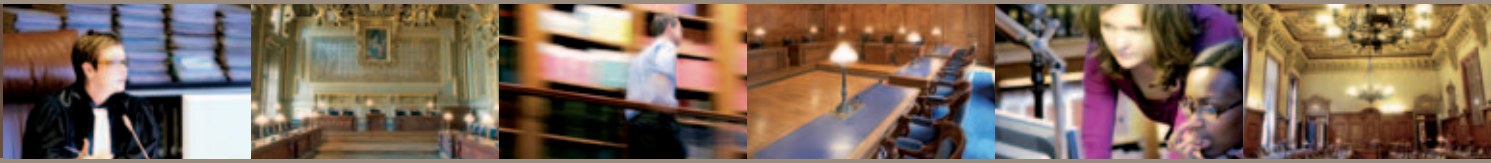


Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 695



*Publication
bimensuelle*

*1^{er} février
2009*

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS



COUR DE CASSATION

internet

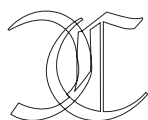
Consultez sur www.courdecassation.fr

le site de la Cour de cassation



