré).

Mais ceci ne résout pas toutes les difficultés. En effet, dans l'hypothèse où une déclaration d'appel lacunaire n'est pas annulée (ce qui suppose que l'appelant n'a pas régularisé dans le délai 908 ou 905-2 C.P.C., que l'intimé ne soulève pas la nullité ou que le conseiller de la mise en état refuse l'annulation, estimant que l'intimé ne subit aucun grief), quelle sera l'étendue de l'effet dévolutif de l'appel, sachant que l'article 562 du C.P.C. prévoit que l'appel défère à la cour la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent ? Comment traiter une déclaration d'appel non annulée et recevable, mais qui ne saisit la cour d'appel... d'aucune prétention faute d'indiquer un chef de jugement critiqué (et qui ne peut pas être « régularisée » par les conclusions déposées dans le délai de l'article 908 C.P.C., puisque la Cour de cassation a précisé que seule une seconde déclaration d'appel peut régulariser la première) ? Certaines décisions de cours d'appel en ont logiquement tiré la conséquence que la cour d'appel ne peut pas statuer faute d'effet dévolutif, les conclusions ultérieures de l'appelant n'étant pas de nature à suppléer l'absence d'effet dévolutif résultant de la seule déclaration d'appel ! Il ne s'agit pas là d'une « irrecevabilité » mais d'une absence d'effet dévolutif qui ne peut être déclarée que par la cour (et non le conseiller de la mise en état). La Cour de cassation sera certainement saisie de cette question complexe !

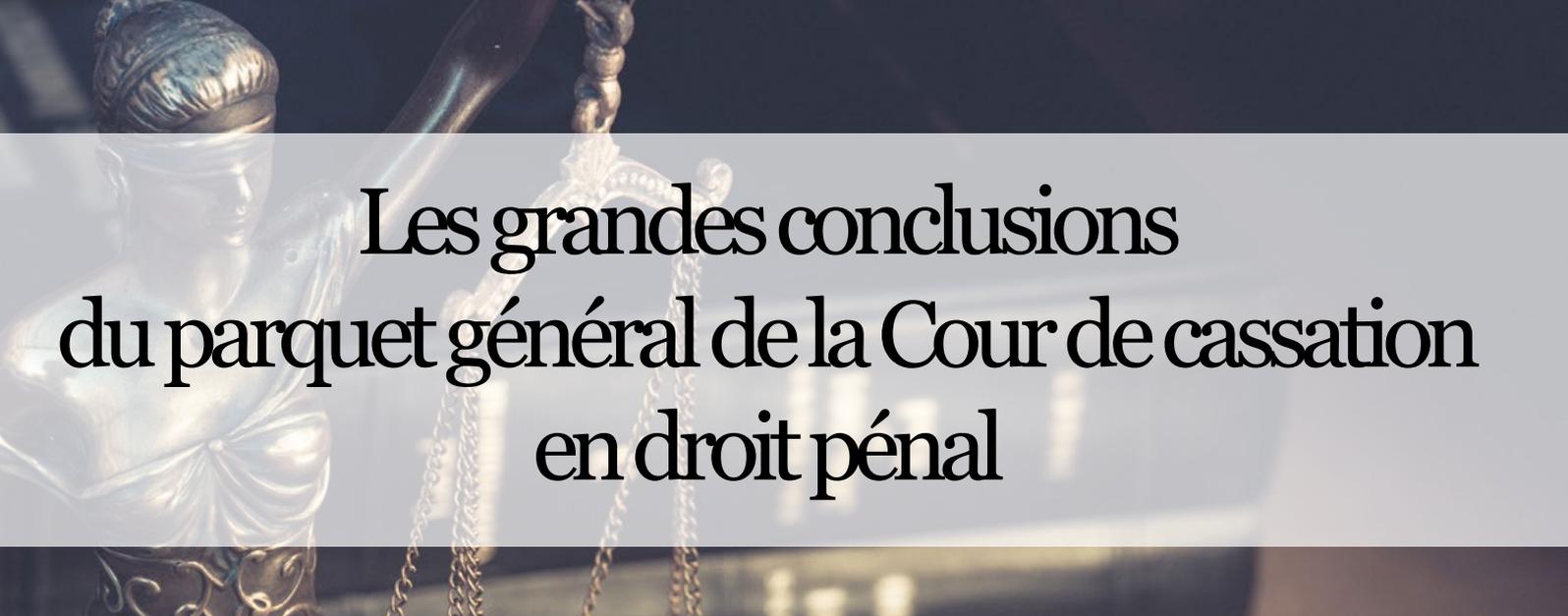


FORMULE 100 % NUMÉRIQUE

PDF + VISIONNEUSE EN LIGNE

99 €/AN

96,96 € HT



Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation en droit pénal

Les conditions de l'extradition

Edouard Verny,
Doyen honoraire de la faculté de droit de l'université Rennes I,
Professeur à l'université Paris II Panthéon-Assas

1) Monsieur Dominique Gaillardot est désormais Premier avocat général de la deuxième chambre civile.

2) CEDH, gr. ch., 17 mai 2010, Kononov c/ Lettonie.

3) CE, 24 mai 1985, Rec. CE 1985, n° 160.

Conclusions [extraits] de Monsieur l'avocat général Dominique Gaillardot (1) [...] 7^e à 9^e branche sous Cass. crim., 24 mai 2018, n° 17-86.340 : P+B+I : AJ pénal 2018, p. 472 ; D. 2018, p. 1480, note A. Gogorza ; AJDA 2018. 1446, note S. Roussel.

[...]

1^o/ L'arrêt fait une référence expresse au pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, après avoir souligné qu'il n'appartient pas aux autorités françaises d'apprécier les conditions dans lesquelles l'État requérant entend appliquer, dans son ordre juridique interne, les accords ou traités internationaux auxquels il est parti.

Ce pacte précise :

Article 7 : Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Article 9- 1 : Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi.

En cela la référence au pacte signé par l'Argentine dès le 19 février 1968, antérieurement donc aux faits pourrait suffire à caractériser l'interdit posé et satisfaire ainsi au respect du principe de légalité. Dès cette époque, le requérant ne pouvait ignorer les interdits fondamentaux posés par ce pacte auquel l'Argentine a adhéré.

Il pourra être cependant objecté que ce n'est que le 8 août 1986, soit postérieurement aux faits reprochés que l'Argentine a ratifié cet instrument.

Par cette référence au Pacte, la décision de la chambre de l'instruction de Versailles s'inscrit cependant dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui considère, comme précédemment rappelé, qu'une loi pénale ultérieure transposant la

norme internationale pour assurer la répression de l'infraction correspondante peut alors être appliquée à des faits commis avant son entrée en vigueur alors même que, comme c'est pratiquement toujours le cas, la norme internationale n'édicte aucune pénalité (2) .

2^o/ Mais c'est l'analyse même des pouvoirs de la chambre de l'instruction en matière d'extradition qui autorise me semble-t-il, la cour à considérer qu'il n'appartient pas aux autorités françaises de vérifier si les faits ont reçu de la part de l'État requérant une qualification juridique exacte.

L'exigence d'incrimination, telle qu'elle résulte du principe de légalité, ne doit en effet pas être confondue avec une appréciation de la qualification. Comme elle ne contrôle pas les charges, il n'appartient pas à la juridiction de l'État requis de contrôler le choix de qualification retenue par l'État requérant. C'est le sens de la décision du Conseil d'État, citée au rapport (3). C'est également l'argumentation retenue par l'arrêt critiqué.

L'essence du principe de légalité est de réaffirmer qu'une personne ne peut être condamnée sans que les faits commis soient incriminés.

Or, le crime contre l'humanité se définit à travers un certain nombre d'actes (prohibition de l'assassinat, de la torture, de l'enlèvement ou de la séquestration), qui sont eux-mêmes des infractions de droit commun et qui à ce titre figuraient dans le droit commun argentin.

L'auteur des faits poursuivis, à les supposer établis, ne pouvait ignorer qu'il enfreignait de telles dispositions expressément et précisément incriminées dans le droit argentin. Les faits, en tant que tels, et en dehors de toute appréciation sur la qualification possible, étaient expressément prohibés.

La seule obligation, telle que résultant du principe de légalité, est pour la chambre de l'instruction de s'assurer que les faits aient été incriminés, et de façon

suffisamment précises dans l'État requérant, en l'espèce que ce soit sous la qualification de crime contre l'humanité ou sur celle de torture et privation de liberté. La qualification à retenir est indifférente du moment que les faits trouvent leur équivalent en droit français, en l'espèce sous la qualification d'enlèvement, détention et séquestration.

La chambre de l'instruction n'ayant pas à se prononcer sur la qualification à retenir dans l'État requérant, il importe juste à la chambre de l'instruction de s'assurer que l'une des qualifications susceptibles d'être retenues figurait déjà dans le Code pénal argentin à cette époque. Il suffit, au regard des exigences de l'article 696-3 du Code de procédure pénale que les faits incriminés étaient punis d'une peine criminelle dans la législation de l'État requérant, et ce au moment de faits (4).

N'est-ce pas le sens à donner à une de vos récentes décisions ou, pour confirmer une décision de remise pour crime contre l'humanité, qui figurait certes dans la législation de l'État requérant, vous vous êtes assuré, pour écarter un moyen relatif à la prescription, que les crimes reprochés au demandeur étaient punissables à travers des infractions de droit commun (5). La seule constatation que le délit de privation de liberté figurait dans la législation argentine suffit dès lors à établir que les faits étaient incriminés et à fonder la décision de la chambre de l'instruction.

Dès lors les critiques relatives à la qualification de crime contre l'humanité sont inopérantes.

[...]

Sur les 11^e, 12^e et 13^e branches sur la prescription

[...]

A. La compétence de la chambre pour se prononcer sur la question de la prescription prête à interrogation

[...]

La Chambre criminelle a élargi son contrôle, faisant de cette question une condition essentielle de l'existence légale des arrêts rendus en matière d'extradition.

Vous jugez depuis un arrêt de 2006, ainsi, « qu'il appartenait à la chambre de l'instruction de vérifier au regard du droit de l'État requérant, si la prescription était acquise ou si elle avait été régulièrement interrompue » (6). Il appartient à la chambre de rechercher si les faits sont ou non prescrits. C'est également le sens de la cassation précédemment intervenue dans la présente affaire

B. Extrait des conclusions devant la chambre criminelle lors de la réouverture des débats

Par arrêt du 24 janvier 2018, la chambre criminelle a ordonné la réouverture des débats aux motifs « qu'il y a lieu, pour le cas où la chambre criminelle estimerait que l'article 696-3 du Code de procédure pénale, applicable en l'absence de convention d'extradition entre l'Argentine et la France, n'implique pas de contrôler la qualification juridique des faits dans l'État requérant, de s'interroger sur l'application de l'article 696-4, 5^o, dudit code, relatif à la prescription, s'agissant des faits qualifiés par l'État requérant de crimes contre l'humanité ».

L'arrêt critiqué relève qu'au regard du droit argentin, les faits sont imprescriptibles au regard de la qualification de crime contre l'humanité et se prescrivent « le jour où l'acte délictueux a pris fin » au regard de la qualification de torture et privation illégale de liberté.

La question telle que posée renvoie de nouveau au problème de qualification. Mais dans l'hypothèse où l'on admet que ce contrôle de qualification par l'État requérant ne vous appartient pas, peu importe que les faits soit qualifiés de crime contre l'humanité ou de séquestration suivie de torture et de meurtre, ce qui compte, c'est que pour au moins pour l'une de ces qualifications, la prescription ne soit pas acquise.

Elle ne l'est ni à l'égard de l'une des qualifications, ni à l'égard de l'autre.

1. L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, principe acquis en droit Français depuis le loi du 26 décembre 1964, l'est également en droit argentin au regard des principes fondamentaux tels qu'érigés par le droit international.

Il n'est pas indifférent de noter que l'article 15, al. 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politique de 1966 indique :

« Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. »

L'État requérant affirme que cette prescription n'est pas acquise au regard de son propre droit, se référant notamment aux instruments internationaux, au *jus cogens* et à la jurisprudence de sa Cour suprême.

Même s'il vous appartient de juger au regard du droit de l'État requérant si la prescription est acquise, je ne pense pas qu'il appartienne au juge français d'interpréter le droit argentin tel qu'interprété par ses propres juridictions. Ce serait une ingérence dans l'ordre juridique d'un État étranger qui n'a pas lieu d'être.

Au regard de la qualification de crime contre l'humanité, délit continu, la prescription ne saurait être acquise.

2. Elle l'est d'autant moins que ce crime contre l'humanité s'analyse également par des crimes de droit commun qui ne sauraient être prescrits

Dans le contexte argentin de l'époque, les faits de tortures suivies de mort sont indivisiblement liés aux faits de séquestration, qui en sont le préalable nécessaire. La référence à la notion de crime contre l'humanité est l'expression même de cette indivisibilité ; c'est une intention criminelle unique, un même dessin criminel qui anime les auteurs de tels faits.

C'est précisément cette indivisibilité que le droit français consacre également en réprimant dans un même article les faits de séquestration accompagnée de tortures ou de mort (art. 224-2 c. pén.).

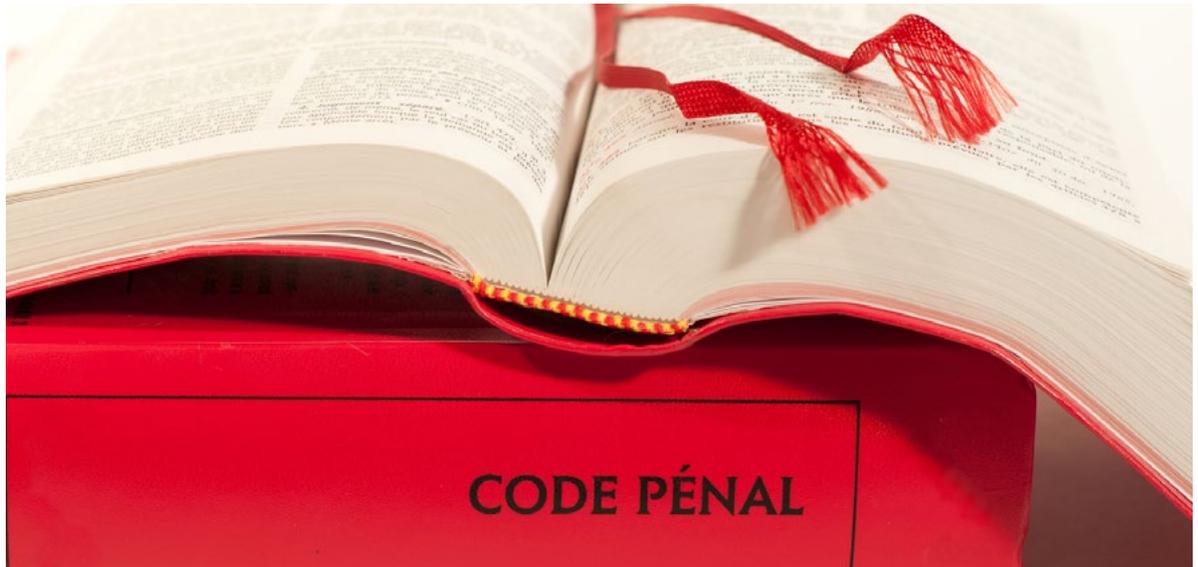
Le crime de détention et de séquestration est une infraction continue de privation de liberté dont la prescription ne commence à courir qu'à compter de la cessation de ce crime, c'est à dire à partir du jour où

4) Crim., 26 févr. 2014, n° 13-87.888.

5) Crim., 12 juill. 2016, n° 16-82.664.

6) Crim., 4 janv. 2006, n° 05-86.258 ; 23 sept. 2015, Bull. crim. n° 209 ; 17 février 2016, n° 15-87.179.

7) Crim., 13 déc. 2017, n° 17-83.330.



celui-ci a pris fin dans ses actes constitutifs et dans ses effets.

Selon l'article 17-1 de la Déclaration du 18 décembre 1992 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies : « *Tout acte conduisant à une disparition forcée continue d'être considéré comme un crime aussi longtemps que ses auteurs dissimulent le sort réservé à la personne disparue et le lieu où elle se trouve et que les faits n'ont pas été élucidés.* »

Pour sa part, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées adoptée à New York le 20 décembre 2006 édicte en son article 8, 1 que le délai de prescription de l'action pénale « *commence à courir lorsque cesse le crime de disparition forcée, compte tenu de son caractère continu* ».

Tant l'Argentine que la France, parties à cette convention, partagent la même analyse sur le caractère continu des crimes de disparition forcée.

La séquestration suivie de torture ou du meurtre ne sont que les instruments de la disparition forcée qui continue d'être considérée comme un crime aussi longtemps que ses auteurs dissimulent le sort réservé à la personne disparue.

C'est également le sens de votre jurisprudence qui affirme le caractère continu du délit de séquestration. C'est également l'opinion de la doctrine.

L'analyse de la chambre de l'instruction qui se réfère au caractère continu des infractions poursuivies rejoint ainsi directement les principes ainsi posés.

L'arrêt de cassation précédemment rendu dans cette affaire invitait la cour à s'expliquer sur la prolongation de la séquestration. La chambre de l'instruction a déduit des circonstances de l'espèce que la séquestration n'avait pas cessé. On ne saurait en effet présumer que l'infraction a nécessairement cessé de par la chute du régime dictatorial. Comme le relève l'arrêt, « *en l'absence de découverte d'Hernan A., vivant ou mort, il ne peut être affirmé que la détention ou séquestration arbitraire a cessé* ».

C'est là la stricte application des principes, tels qu'affirmés par le droit international.

Vous avez récemment jugé « *qu'en matière de recel de cadavre, le délai de prescription ne court qu'à compter*

du jour où la dissimulation a cessé (7) ». Je ne vois pas ce qui justifierait en matière de séquestration, délit reconnu comme continu par votre chambre, une analyse différente.

En l'espèce, et tant que la personne disparue n'a pas été retrouvée, l'infraction de séquestration et les infractions qui lui sont indivisiblement liées ne sauraient être considérées comme prescrites.

Tant que la personne disparue n'a pas été retrouvée et que les faits n'ont pas été élucidés, l'infraction, sous la qualification de crime contre l'humanité comme sous celle de séquestration, ne saurait être considérée comme prescrite.

N'exigeons pas de la junte qu'elle ait adhéré aux divers instruments internationaux contre les crimes contre l'humanité pour poursuivre des actes de séquestrations et de meurtres commis en son nom.

Le requérant, à le supposer coupable, ne pouvait ignorer ces interdits.

À partir du moment où rien ne permet de considérer que l'intéressé ne sera pas jugé selon les règles du procès-équitable, il me semble que quelle que soit la qualification visée, en tout état de cause, les crimes commis ne sont pas atteints par la prescription.

Cass. crim., 24 mai 2018, n° 17-86.340 : P+B+I [extraits] : D. 2018, somm., p. 1154 ; AJ Pénal 2018, p. 375, note C. Courtin.

[...]

Sur le moyen, pris en ses septième, huitième, et neuvième branches :

Attendu que, pour émettre un avis partiellement favorable à l'extradition de M. X..., demandée par la République d'Argentine, s'agissant des faits de crimes contre l'humanité qu'il aurait commis entre le 30 octobre 1976 et le 19 septembre 1979, l'arrêt retient qu'à défaut de texte dans le droit argentin réprimant cette catégorie d'infraction, la révision constitutionnelle de 1994 a introduit les instruments internationaux dans le bloc constitutionnel, que la coutume internationale tirée d'instruments internationaux tels que la Déclaration des Nations unies pour la protection des personnes contre les disparitions forcées, la Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes et le Statut de la Cour pénale internationale du 18 juillet

1998 autorise la répression de tels crimes, que la Cour Suprême de justice de la nation argentine a reconnu, dans un arrêt du 2 novembre 1995, que la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité reprenait une règle déjà en vigueur en fonction du droit international public basé sur la coutume, et en conséquence, d'application obligatoire par l'État argentin, que la jurisprudence argentine a donné la qualification de crimes contre l'humanité aux actes commis pendant la dernière dictature militaire ; que les juges ajoutent qu'il n'appartient pas aux autorités françaises, lorsqu'elles se prononcent sur une demande d'extradition, de vérifier si les faits pour lesquels l'extradition est demandée ont reçu, de la part des autorités de l'État requérant, une qualification juridique exacte au regard de la loi pénale de cet État ;

Attendu qu'en l'état de ces motifs, la chambre de l'instruction a justifié sa décision ;

Qu'en effet, s'il appartient aux juridictions françaises, lorsqu'elles se prononcent sur une demande d'extradition, de vérifier si les faits pour lesquels l'extradition est demandée étaient incriminés par l'État requérant au moment de leur commission, il ne leur appartient pas de vérifier si ces faits ont reçu, de la part des autorités de cet État, une exacte qualification juridique au regard de la loi pénale de ce dernier ;

D'où il suit que les griefs doivent être écartés ;

[...]

Sur le moyen, pris en ses onzième, douzième et treizième branches :

Attendu que, pour rejeter l'exception de prescription de l'action publique invoquée par l'avocat de M. X..., qui soutenait que le délai de dix ans prévu par l'article 7 du Code de procédure pénale était expiré à la date de la demande d'extradition, le 2 août 2012, l'arrêt énonce que M. C... n'est pas réapparu depuis la fin de l'année 1976, que son corps n'a pas non plus été retrouvé, que le sort qui lui a été réservé demeure encore inconnu à ce jour, qu'il ne peut être affirmé que sa détention ou séquestration arbitraire a cessé, et ce, quand bien même la dictature militaire a pris fin en Argentine en 1983 ; que, de même, il importe peu que M. X... ait quitté l'Argentine pour la France en 1985, qu'il suffit d'estimer plausible son implication dans la séquestration de M. C... qui a commencé lors de sa conduite dans les locaux de l'Esma immédiatement après son enlèvement à son domicile le 30 octobre 1976 ; que la fin de la séquestration de M. C. ne peut être fixée de manière arbitraire et théorique en 1983, époque à laquelle la dictature militaire a cessé en Argentine ; que, dans cette situation, la prescription de la séquestration dont il a été victime n'a pas commencé à courir, l'infraction n'ayant pas pris fin ;

Attendu qu'en l'état de ces motifs, et dès lors que la prescription des infractions continues ne court qu'à partir du jour où elles ont pris fin dans leurs actes constitutifs et dans leurs effets, et que ce point de départ, en l'état de la procédure, ne peut être déterminé, la chambre de l'instruction a satisfait aux conditions essentielles de son existence légale ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

Et attendu que l'arrêt a été rendu par une chambre de l'instruction compétente et composée conformément à la loi, et que la procédure est régulière ;

REJETTE le pourvoi.

OBSERVATIONS

Le gouvernement argentin demande en 2012 l'extradition d'un homme dans le cadre de poursuites exercées à son encontre pour tortures, tortures suivies de mort, privation illégale de liberté aggravée et crimes contre l'humanité. Ces poursuites visent des agissements imputés à l'intéressé au sein des forces de police lors de la dictature militaire ayant occupé le pouvoir en Argentine entre 1976 et 1983. Appréhendé en 2013, il déclare ne pas consentir à son extradition. Par un arrêt du 28 mai 2014, la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris émet un avis partiellement favorable à la demande d'extradition mais la chambre criminelle, le 18 février 2015, casse ledit arrêt et renvoie l'affaire devant la chambre de l'instruction de Versailles qui, par arrêt du 19 octobre 2017, émet aussi un avis partiellement favorable à la demande d'extradition. Le pourvoi formé contre cet arrêt est rejeté par la Cour de cassation par ce présent arrêt du 24 mai 2018.

Les six premières branches du moyen unique de cassation n'appellent pas d'observations particulières. La dixième branche conduit la Cour de cassation à se satisfaire des énonciations de la chambre de l'instruction selon lesquelles la crainte exprimée par la personne réclamée de ne pas bénéficier, de la part de la justice argentine, de la présomption d'innocence et d'un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme était dénuée de fondement.

Les autres branches s'avèrent d'un grand intérêt en ce qu'elles portent d'une part sur l'exigence de double incrimination (I) et d'autre part sur l'éventuelle prescription de la séquestration reprochée à la personne réclamée (II).

I. L'exigence de double incrimination

L'extradition comporte une exigence de double incrimination puisque les faits qui fondent la demande doivent être punis par l'État requérant et par l'État requis. Cette condition s'explique non seulement par la réciprocité qui fonde l'extradition mais aussi parce que l'entraide de l'État requis serait sinon un simple service diplomatique mais ne participerait plus à une coopération pénale (8). Plus précisément, aux termes de l'article 696-3 du Code de procédure pénale, les faits qui peuvent donner lieu à l'extradition, qu'il s'agisse de la demander ou de l'accorder, sont ceux punis de peines criminelles par la loi de l'État requérant ainsi que ceux punis de peines correctionnelles par la loi de l'État requérant, quand le maximum de la peine d'emprisonnement encourue, aux termes de cette loi, est égal ou supérieur à deux ans, ou, s'il s'agit d'un condamné, quand la peine prononcée par la juridiction de l'État requérant est égale ou supérieure à deux mois d'emprisonnement. En aucun cas l'extradition n'est accordée par le gouvernement français si le fait n'est pas puni par la loi française d'une peine criminelle ou correctionnelle.

Étaient visés, à l'encontre de la personne réclamée, des crimes contre l'humanité qui ont comme spécificité d'avoir émergé dans le droit international humanitaire avant d'être transposés dans les droits internes. C'est

8) D. Rebut, Droit pénal international, Dalloz, coll. « Précis », 2^e éd., 2015, n° 266.

9) La cassation de l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris avait précisément été justifiée par le fait que les juges s'étaient déterminés « *par des motifs hypothétiques, sans mieux s'expliquer sur la prolongation de la séquestration d'Hernan Y..., au-delà du renversement du régime dictatorial argentin en 1983, jusqu'à une date permettant d'écarter la prescription prévue par l'article 7 du Code de procédure pénale* » : Crim., 18 févr. 2015, n° 14-84.193.

10) Aux termes de l'art. 696-4, 5° c. pr. pén., l'extradition n'est pas accordée « *lorsque, d'après la loi de l'État requérant ou la loi française, la prescription de l'action s'est trouvée acquise antérieurement à la demande d'extradition* ».

11) D. Rebut, *op. cit.*, n° 284.

pourquoi, comme le rappellent les conclusions de l'avocat général, une loi pénale postérieure aux faits, de nature déclarative, peut transposer cette norme internationale, sans toutefois s'avérer rétroactive.

Surtout, si les juridictions françaises doivent vérifier que les faits étaient incriminés au moment de leur commission, il n'est pas de leur ressort de déterminer la qualification précise dans le droit pénal de l'État requérant.

Ainsi, comme le relève l'avocat général dans ses conclusions : « *L'exigence d'incrimination telle qu'elle résulte du principe de légalité ne doit en effet pas être confondue avec une appréciation de la qualification. Comme elle ne contrôle pas les charges, il n'appartient pas à la juridiction de l'État requis de contrôler la qualification retenue par l'État requérant* ». Puisque le crime contre l'humanité est fondé sur des actes systématiquement réprimés (assassinat, tortures, enlèvement, séquestration...), y compris naturellement en droit argentin au moment de leur commission, l'auteur de tels faits ne peut prétendre avoir pu ignorer qu'ils correspondaient à des crimes et délits et les juridictions françaises n'ont pas à vérifier, au-delà de cette nécessaire incrimination, l'exacte qualification pénale au regard de la loi de l'État requérant.

Si les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles, l'exigence d'absence de prescription, portée par l'article 696-4, 5° du Code de procédure pénale, s'avérait plus délicate pour le chef de séquestration.

II. L'exigence d'absence de prescription

Était aussi reproché à l'arrêt de la chambre de l'instruction de ne pas satisfaire aux conditions essentielles de son existence légale dans la mesure où était déduite la continuation du crime de séquestration de l'absence de découverte de la victime (vivante ou morte), sans expliquer comment la séquestration en Argentine d'un étudiant arrêté par un gouvernement totalitaire renversé en 1983 pourrait se poursuivre sous un gouvernement démocratique réclamant la punition de ceux ayant prêté aide et assistance au gouvernement

totalitaire (9). Il s'agissait donc de déterminer le point de départ du délai de prescription : à supposer qu'il avait commencé à courir au moment de la chute de la dictature, le délai de dix ans prévu par l'article 7 du Code de procédure pénale (jusqu'à la loi du 27 février 2017) était certes expiré lors de la demande d'extradition (10), en 2012. Mais la chambre de l'instruction avait relevé que la victime séquestrée n'était pas réapparue depuis la fin de l'année 1976, que son corps n'avait pas non plus été retrouvé, que le sort qui lui avait été réservé demeurait encore inconnu à ce jour, qu'il ne pouvait donc être affirmé que sa détention ou séquestration arbitraire avait cessé, et ce, quand bien même la dictature militaire avait pris fin en Argentine en 1983.

La Cour de cassation approuve ce raisonnement, « *dès lors que la prescription des infractions continues ne court qu'à partir du jour où elles ont pris fin dans leurs actes constitutifs et dans leurs effets, et que ce point de départ, en l'état de la procédure, ne peut être déterminé* ». Cette solution est conforme à l'avis exprimé par Monsieur l'avocat général Gaillardot. Elle s'explique dans le cadre d'une procédure d'extradition car les autorités françaises étaient dans l'incapacité de déterminer la fin de l'infraction et donc le point de départ du délai de prescription, d'autant que « *cette prise en compte de la prescription dans l'État requis a été vivement contestée en doctrine, laquelle ne lui trouve pas de justification comparable à celle de l'incrimination des faits par l'État requis. Il est certain que l'appréciation de la prescription présente une incertitude qui ne se retrouve pas dans celle de la double incrimination* » (11). Mais cette facilité pourrait difficilement être approuvée si des poursuites pour une infraction continue étaient exercées en France : les lacunes d'une enquête, et les doutes qui en résultent sur la fin de l'infraction, ne devraient pas aboutir à la neutralisation de la prescription. Il convient d'ailleurs de souligner la différence entre la formulation employée par la chambre de l'instruction et celle retenue par la Cour de cassation : tandis que l'arrêt attaqué avait considéré que la prescription de la séquestration n'avait « *pas commencé à courir, l'infraction n'ayant pas pris fin* », l'arrêt de rejet se contente de relever que « *ce point de départ, en l'état de la procédure, ne peut être déterminé* ».

Les articles de ce journal
sont protégés
par le droit d'auteur



www.cfcopies.com

01 44 07 47 70

Refus d'introduire la faute détachable devant les juridictions pénales

Sophie Schiller,
Professeur à Paris-Dauphine PSL,
Directrice du Centre de Recherche Droit Dauphine

Conclusions [Extraits] de Monsieur l'Avocat général Renaud Salomon sous Cass. crim., 5 avr. 2018, n° 16-87.669 : P+B.

[...]

Sur le moyen unique, pris en sa dernière branche :

Ce dernier grief retiendra davantage l'attention. Il porte sur la question – totalement inédite, à ce jour – de savoir si le juge d'appel statuant en matière pénale est tenu, lorsqu'il statue, après relaxe, sur les seuls intérêts civils, de relever à l'encontre du dirigeant, dont la responsabilité civile est mise en cause, une faute séparable au sens de la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation (2.).

La réponse à cette question (4.) suppose à titre préalable d'examiner les contours de cette faute séparable, à ce jour spécifique au droit des sociétés (1.).

Seront enfin envisagées les incidences d'une introduction éventuelle en droit pénal de la notion de faute détachable (3.).

1. Les contours de la faute séparable du dirigeant social, spécifique au droit des sociétés

1.1. La faute de service du droit administratif, dégagée depuis un célèbre arrêt du Tribunal des conflits du 30 juillet 1873 (1), a donné l'idée en droit des affaires que la société est normalement responsable à l'égard des tiers, sauf faute personnelle – « détachable » ou « séparable » – du dirigeant. Dans cette ligne, la jurisprudence a progressivement imaginé la notion de faute « détachable » ou « séparable », qui, seule, engage la responsabilité du dirigeant envers les tiers, et ceci, que la responsabilité de la société soit contractuelle (2) ou, comme dans l'affaire soumise ici à notre chambre, délictuelle (3).

Cette jurisprudence est l'expression d'une politique judiciaire qui est fondée sur l'idée consistant à délivrer le dirigeant d'une responsabilité étroitement liée à l'activité de l'entreprise.

Loin de remettre en cause cette jurisprudence des chambres civiles devant la chambre criminelle, il convient cependant de relever qu'elle a été critiquée par certains auteurs comme étant contraire à la lettre de l'article L. 224-251 du Code de commerce (4).

En effet, MM. Guyon et Buchberger soulignent que la notion de faute détachable « est jugée [praeter] legem, voire contra legem puisqu'elle conduit souvent à exonérer un dirigeant de toute responsabilité envers les tiers là où

les textes [fondant la responsabilité civile du dirigeant social] prévoient une telle responsabilité » (5)

Ces auteurs poursuivent « cette impression de condition contra legem est renforcée par le fait que l'exigence d'une faute séparable des fonctions a pour conséquence que le débat se concentre uniquement sur le caractère séparable ou non séparable de la faute, sans que le les juges ne se posent plus la question de savoir s'il s'agit d'une faute de gestion, d'une infraction aux dispositions légales ou réglementaires ou d'une violation des statuts. La faute séparable a donc bien remplacé les fautes qui étaient expressément prévues par le législateur » (6).

On le voit aisément, cette notion contra legem – ou pour le moins *praeter legem* – de faute détachable semble donc d'emblée s'opposer à sa transposition en droit pénal, tout entier dominé par un principe d'interprétation stricte de la loi pénale et par une obligation pour le juge d'apprécier la faute (intentionnelle ou non intentionnelle) du prévenu, laquelle serait ainsi éludée au profit de la caractérisation ou non d'une faute séparable.

La difficulté consiste à établir la ligne de partage entre les fautes séparables et celles qui ne le sont pas. La chambre commerciale l'a fait dans un arrêt de principe du 20 mai 2003 : il y a faute séparable « lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales » (7).

Cette formule, générale et abstraite par nature, a suscité les interrogations des interprètes : faut-il demander la réunion cumulative des trois éléments – faute, gravité et incompatibilité – ou les deux premiers éléments créent-ils naturellement l'incompatibilité avec les fonctions sociales ?

Il semble désormais qu'une seule interprétation soit possible, à la lumière d'un arrêt de la chambre commerciale rendu le 10 février 2009, qui a jugé expressément qu'un dirigeant pouvait commettre une faute séparable en agissant « dans les limites de ses attributions » (8).

1.2. Lorsque la faute du dirigeant social est pénale, la chambre commerciale a jugé qu'une telle faute intentionnelle constitue une faute séparable (9). Plus récemment et dans le même sens, elle a jugé que « le gérant d'une société à responsabilité limitée, qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice » (10).

Selon un auteur, que cite très opportunément Madame le conseiller rapporteur, la solution, adoptée par cet arrêt du 9 décembre 2014, « suscite une interrogation

1) Trib. conflits, 30 juill. 1873 : Grands arrêt de la jurisprudence administrative, n° 3, Dalloz.

2) Com., 8 mars et 4 mai 1982: *Rev. sociétés* 1983, p. 573, note Y. Guyon.

3) Com., 22 janv. 1991, n° 89-11.650 : *RJDA* 1992, comm. 14.

4) Ce texte dispose en effet très généralement que « les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ».

5) Y. Guyon et M. Buchberger, *Jel. Sociétés* Traité, Responsabilité civile des dirigeants, Fasc. 132-10, n° 50.

6) *Ibid.*

7) Com., 20 mai 2003, n° 99-17.092 : *Rev. sociétés* 2003, p. 479, note J.-F. Barbiéri.- Pour des illustrations postérieures v. : Com., 4 juill. 2006, n° 05-13930: *Bull. IV*, n° 166.- Com. 10 février 2009, n° 07-20.445: *Bull. IV*, n° 21.

8) Com., 10 févr. 2009, n° 07-20.445 : *Dr. sociétés* 2009, comm. 161, obs. D. Gallois-Cochet.

9) Com., 28 sept. 2010, n° 09-66.255 : *Bull. Joly* 2010, p. 976, note A. Couret.- La troisième chambre civile s'est engagée dans la même voie: Civ., 3^e, 11 janv. 2012, n° 10-20.633 : *Bull. Joly* 2012, p. 401, note B. Dondéro.

10) Com., 9 déc. 2014, n° 13-26.298.- Voir l'abondante doctrine sur cette question: Petit et Reinhard, *RTD Com* 1997, p. 282.- Métivet, Les articles 52, al. 1^{er}, et 244 de la loi du 24 juillet 1966 et la responsabilité du dirigeant social envers les tiers : Rapport Cour de cassation 1998, p. 111.- W. Ouisse, Critique d'une notion imprécise... : D.

affaires, 1999, p. 782.- J.-F. Barbiéri, Responsabilité des personnes morales ou responsabilité de ses dirigeants? La responsabilité personnelle à la dérive: Mélanges Guyon, *Dalloz* 2003, p. 41.- Nicolas, La notion de faute séparable: *Rev. sociétés* 2013, p. 535.

11) *Bull. Joly, Sociétés*, 1^{er} mars 2015, n° 3, p. 134.

12) M. Germain, *Traité de droit des sociétés commerciales, LGDJ*, 22^e éd., 2017, n° 2317.- Pour des applications: *Crim.*, 14 oct. 1991, n° 90-80.621: *Bull. crim.*, n° 337; *Rev. sociétés* 199é, p. 782, note B. Bouloc.- *Crim.*, 14 déc. 1999: *Bull. Joly* 2000, p. 736; *JCP* 2000,2, 10242.

13) *Com.*, 9 déc. 2014, n° 13-26.298

14) Certains auteurs ont pu parler à cet égard, empruntant à la notion de « responsabilité civile pour risque » – défendue au début du XX^e siècle par le Doyen Josseland – de « responsabilité pénale pour risque » du chef d'entreprise ».

15) M.-C. Sordino, *Droit pénal des affaires* 2013, n° 141.- R. Salomon et A. Martinel, *Droit pénal social [Droit pénal du travail et de la sécurité sociale]*, *Economica*, Corpus droit privé, 4^e éd., 2017, n° 1134.

16) Y. Guyon et M. Buchberger, *Jcl. Sociétés* *Traité, Responsabilité civile des dirigeants*, Fasc. 132-10, n° 55.

sur l'autonomie ou la dépendance de la faute pénale intentionnelle par rapport aux critères de la faute détachable [...]. La faute pénale intentionnelle est-elle une espèce du genre "faute détachable des fonctions", laquelle supposerait en toute hypothèse la caractérisation d'une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales? Ou constitue-t-elle un fait générateur autonome de faute détachable, laquelle rendrait sans objet pareille caractérisation? À s'en tenir au principe suivant lequel "la faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle (est) séparable comme telle de ses fonctions sociales", il semble que la thèse de l'autonomie prévale ici : la faute pénale intentionnelle est, "comme telle" donc par essence, séparable des fonctions du dirigeant ; partant, elle est source de responsabilité personnelle délictuelle du dirigeant, à la seule condition d'avoir causé un préjudice au tiers. La nature pénale de la faute présume en effet irréfragablement que le dirigeant est sorti de ses fonctions, quoiqu'il ait à l'évidence agi ou omis d'agir dans le cadre de son activité sociale : enfreindre intentionnellement la loi pénale ne saurait donc jamais relever des fonctions managériales. Morale et droit se rejoignent ici opportunément » (11).

1.-3. C'est sans doute pourquoi, guidée par de telles considérations doctrinales, la chambre criminelle – illustrant à nouveau sur ce point l'autonomie du droit pénal à l'égard des disciplines civilistes – s'est montrée, selon le professeur Michel Germain, « hostile à l'égard de la notion de faute séparable. La responsabilité civile du dirigeant social, coupable d'une infraction pénale, lui paraît aller de soi » (12).

Comme le font remarquer les auteurs du fascicule du Jurisclasseur, consacré à la responsabilité des dirigeants sociaux, « l'existence d'une faute séparable des fonctions n'est exigée que par les juridictions civiles. Ainsi, dès lors que le tiers victime d'agissements constitutifs d'une infraction pénale choisit d'agir devant les juridictions pénales, elle n'aura pas à démontrer l'existence d'une faute séparable des fonctions (*Cass. crim.*, 14 oct. 1991, n° 90-80.621 : *JurisData* n° 1991-003102 ; *Rev. sociétés* 1992, p. 782, note B. Bouloc. – *Cass. crim.*, 19 févr. 2003, n° 02-81.422 : *JurisData* n° 2003-018393 ; *Dr. pénal*, juill.-août 2003, p. 17, note J.-H. Robert. – *Cass. crim.*, 20 mai 2003, n° 02-84.307 : *JurisData* n° 2003-019361 ; *Bull. crim.* 2003, n° 101. – *Cass. crim.*, 26 janv. 2010, n° 09-81.864). De même, une sanction prononcée par la COB, devenue l'AMF, ne suppose pas la démonstration d'une faute séparable (*Cass. com.*, 31 mars 2004, n° 03-14.991 : *JurisData* n° 2004-023105 ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 131, obs. T. Bonneau ; *JCP E* 2004, 1510, n° 4, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; *Bull. Joly* 2004, p. 982, note G. Auzero) ».

La question est de savoir si on peut déduire a contrario de l'arrêt précité de la chambre commerciale du 9 décembre 2014 (13) (selon laquelle, est détachable la « faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales »), l'existence d'une faute non détachable, exonératoire de responsabilité pénale, en particulier lorsque le dirigeant social a commis une faute non intentionnelle.

Les principes généraux du droit pénal s'opposent à une telle introduction.

S'y oppose en premier lieu la lettre des textes de droit pénal général et de droit pénal spécial : en effet, à ce jour, aucun texte pénal n'opère de distinction entre faute détachable et faute non détachable. Afin d'éviter que des poursuites pénales trop systématiques ne soit engagées contre le dirigeant social, en cas notamment de risque diffus dans l'entreprise (14), a été consacrée en 1994 une responsabilité pénale des personnes morales, à l'origine dominée par le principe de spécialité, puis généralisée à toutes les infractions à la faveur de la loi Perben II n° 2004-204 du 9 mars 2004. En effet, en droit pénal du travail, comme plus généralement en droit pénal des affaires, la responsabilité pénale des dirigeants de sociétés personnes physiques n'a cessée d'être retenue par la jurisprudence au moyen de présomptions de fait, parfois difficiles à renverser pour le chef d'entreprise, ce qui apparaissait parfois contraire à la fois à l'équité et au principe de responsabilité pénale personnelle énoncé à l'article 121-1 du Code pénal (15).

En second lieu, l'esprit du droit pénal ensuite s'oppose à l'introduction en droit pénal du concept de faute détachable. En effet, comme le souligne la doctrine, « selon l'article 121-3 du Code pénal, les crimes sont toujours intentionnels, et les délits le sont en principe. Il existe cependant des délits qui ne requièrent pas une intention, mais une "faute qualifiée", en particulier les délits de mise en danger d'autrui ou d'imprudence (*C. pén.*, art. 121-3 al. 2 et 3), cette distinction entre les délits intentionnels et non intentionnels s'appliquant également aux délits sanctionnés par des textes extérieurs au Code pénal (*L. n° 92-1336*, 16 déc. 1992, art. 339). Le principe devrait être que, faute de précision, le délit est intentionnel (en ce sens, V. J.-Y. Maréchal, *JCl. Pénal Code*, art. 121-3, fasc. n° 20, spéc. n° 11) » (16).

2. Le juge d'appel est-il tenu, lorsqu'il statue, après relaxe du dirigeant social, sur les seuls intérêts civils, de relever à l'encontre de ce dirigeant, dont la responsabilité civile est mise en cause, une faute séparable ?

La réponse négative à cette question semble s'imposer déjà au regard de la jurisprudence précitée en note de bas de page n° 9, qui considère que le juge des intérêts civils n'a pas besoin de recourir à la notion de faute détachable ou séparable.

Elle semble également s'imposer au regard des règles relatives au droit de la partie civile d'obtenir réparation de la part du juge pénal, malgré le prononcé d'une relaxe.

2.1. L'émergence de ce droit de la partie civile d'obtenir indemnisation de la part du juge pénal malgré le prononcé d'une relaxe. Il résulte des dispositions combinées des articles 2 et 3 du Code de procédure pénale que la juridiction répressive n'a la possibilité de statuer sur l'action civile que lorsqu'elle est, en même temps, régulièrement saisie de l'action publique car sa compétence est exceptionnelle en ce qui concerne les intérêts civils.

C'est ainsi que, sous réserve des exceptions légales, prévues aux articles 372 et 470-1 du Code de procédure pénale, les juridictions correctionnelles demeurent, en tout état de cause, incompétentes pour statuer sur l'action civile lorsque, par le même jugement, elles relaxent le prévenu poursuivi du chef d'une infraction intentionnelle.



Pour autant, en vertu de l'article 497 du Code de procédure pénale, et indépendamment des pouvoirs du ministère public, la partie civile dispose d'un droit d'appel contre le jugement prononçant la relaxe, mais uniquement quant à ses intérêts civils.

2.2. L'évolution de ce droit reconnu à la partie civile. Comme l'a souligné le professeur Pradel, « pendant près de deux siècles, la chambre criminelle décidait que le juge d'appel ne pouvait satisfaire la partie civile qu'en reconnaissant l'infraction dont il devait donc rechercher les éléments matériels et intellectuels ».

En clair, le juge d'appel devait constater l'existence et la qualification de l'infraction. De très vieux arrêts décidaient déjà que la juridiction d'appel avait le droit et l'obligation « d'examiner les faits du procès, de reconnaître la vérité ou la fausseté des faits sur lesquels se fonde le dommage allégué, d'examiner toute la cause au point de vue des dommages-intérêts » (Cass. crim., 19 mai 1815 : S. 1815, 1, p. 55. - Cass. crim., 23 sept. 1837 : S. 1839, 1, p. 802. - Cass. crim., 30 janv. 1909 : S. 1912, 1, p. 233). (...) la cour d'appel dev[ait] faire apparaître l'infraction (Cass. crim., 10 juill. 1953 : Bull. crim. 1953, n° 255. - Cass. crim., 7 févr. 1956 : D. 1956, somm. p. 129. - Cass. crim., 18 juill. 1991, n° 90-85.886 : JurisData n°1991-002246 ; Bull. crim. 1991, n° 262 ; Rev. sc. crim. 1992, p. 115, obs. A. Braunschweig. - Cass. crim., nov. 2005, n° 05-84.826 : JurisData n° 2005-031120 ; Bull. crim. 2005, n° 302 ; D. 2006, p. 176 ; JCP G 2005, IV, 3733). À cette condition seulement, le juge d'appel pouvait accorder des dommages-intérêts à la partie civile (Cass. crim., 27 mai 1999, n° 98-82.978 : JurisData n° 1999-002292 ; Bull. crim. 1999, n° 109 ; Dr. pén. 2000, chron. 10, C. Marsat ; D. 2000, p. 120, note F. Saint-Jours. - Cass. crim., 18 janv. 2005, n° 04-85.078 : JurisData n° 2005-026864 ; Bull. crim. 2005, n° 18 ; AJP 2005, p. 201, obs. J. Leblois-Happe).

« Cette jurisprudence, liée à l'effet dévolutif de l'appel et à ses limites » a dû évoluer sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme :

Ainsi est née l'idée de ne plus évoquer l'infraction et de s'appuyer seulement sur la faute civile de l'ex-prévenu. Le point de départ du revirement doit être recherché dans un arrêt de la Cour EDH sans l'évocation duquel on comprendrait mal les arrêts de 2014. Dans son fameux arrêt n° 18851/07 (Lagardère c/ France, 12 avr. 2012 : JurisData n° 2012-033726 ; JCP G 2012, doctr. 724, obs. A. Dethomas), la Cour EDH, a condamné la France dont les juges avaient accordé des dommages-intérêts aux sociétés Matra et Hachette, sur la base d'un délit

d'abus de biens sociaux reproché à J.-L. Lagardère qui était décédé : plus précisément, la Cour EDH « ne saurait admettre que les juridictions pénales appelées à juger l'action civile se prononcent pour la toute première fois sur la culpabilité pénale d'un prévenu décédé » (§ 55). Il y avait donc atteinte à l'article 6, § 2, de la Convention EDH qui consacre la présomption d'innocence (D. 2012, p. 1 708, note J.-F. Renucci ; AJP 2012, p. 421, obs. S. Lauric ; Rev. sociétés 2012, p. 517, obs. H. Matsopoulou ; Rev. sc. crim. 2012, p. 695, obs. D. Roets ; Dr. pén. 2013, chron. 4, n° 23, obs. E. Dreyer ; A. Dethomas, préc. ; AJDA 2012, p. 1726, obs. B. Burgogue-Larsen).

2.3. L'arrêt Moutouchetty rendu, le 5 février 2014, par la chambre criminelle et ses suites.

Tirant les conséquences de ces deux condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, la chambre criminelle a jugé que saisi du seul appel d'un jugement de relaxe formé par la partie civile, le juge répressif ne peut rechercher si les faits qui lui sont déferés constituent une infraction pénale sans méconnaître le principe de la présomption d'innocence garanti par l'article 6, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme. L'autorité de la chose jugée ne s'attachant à aucune des dispositions du jugement entrepris, cet appel de la partie civile a pour effet de déferer à la juridiction du second degré l'action en réparation des conséquences dommageables qui peuvent résulter de la faute civile du prévenu définitivement relaxé, cette faute devant être démontrée à partir et dans la limite des faits, objet de la poursuite.

Par conséquent, si une personne relaxée en première instance peut effectivement, en appel, être reconnue civilement responsable sur le seul recours de la partie civile, c'est à la condition que la faute civile, établie par les seconds juges, découle de faits entrant dans les prévisions de l'infraction poursuivie, mais non qualifiée. La faute civile doit donc correspondre exactement aux éléments constitutifs de l'infraction, dans ses dimensions tant matérielle que morale.

Comme relève Madame le conseiller rapporteur, « l'examen de la jurisprudence de notre chambre, depuis l'arrêt du 5 février 2014 précité, montre qu'elle est attentive à rester dans l'épure des éléments constitutifs de l'infraction dont les juges étaient initialement saisis.

Ainsi, elle casse les arrêts qui caractérisent une faute distincte des faits visés à la prévention (Crim. 10 mai 2017, n° 15-86906 ; 19 mai 2016, n° 15-81491, B. n° 152) ou qui visent une période non visée à la prévention (Crim. 13 novembre 2015, n° 14-80844, B. n° 237).

17) Wester-Ouisse, Le sort de la victime en cas de relaxe : quelle faute civile ? : *D.* 2016, p. 2018.

18) C. civ., art. 1850.

19) v. notamment C. com., art. L. 225-251, s'agissant des dirigeants de sociétés anonymes. C. com., art. L. 223-22, s'agissant des dirigeants de SARL.

20) Dossier n° 16-83.961, au rapport de M. le Conseiller Talabardon et conclusions de M. le Premier avocat général Cordier.

21) A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, Droit pénal des affaires, *LexisNexis*, 5^e éd., 2018, n° 775.- Cass. crim., 4 févr. 1985, aff. Rozenblum : *Bull. crim.* 1985, n° 54 ; *JCP G* 1986, I, 20585, note W. Jeandidier ; *D.* 1985, p. 478, note D. Ohl ; *Rev. sociétés* 1985, p. 688, note B. Bouloc. – Cass. crim., 20 mars 2007 : *Rev. sociétés* 2007, p. 590, note B. Bouloc. – C. Freyria, De l'abus des biens et du crédit en groupe de sociétés : *JCP E* 1993, I, n° 247. – M.-E. Boursier, Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité : *Rev. sociétés* 2005, p. 273. – F. Stasiak, Groupe de sociétés et responsabilité pénale : de l'esquisse à l'esquisse : *Dr. sociétés* juin 2017, p. 36.

22) J. Pradel et A. Varinard, Les grands arrêts du droit pénal général, *Dalloz*, 9^e éd., 2014, p. 583.

23) J.-F. Seuvic, Responsabilité pénale des personnes morales, *Rev. sc. crim.* 2003, p. 827. – M. Véron, Loi Perben II : remarques sur les dispositions relatives au droit pénal général, *Dr. pén.* 2004, Étude 5. – M.-C. Sordino, La disparition du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales : une fin espérée... adoptée dans la plus grande discrétion : *Gaz. Pal.*, 9 au 10 sept. 2004, n° spécial, Actualités de droit pénal des affaires, p. 13 et s. – E. Pire Responsabilité pénale des personnes morales : difficultés de droit transitoire : *D.* 2004, p. 1 650.

24) Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87.212 : *Bull. crim.*, n° 202 : *Dr. pén.* 2011, comm. 149, obs. M. Véron ; *JCP E*, 1925, note J.-F. Césaro ;

À l'inverse, elle rejette le pourvoi formé contre l'arrêt qui, même s'il retient que les faits sont constitutifs d'une infraction pénale alors que le prévenu a été relaxé définitivement de ce chef, caractérise les agissements constitutifs d'une faute civile démontrée à partir et dans la limite des faits objets de la poursuite qui ont entraîné un préjudice pour la partie civile (*Crim.* 6 mai 2014, n° 12-87162 ; 13 janvier 2016, n° 14-87045 ; 7 janvier 2015, n° 13-87947 ; 3 juin 2015, n° 14-82082) ».

Le particularisme de cette faute, relevée par le juge des intérêts civils à l'encontre d'un prévenu, relaxé sur l'action publique, est particulièrement mis en exergue par la doctrine. Ainsi, Madame Wester-Ouisse, après avoir souligné « l'omnipotence du texte d'incrimination », fait justement remarquer que « si, concernant les conditions de responsabilité et d'indemnisation (le droit substantiel), les règles de la responsabilité civile devraient toujours être respectées, ce sont bel et bien les règles de la procédure pénale qui s'imposent, tant que l'action publique n'est pas close, et même parfois au-delà. Ces règles peuvent tantôt être défavorables aux victimes, tantôt les avantager. »

Il en est ainsi de la prescription, plus courte en procédure pénale, l'article 10 du Code de procédure pénale précisant que « lorsque l'action civile est exercée devant une juridiction répressive, elle se prescrit selon les règles de l'action publique.

Il en est de même des règles de preuve [...] »(17).

La relaxe, prononcée par le juge pénal de première instance, ne doit pas conduire à occulter le fait que l'appel sur les seuls intérêts civils par le victime reste régi par l'article 2 du Code de procédure pénale, et non par les dispositions du droit commun (18) ou du droit spécial des sociétés (19) relatives à la responsabilité civile du dirigeant social. Il s'ensuit que le particularisme de ce dossier, par rapport au dossier voisin (20), soumis ce même jour à la chambre criminelle, n'a pas vocation à modifier mon appréciation consistant à écarter en droit pénal la notion de faute détachable.

3. En définitive, l'introduction de la notion de faute détachable en droit pénal conduirait à bouleverser totalement les règles textuelles et prétoriennes du droit pénal.

3.1. En premier lieu, en droit pénal général, le prévenu peut invoquer des causes d'exonération de responsabilité, prévues en principe par la loi seule, aux articles 122-1 à 122-8 du Code pénal : la contrainte (C. pén., art. 122-2) l'erreur de droit (C. pén., art. 122-3), l'ordre de la loi (C. pén., art. 122-4), le commandement de l'autorité légitime (C. pén., art. 122-4) ou encore, l'état de nécessité (C. pén., art. 122-4).

Il est vrai qu'à titre exceptionnel, certaines causes d'irresponsabilité pénale ont pu être forgées, en marge de la loi, par la jurisprudence. Tel est notamment le cas du fait justificatif, tiré de l'intérêt de groupe, que le dirigeant social peut opposer en cas de poursuites du chef d'abus de biens sociaux (21)

Il n'en demeure pas moins que l'introduction de la faute non détachable parmi les causes d'exonération de responsabilité pénale générerait des « effets dominos » considérables.

Une telle solution conduirait le juge pénal à devoir revisiter l'ensemble des infractions du droit pénal

pour vérifier, au cas par cas, selon une démarche très casuistique, si telle infraction relève ou non d'une faute détachable de l'exercice des fonctions de dirigeant social.

Une telle introduction de la faute détachable serait en outre à l'origine d'une rupture de l'égalité des justiciables devant la loi, conduisant à l'inconstitutionnalité d'une telle solution prétorienne :

- en effet, un dirigeant social, poursuivi du chef d'infractions au droit pénal des sociétés commerciales (abus de biens sociaux, présentation ou publication de comptes infidèles, répartition de dividendes fictifs, pourrait exciper d'une faute non détachable, alors que le salarié ou le professionnel du chiffre, poursuivi en tant que complice de ces mêmes infractions, ne pourrait se réfugier utilement derrière l'écran de la personnalité morale pour échapper à sa responsabilité pénale ;
- une même rupture de l'égalité devant la loi existerait entre le prévenu, poursuivi en tant que dirigeant d'une personne morale, et le prévenu, poursuivi en tant qu'exploitant d'une entreprise individuelle, ne pouvant jamais se prévaloir d'une faute détachable.

3.2. Par ailleurs, l'introduction en droit pénal de la notion de faute détachable bouleverserait complètement le régime de la responsabilité pénale de la personne morale à deux titres au moins.

3.2.1. Comme le relèvent MM. Pradel et Varinard dans les grands arrêts du droit pénal général, « dès lors que la commission de l'infraction par une personne physique est en quelque sorte le préalable à la responsabilité pénale de la personne morale, toute cause de non responsabilité du substratum humain entraîne l'irresponsabilité de l'être moral » (22).

Introduire la notion de faute détachable conduirait à réduire notablement le champ d'application de la responsabilité de la personne morale, en contrariété avec l'esprit du législateur.

En effet, depuis la suppression, par la loi Perben II n° 2004-204 du 9 mars 2004 du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales qu'avait consacré le Code pénal de 1992, ces dernières peuvent se voir imputer toute infraction pénale, quelle que soit leur nature – crime, délit ou contravention – et quelle que soit sa source (23).

Par conséquent, la responsabilité pénale de la personne physique et de la personne morale peut, en l'état du droit positif, être alternativement ou cumulativement recherchée à raison de la même infraction.

L'application de la théorie de la faute détachable en droit pénal conduirait à aller à l'encontre de l'esprit de la loi précitée du 9 mars 2004, en dissociant à nouveau la responsabilité de la personne morale et celle de son dirigeant.

3.2.2. Introduire la notion de faute détachable en droit pénal aboutirait à rendre à nouveau la responsabilité pénale de la personne morale difficilement intelligible pour le juge pénal.

On sait que les arrêts rendus par la chambre criminelle, les 11 octobre 2011 et 11 avril 2012, et abondamment commentés (24), ont donné un net coup d'arrêt à l'interprétation laxiste – issue de l'arrêt Sollac – de la

notion d' « organe ou de représentant... » au sens de l'article 121-2 du Code pénal, ainsi qu'en témoignent plusieurs arrêts rendus par la chambre criminelle, en formation restreinte (25).

Cette clarification semble être tout juste assimilée par les juges du fond, décontenancés pendant longtemps par la coexistence de deux courants prétoriens ayant parcouru la chambre criminelle.

La solution préconisée par le demandeur au pourvoi conduirait à rendre à nouveau très complexe le droit de la responsabilité pénale de la personne morale : en effet, en cas d'identification de l'organe ou du représentant ayant agi pour le compte de la personne morale, il conviendrait alors de distinguer selon que cet organe ou représentant a commis ou non une faute séparable de l'exercice de ses fonctions.

Les impératifs de sécurité et de clarté juridiques s'opposent donc fermement à l'introduction en droit pénal de la notion de faute détachable du dirigeant social poursuivi.

4. En considération de l'ensemble de ces éléments, il est possible à la chambre criminelle d'affirmer que le juge pénal n'est pas tenu, lorsqu'il statue, après relaxe, sur les seuls intérêts civils, de relever à l'encontre du dirigeant dont la responsabilité civile est recherchée, une faute « séparable » ou « détachable ».

4.1. Dans l'espèce soumise ici à la chambre criminelle, est donc inopérant le quatrième grief du moyen unique de cassation, reprochant à la cour d'appel de s'être abstenue de caractériser le caractère séparable de la faute de M. G..., dirigeant social, et de dire en quoi celle-ci était d'une gravité particulière incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales.

4.2. À titre subsidiaire, quand bien même la chambre exigerait – à l'instar des formations civilistes de la Cour de cassation – la démonstration de la part du juge du fond d'une faute séparable ou détachable de l'exercice de ses fonctions, il apparaît possible de sauver l'arrêt. En effet, pour déclarer bien-fondée la demande de la société D..., partie civile, à l'encontre de Monsieur G..., en sa qualité de dirigeant de la société P..., à l'époque des faits, l'arrêt attaqué retient :

« *Considérant que la demande est dirigée contre M. G... qui ne fait pas lui-même l'objet d'une procédure collective de sorte qu'il ne peut, sinon à tort, invoquer les dispositions sur le dessaisissement du débiteur, en l'espèce la société P..., qui ne s'appliquent pas à l'action en responsabilité engagée contre lui ;*

Considérant de même, que le fait que D... possède un titre contre la société P... n'interdit pas l'action personnelle contre le gérant, lequel ne peut invoquer, sinon à tort, l'autorité de chose jugée des décisions du président du tribunal de commerce et du juge commissaire qui ne concernent pas les mêmes parties ;

Considérant que la recevabilité de l'action personnelle engagée par D... contre Monsieur G... gérant de la société P... pour ces faits antérieurs à l'ouverture de la procédure collective est subordonnée à l'existence d'un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers résultant d'une faute du dirigeant, séparable de ses fonctions ;

Considérant, pour l'analyse de la faute séparable de ses fonctions, que, contrairement à ce que Monsieur G... soutient peu sérieusement, le contrat "D... Crédit" ne comportait pas des dispositions incohérentes, que les clauses du contrat ne permettaient pas, en effet, une interprétation autre que celle qui a été rappelée ci-dessus ; qu'au surplus, les factures adressées par D... et reçues par P... comportaient apposée en bas au recto une mention rédigée en caractères parfaitement apparents selon laquelle "Le véhicule facturé fait l'objet d'une réserve de propriété totale en faveur de D... SA jusqu'à complet paiement de la présente facture," ; qu'enfin, en établissant, comme l'ont révélé les débats devant le tribunal correctionnel, un certificat de cession aux acquéreurs personnes physiques qui faisait état d'un numéro d'immatriculation qui n'existait pas ou était celui d'un autre véhicule sans rapport avec ces ventes, Monsieur G... a démontré, par cet artifice, qu'il connaissait parfaitement l'existence de la clause de réserve de propriété qui interdisait de vendre les véhicules neufs aussi longtemps que le prix n'en était pas intégralement payé à D... ; qu'il a commis une faute séparable de ses fonctions de représentant de la société P... et a engagé sa responsabilité personnelle. »

En l'état de ces énonciations qui font ressortir que le prévenu a commis une faute d'une gravité particulière, incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales, constitutive d'une faute détachable de l'exercice de ses fonctions, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

Le quatrième grief, inopérant, est en toute hypothèse non fondé.

En considération de l'ensemble de ces éléments, je conclus au rejet du pourvoi.

Cass. Crim., 5 avr. 2018, n° 16-87.669:P+B

Statuant sur le pourvoi formé par :

- M. Thierry G...,

contre l'arrêt de la cour d'appel de Rennes, 12^e chambre, en date du 9 décembre 2016, qui, dans la procédure suivie contre lui du chef d'abus de confiance, a prononcé sur les intérêts civils ;

La COUR, statuant après débats en l'audience publique du 15 février 2018 où étaient présents : M. Soulard, président, Mme Planchon, conseiller rapporteur, MM. Pers, Straehli, Mme Dreifuss-Netter, MM. Castel, Fossier, Moreau, Steinmann, Mme de la Lance, M. Germain, Mmes Draï, Durin-Karsenty, Schneider, MM. Bellenger, Cathala, de Larosière de Champfeu, Larmanjat, Ricard, Parlos, Mme Zerbib, MM. Stephan, Bonnal, d'Huy, Lavielle, Wyon, Guéry, Mme Ménotti, conseillers de la chambre, Mme Harel-Dutirou, M. Laurent, Mmes Chauchis, Carbonaro, MM. Barbier, Talabardon, Béghin, Mmes Guého, Pichon, M. Ascensi, Mme Fouquet, conseillers référendaires ;

Avocat général : M. Salomon ;

Greffier de chambre : Mme Hervé ;

Sur le rapport de Mme le conseiller Planchon, les observations de la société civile professionnelle Boré, Salve de Bruneton et Mégret, de Me Bouthors, avocats en la Cour, et les conclusions de M. l'avocat général Cordier, les avocats des parties ayant eu la parole en dernier ;

Vu les mémoires produits, en demande et en défense ;

Dr. soc. 2012, p. 727, note R. Salomon; *RJDA* n° 1/12, n° 54 ; *RJS* 1/12, n° 93.- *Cass. crim.*, 11 avr. 2012, n° 10-86.974; *Bull. crim.*, n° 94. *D.* 2012, p. 1 129; *Ibid.*, p. 1 381, note J.-C. Saint-Pau; *Ibid* 2012, p. 1698, note C. Mascala ; *Dr. social* 2012, p. 727, note R. Salomon ; *JCP G* 2012, n° 740, p. 1 217, note J.-H. Robert; *JCP S* 2012, n° 1269, note Brissy; *Procédures*, 2012, comm. 191, obs. Chavent-Leclère ; *Gaz. Pal.*, 20-21 juin 2012, p. 5, note Hervet et Benouniche; *RJS*, n° 7/12, *Etudes et doctrine*, p. 515, note A. Coeuret et F. Duquesne ; *RJS* 7/12, n° 668. 25) *Cass. crim.*, 15 mai 2012, n° 11683.301.- *Cass. crim.*, 12 juin 2012, n° 11-87.866.- *Cass. crim.*, 26 juin 2012, n° 11-87.866.- *Cass. crim.*, 15 déc. 2015, n° 15-80.965.- *Cass. crim.*, 30 mars 2016, n° 14-84.994.- *Cass. crim.*, 12 avr. 2016, n° 15-81.556.- *Cass. crim.*, 15 nov. 2016, n° 15-84.509 et n° 15-86.465.- *Cass. crim.*, 28 mars 2017, n° 15-82.305.- *Cass. crim.*, 11 juill. 2017, n° 16-83.415 ; *RJS* 10/17, n° 719.- *Crim.*, 17 oct. 2017, n° 16-87.249, P+B ; *RJS* 12/17.- *Dr. social* févr. 2018, note R. Salomon.- *Crim.*, 9 janv. 2018, n° 16-87.138 ; *RJS* 3/18.- Sur cette tendance, v. l'étude de J.-H. Robert, *Lenteurs du retour à l'orthodoxie des conditions de la responsabilité pénale des personnes morales* ; *JPC E*, 1697.

Sur le moyen unique de cassation, pris de la violation des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 314-1 du Code pénal, 1382 du Code civil, préliminaire, 2, 388, 512, 515, 591 et 593 du Code de procédure pénale ;

« en ce que l'arrêt a déclaré recevable la demande de la société D... contre M. G..., a condamné M. G... à payer à la société D... les sommes de 53 477,43 euros et de 5 000 euros à titre de dommages-intérêts ainsi que la somme de 2 500 euros au titre des frais irrépétibles ;

« aux motifs que, comme le rappelle avec raison la Selarl EMJ, en l'absence d'appel des dispositions pénales du jugement, M. G... et la société P... sont définitivement relaxés des faits d'abus de confiance et la cour n'a pas à se prononcer sur une telle qualification ; qu'en revanche, il lui appartient de vérifier si dans les limites de la prévention, les faits reprochés à la société P... et à M. G..., son gérant, constituent ou non une faute civile ; que le contrat « D... Crédit » n° C01959 signé par D... et P... précise en son article 6 : « tous les véhicules neufs (VN) facturés au garagiste dans le cadre de la ligne de crédit (LDC) du présent contrat bénéficient jusqu'à leur paiement intégral à la société D... par le garagiste d'une réserve de propriété en faveur de D... acceptée et reconnue par le garagiste. Cette réserve de propriété est clairement indiquée sur toutes les factures émises par D... Le garagiste s'engage de manière ferme et irrévocable à ne pas immatriculer ni livrer le client final le VN facturé avant la réception du paiement de la facture par D..., paiement dont la réception par D... entraîne automatiquement suppression de la réserve de propriété en faveur de D... Le garagiste déclare reconnaître d'ores et déjà cette réserve de propriété en faveur de D... sans aucune réserve et s'engage en cas de non-paiement de sa part entraînant une récupération forcée du VN par D... à totalement collaborer avec les représentants de D... pour la restitution de VN, en y donnant librement accès et en remettant sans résistance le VN et les clés sur demande des représentants désignés de D... » ; que ce texte dont les termes ne donnent pas lieu à interprétation en raison de leur clarté précise que D... reste propriétaire du véhicule neuf (VN) jusqu'à son paiement complet ; que d'ailleurs, l'article 5 ne dit rien d'autre dans le deuxième alinéa de cet article en précisant ; « à l'émission de la facture le garagiste devient propriétaire du VN facturé, D... bénéficiant néanmoins d'une réserve de propriété reconnue par le garagiste (selon l'article 6 ci-dessous) qui reste en vigueur jusqu'au paiement intégral par le garagiste de la facture émise par D... » ; que les véhicules neufs ont été livrés à P... et que leur prix n'a pas été réglé dans leur intégralité à la société D..., que celle-ci en est donc restée propriétaire ; [...] ; que la demande est dirigée contre M. G... qui ne fait pas lui-même l'objet d'une procédure collective de sorte qu'il ne peut, sinon à tort, invoquer les dispositions sur le dessaisissement du débiteur, en l'espèce la société P..., qui ne s'appliquent pas à l'action en responsabilité engagée contre lui, que de même, le fait que D... possède un titre contre la société P... n'interdit pas l'action personnelle contre le gérant, lequel ne peut invoquer, sinon à tort, l'autorité de chose jugée des décisions du président du tribunal de commerce et du juge commissaire qui ne concernent pas les mêmes parties ; que la recevabilité de l'action

personnelle engagée par D... contre M. G... gérant de la société P... pour ces faits antérieurs à l'ouverture de la procédure collective est subordonnée à l'existence d'un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers résultant d'une faute du dirigeant, séparable de ses fonctions ; que pour l'analyse de la faute séparable de ses fonctions, contrairement à ce que M. G... soutient peu sérieusement, le contrat D... Crédit ne comportait pas des dispositions incohérentes, que les clauses du contrat ne permettaient pas, en effet, une interprétation autre que celle qui a été rappelée ci-dessus ; qu'au surplus, les factures adressées par D... et reçues par P... comportaient apposée en bas au recto une mention rédigée en caractère parfaitement apparents selon laquelle « le véhicule facturé fait l'objet d'une réserve de propriété totale en faveur de D... SA jusqu'au complet paiement de la présente facture » ; qu'enfin, en établissant, comme l'ont révélé les débats devant le tribunal correctionnel, un certificat de cession aux acquéreurs personnes physiques qui faisait état d'un numéro d'immatriculation qui n'existait pas ou était celui d'un autre véhicule sans rapport avec ces ventes, M. G... a démontré, par cet artifice, qu'il connaissait parfaitement l'existence de la clause de réserve de propriété qui interdisait de vendre des véhicules neufs aussi longtemps que le prix n'en était pas intégralement payé à la D... ; qu'il a commis une faute séparable de ses fonctions de représentant de la société P... et a engagé sa responsabilité personnelle ; que D... expose que son préjudice résulte de l'impossibilité d'obtenir restitution des trois véhicules, qui doit être indemnisé par une somme équivalant au prix des trois véhicules, qu'elle subit également un préjudice d'image, lorsque pour avoir exercé son droit de rétention sur les cartes grises, elle a été menacée par l'association nationale de défense des consommateurs et usagers d'une procédure, ce qui l'a obligé à remettre la carte grise du véhicule Audi, qu'après appel de la gendarmerie, elle a dû remettre la carte grise du véhicule Nissan, que son fournisseur de véhicules lui a fait des remarques ; qu'en effet, l'impossibilité d'obtenir la restitution des trois véhicules constitue pour D... un préjudice distinct de celui des créanciers de la procédure à qui elle profite, que par ailleurs, les remarques et invitations pressantes qui lui ont été faites rapportent nécessairement l'existence d'un préjudice d'image dont la faute du dirigeant est à l'origine, qu'il sera fait droit à ses demandes de dommages et intérêts et qu'il lui sera alloué les sommes de 53 477,43 euros et 5 000 euros ;

« 1°) alors qu'un bien vendu avec réserve de propriété n'est pas remis à titre précaire ; qu'en jugeant que M. G... avait commis une faute civile entrant dans la prévention du délit d'abus de confiance aux motifs « qu'il connaissait parfaitement l'existence de la clause de réserve de propriété qui interdisait de revendre les véhicules neufs aussi longtemps que le prix n'en était pas intégralement payé à la D... » cependant que les véhicules litigieux n'avaient pas été remis à titre précaire à la société P... mais vendus avec réserve de propriété de sorte que la faute imputée à M. G... n'entraînait pas dans la prévention du délit d'abus de confiance, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

« 2°) alors que l'article 5 du contrat conclu entre la société D... et la société P... dont la cour d'appel a rappelé les termes stipulait qu' "à l'émission de la facture le garagiste devient propriétaire du VN [véhicule neuf] facturé, D... bénéficiant néanmoins d'une réserve de propriété reconnue par le garagiste (selon l'article 6 ci-dessous) qui reste en vigueur jusqu'au paiement intégral par le garagiste de la facture émis" ; qu'en jugeant que M. G... ne pouvait pas soutenir que le contrat comportait des dispositions incohérentes et qu'il avait ainsi légitimement pu se croire propriétaire des véhicules, la cour d'appel s'est contredite et a ainsi violé les textes susvisés ;

« 3°) alors que l'appel d'un jugement de relaxe par la seule partie civile ne défère à la cour d'appel que l'action en réparation des conséquences dommageables qui peuvent résulter de la faute civile démontrée à partir et dans les limites de la prévention ; qu'en jugeant qu' "en établissant, comme l'ont révélé les débats devant le tribunal correctionnel, un certificat de cession aux acquéreurs personnes physiques qui faisait état d'un numéro d'immatriculation qui n'existait pas ou était celui d'un autre véhicule sans rapport avec ces ventes, M. G... avait démontré, par cet artifice, qu'il connaissait parfaitement l'existence de la clause de réserve de propriété" quand ces faits n'étaient pas visés dans la citation délivrée à M. G..., la cour d'appel a méconnu l'étendue de saisine, en violation des textes susvisés ;

« 4°) alors qu'en toute hypothèse, le dirigeant social n'engage sa responsabilité à l'égard des tiers que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'en se bornant à retenir, pour qualifier le comportement imputé M. G..., de faute séparable de ses fonctions, que ce dernier avait violé une clause de réserve de propriété dont il avait connaissance quand, saisie de la seule action civile en l'état d'un jugement de relaxe devenu définitif, il appartenait à la cour d'appel d'expliquer en quoi le dirigeant avait commis intentionnellement une faute d'une gravité particulière incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision » ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que la société D... a fait citer devant le tribunal correctionnel la société P..., qui exerce l'activité de vente de véhicules automobiles, ainsi que son gérant, M. G... pour avoir à Plabennec, les 8 juin et 9 août 2013, revendu trois véhicules automobiles achetés auprès de la société D..., sans avoir préalablement réglé le prix d'achat et alors que, par l'effet d'une clause de réserve de propriété, ces véhicules étaient restés propriété de la société D... et n'avaient été remis à la société P... et à M. G... qu'à titre précaire ; que le tribunal correctionnel a renvoyé les prévenus des fins de la poursuite par un jugement en date du 7 octobre 2014 dont la partie civile a interjeté appel ;

Sur le moyen, pris en ses première et deuxième branches ;

Vu l'article 567-1-1 du Code de procédure pénale ;

Attendu que les griefs ne sont pas de nature à être admis ;

Sur le moyen, pris en ses troisième et quatrième branches ;

Attendu que, statuant après la relaxe prononcée en première instance, sur le seul appel de la partie civile, pour déclarer M. G..., dirigeant de la société P..., personnellement responsable du préjudice subi par la société D..., l'arrêt énonce qu'il résulte de la clause de réserve de propriété inscrite dans le contrat d'ouverture de ligne de crédit signé entre le demandeur et la partie civile, qui ne peut donner lieu à interprétation, que le premier ne pouvait vendre les véhicules neufs tant qu'il n'avait pas réglé le prix à la seconde, une mention explicite similaire figurant de façon apparente sur les factures délivrées par celle-ci ; que les juges ajoutent que l'établissement, par M. G..., d'un certificat de cession destiné aux acquéreurs faisant état d'un faux numéro d'immatriculation démontre qu'il avait une parfaite connaissance de l'existence de cette clause, dont la violation constitue une faute séparable de ses fonctions de dirigeant de la société P... engageant sa responsabilité personnelle ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, et dès lors que le grief tiré du défaut d'établissement d'une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales constituant une faute séparable des fonctions de dirigeant social est inopérant, les juges n'ayant pas à s'expliquer sur l'existence d'une telle faute pour caractériser une faute civile démontrée à partir et dans les limites des faits objet de la poursuite, la cour d'appel, qui n'a pas excédé sa saisine, a justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen doit être écarté ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

REJETTE le pourvoi ;

OBSERVATIONS

Les fautes pénale et civile sont bien distinctes l'une de l'autre. Leur répression satisfait des objectifs différents, dans un cas de défense de l'intérêt général et dans l'autre de réparation des préjudices particuliers. Pour les établir, la logique suivie est tout aussi différente. Selon le principe de la légalité des peines, la faute pénale suppose de trouver des éléments précis constitutifs de l'infraction alors que la faute civile répond à la définition très générale de l'article 1240 du Code civil. Néanmoins, leurs chemins respectifs ne sont pas toujours séparés et ils se rencontrent en particulier lorsque des mêmes faits font l'objet de poursuites à la fois pénales et civiles. La juridiction pénale alors saisie va devoir se prononcer sur la responsabilité civile. Tel était le cas dans deux affaires qui ont donné lieu à deux arrêts rendus le 8 avril 2018 par la Cour de cassation. Dans la première affaire (n° 16-87.669), était en cause le gérant d'une société de vente d'automobiles qui avait revendu trois véhicules achetés auprès d'une autre société, alors qu'une clause de réserve de propriété l'avait empêché d'en devenir propriétaire, faute de règlement du prix. La juridiction avait relaxé le prévenu du chef d'abus de confiance. Sur recours de la partie civile, la cour d'appel avait alors relevé que le prévenu, ayant parfaite connaissance de la clause de réserve de propriété, avait commis une faute détachable de ses fonctions de dirigeant engageant sa responsabilité personnelle. Le dirigeant social a alors formé un pourvoi pour reprocher aux juges d'appel

26) Cass. Com. 20 mai 2003, n° 99-17.092.

27) Cass. Civ. 1^{re}, 14 déc. 1999, n° 97-15.756, Bull. Civ. I, n° 345, Bull. Joly sociétés 2000, n° 175, note A. Couret

28) Cass. Com. 4 juill. 2006, n° 05-13.930.

29) Cass. Civ. 3^e, 10 mars 2016, n° 14-15.526.

30) Cass. Crim. 20 mai 2003, n° 02-84.307.

31) Cass. Crim. 26 janv. 2010, n° 09-81.864.

de ne pas avoir caractérisé une faute intentionnelle d'une gravité telle qu'elle puisse être jugée comme incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales. Dans la seconde espèce (n° 16-83.984), le gérant d'une société dont l'objet social était l'offre de prestations d'aide à domicile avec été définitivement condamné par la juridiction de police pour diverses contraventions en matière d'emploi de salariés à temps partiel. Par la suite, le tribunal de police, restant saisi des seuls intérêts civils, a condamné la société et son gérant solidairement à réparer le préjudice invoqué par le salarié et par son syndicat. Sur appel de la société et de son gérant, les juges du fond ont confirmé la condamnation, au motif que les infractions reprochées, intentionnellement commises, étaient constitutives d'une faute détachable des fonctions et ce, même si elles résidaient dans des actes se rattachant aux activités de la société. Dans son pourvoi, le gérant a contesté l'existence d'une telle faute.

La chambre criminelle va retenir dans les deux arrêts la responsabilité du dirigeant. À l'occasion de la première affaire, elle pose un principe particulièrement fort. Tout d'abord, elle qualifie d'« inopérant », « le grief tiré du défaut d'établissement d'une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice des fonctions sociales constituant une faute séparable des fonctions de dirigeant social », avant de confirmer cette solution en affirmant que les juges n'ont « pas à s'expliquer sur l'existence d'une telle faute pour caractériser une faute civile démontrée à partir et dans la limite des faits objets de la poursuite ». Elle suit ainsi les conclusions très riches de Monsieur l'avocat général Renaud Salomon. Après avoir exposé de façon très convaincante l'émergence d'un droit de la partie civile d'obtenir indemnisation de la part du juge pénal malgré le prononcé d'une relaxe, les conclusions considèrent que « l'introduction de la faute non détachable en droit pénal conduirait à bouleverser totalement les règles textuelles et prétoriennes du droit pénal » et recommandent « l'indifférence de la notion de faute détachable en droit pénal ». Elles ont permis de justifier une évolution très significative de la jurisprudence (I), même si la solution soulève plusieurs objections et questions (II).

I. Évolution significative de la jurisprudence

Dans un célèbre arrêt du 20 mai 2003, la chambre commerciale a subordonné la responsabilité civile personnelle d'un dirigeant social envers les tiers à une faute séparable de ses fonctions, c'est-à-dire, commise intentionnellement et d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions de dirigeant de sociétés (26). En application de cette solution, plusieurs chambres de la Cour de cassation ont admis successivement, face à des fautes pénales, qu'il s'agissait de fautes détachables des fonctions. La première chambre civile, en 1999, a retenu le caractère séparable de la faute pénale du dirigeant d'une maison d'édition coupable de complicité de violation du secret médical (27). Beaucoup d'affaires ont concerné le défaut d'assurance véhicule automobile.

Ainsi, cette infraction a été qualifiée de faute séparable par la chambre commerciale en 2006 (28), puis par la troisième chambre civile, après quelques réticences, en 2016 (29).

Bien que les deux notions de faute pénale et faute séparable des fonctions présentent de nombreux points communs, elles sont impossibles à assimiler. Il existe bien sûr de nombreuses fautes détachables caractérisées en l'absence de toute faute pénale. Il existe également des fautes pénales qui ne remplissent pas les critères de qualification de la faute détachable. Ainsi, certaines infractions sont involontaires, par exemple l'homicide involontaire, et beaucoup cumulent le caractère involontaire avec une gravité relative, comme les contraventions. Dès lors, on ne peut que comprendre que les chambres civiles et commerciales aient toujours veillé à étudier scrupuleusement chaque faute pénale pour vérifier si elle devait ou non être qualifiée de faute détachable.

La chambre criminelle, de son côté, n'avait jamais adopté de position claire sur cette question. Dans un arrêt publié du 20 mai 2003, à propos d'un délit d'entrave reproché à Jean-Marie X, alors dirigeant de la société Vivendi, le pourvoi relevait que « la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions qui lui soit personnellement imputable ». La Cour de cassation répond laconiquement que « le dirigeant d'une personne morale, qui a intentionnellement commis une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci » (30). Elle ne se prononce ni sur l'existence, ni sur l'absence d'une faute détachable. Ultérieurement, suite une nouvelle fois à d'un défaut d'assurance, la cour d'appel avait condamné le dirigeant qui avait contesté dans le pourvoi la qualification de faute séparable au motif qu'elle avait été réalisée dans le cadre de ses fonctions. Dans un arrêt du 26 janvier 2010, la chambre criminelle rejette le pourvoi : « Dès lors que le prévenu devant répondre de l'infraction dont il s'est personnellement rendu coupable, ce délit eût-il été commis dans le cadre de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité... » (31). Elle admet alors de s'interroger sur ce point mais retient, à l'image des autres chambres, que la commission des faits dans le cadre des fonctions est indépendante de la qualification de faute détachable. En effet, il était alors parfaitement admis qu'une faute soit qualifiée de détachable pour des actes réalisés dans les fonctions, dès lors qu'ils étaient « incompatibles » avec ces fonctions. Le rapport de la jurisprudence la Cour de cassation en 2010 résume cette position en une phrase très catégorique : « la chambre criminelle retient systématiquement la responsabilité civile des dirigeants sociaux auteurs d'une infraction pénale » contrairement à « la jurisprudence des chambres civiles » qualifiée de « moins claire ». La divergence se stigmatisait sur la question de savoir si la faute pénale commise par un dirigeant social constitue nécessairement une faute détachable de ses fonctions lorsqu'elle n'est pas intentionnelle. Les deux arrêts du 5 avril 2018 marquent une évolution. L'arrêt n° 16-83961 précise que la mise à l'écart de la théorie de la faute inséparable vaut même pour les simples contraventions. Le second (n° 16-87669) est plus original en accroissant encore la portée de cette mise à l'écart : à supposer par exemple qu'il y ait relaxe

pour l'infraction pénale, le juge pénal saisi des intérêts civils peut-il solliciter l'idée de faute non séparable des fonctions ? La référence à la notion de faute séparable est selon la Cour hors du débat.

II. Questions soulevées par la solution

S'agissant du fondement de cette autonomie, la question est clairement exposée par les conclusions de Monsieur l'avocat général Renaud Salomon. Celui-ci considère que les principes généraux du droit pénal s'opposent à la notion de faute séparable et soulève plusieurs arguments à l'appui de sa thèse.

Premièrement, aucun texte du droit pénal général ou du droit pénal spécial n'autorise à opérer une quelconque distinction. La relativité de l'argument est soulevée par son auteur lui-même qui explique qu'« *il est vrai qu'à titre exceptionnel, certaines causes d'irresponsabilité pénale ont pu être forgées, en marge de la loi* ».

Deuxièmement, si l'on se place sur le terrain de l'opportunité de la répression, « *l'introduction en droit pénal de la notion de faute détachable bouleverserait complètement le régime de la responsabilité pénale de la personne morale* », du fait qu'elle est subordonnée à la commission d'une infraction par une personne physique. Si la personne physique voyait sa responsabilité plus difficilement retenue, la responsabilité de la personne morale serait très logiquement réduite. Néanmoins, il faut relever que la responsabilité de la personne morale suppose une infraction pénale, alors que les arrêts du 5 avril répondent à une question relative à une faute civile.

Troisièmement, mais l'argument ne vaut pleinement que pour les crimes et les délits, si le crime est nécessairement intentionnel, les délits le sont en principe ; or, ce sont surtout des délits qui sont commis par les dirigeants de société. L'introduction de la notion de faute séparable s'agissant de la matière pénale entraînerait une distinction entre les comportements intentionnels à l'image de sa démarche classique et une distinction sur ce fondement tout à fait au cœur de son raisonnement.

Enfin, les conclusions invoquent un risque de « *rupture de l'égalité des justiciables devant la loi conduisant à l'inconstitutionnalité d'une cette solution prétorienne : en effet, un dirigeant social, poursuivi du chef d'infraction au droit pénal des sociétés commerciales (abus de biens sociaux, présentation ou publication de comptes infidèles, répartition de dividendes fictifs), pourrait exciper d'une faute non détachable (...) et se réfugier utilement derrière l'écran de la personnalité morale pour échapper à sa responsabilité. Une même rupture de l'égalité devant la loi existerait entre le prévenu, poursuivi en tant que dirigeant d'une personne morale, et le prévenu poursuivi en tant qu'exploitant d'une entreprise individuelle, ne pouvant jamais se prévaloir d'une faute détachable* ». Il ne s'agit bien sûr nullement d'échapper à sa responsabilité pénale, seule l'action civile étant en jeu dans ces arrêts. Dès lors, loin de constituer une rupture d'égalité, la distinction entre le dirigeant d'une personne morale et l'exploitant d'une entreprise individuelle doit être

saluée, n'étant que la conséquence tout à fait logique de l'existence d'une personne morale. Il s'agit là du cœur du débat et de la justification la plus importante de la théorie la faute détachable. Lorsqu'un tiers exerce une action en responsabilité civile pour des préjudices causés par une personne morale, c'est à la personne morale qu'il doit s'adresser prioritairement et, de façon extrêmement subsidiaire, à la personne physique qui la représente, dans des cas qui doivent rester marginaux, ce qui justifie d'avoir à établir une faute détachable des fonctions. Même si elle est contestée aujourd'hui par certains qui critiquent ces barrières de responsabilité, l'autonomie de la personne morale est au cœur de notre système juridique. Elle justifie cette jurisprudence qui « *n'est pas le fruit du hasard. Elle est l'expression d'une politique judiciaire qui est fondée sur l'idée raisonnable consistant à délivrer le dirigeant d'une responsabilité étroitement liée à l'activité de l'entreprise* » (32).

Aujourd'hui, la divergence jurisprudentielle loin d'éviter une rupture d'égalité, en crée une massive entre le dirigeant qui se retrouverait devant une juridiction pénale ou civile pour une même action en responsabilité suivant qu'elle est ou non liée à une action pénale. Des comportements opportunistes pourraient se développer pour tirer parti de cette différence de traitement. Comme cela a été relevé, la solution de la chambre criminelle encouragerait « *la pénalisation du contentieux de la responsabilité des dirigeants qui est déjà très engagée. Dès lors que la société est manifestement insolvable, la voie de l'action pénale contre le dirigeant limite grandement les aléas pour tiers victimes de faits pénalement connotés* » (33).

Des auteurs ont justifié la solution au nom de l'autonomie du droit pénal (34) L'argument n'emporte pas totalement la conviction au motif il ne s'agit pas réellement de droit pénal lorsque le juge pénal statue sur les intérêts civils. Il se prononce alors sur une question de responsabilité civile, « *la même responsabilité civile que celle sur laquelle le juge civil se prononce. Dès lors que le juge pénal et le juge civil ce prononceraient sur la même question de responsabilité civile du dirigeant, l'opposition entre la chambre criminelle et les chambres civiles serait donc frontale* » (35) d'autant plus qu'elle serait « *infondée* », l'action civile ayant la même nature qu'elle soit intentée devant le juge pénal ou devant le juge civil. « *Dans sa dimension réparatrice, l'action civile devrait donc aboutir au même résultat (responsabilité ou non du dirigeant), et ce, peu important le juge devant laquelle elle est exercée* » (36)

L'opposition créée par ces arrêts du 5 avril 2018 entre les différentes chambres de la Cour de cassation ne doit pas perdurer. On ne peut qu'espérer que l'avenir apportera une évolution par une unification de la solution, soit décidé par la Cour de cassation elle-même, soit imposée par le législateur dans le cadre par exemple de la réforme à venir du droit de la responsabilité civile. En tant que commercialiste attachée aux principes de fonctionnement de notre droit des sociétés, je ne peux que rejoindre le mouvement réclamant « *la consécration* » légale de l'exigence de faute séparable (37), qui lui permettrait de s'appliquer y compris lorsque la réparation civile est demandée devant une juridiction pénale.

32) Ripert et Roblot, mis à jour par M. Germain et V. Magnier, *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, p. 576.

33) A. Couret, Refus d'introduire en droit pénal la notion de faute séparable, *Bull. Joly Sociétés* 2018, n° 118, p. 265, § 22.

34) J. Heinich, *Dr. Sociétés* 2018, n° 5, comm. 83.

35) O. Dexant-de Baillecourt, Pour une consécration légale de la faute séparable des fonctions du dirigeant, *D.* 2019, p. 144, spéc. § 4.

36) O. Dexant-de Baillecourt, Pour une consécration légale de la faute séparable des fonctions du dirigeant, préc., § 12. Dans le même sens, J.H. Robert, notre sous crim. 19 fév. 2003, *Dr. pénal* juill. 2003. Comm. 87.

37) O. Dexant-de Baillecourt, Pour une consécration légale de la faute séparable des fonctions du dirigeant, préc., § 16 et s.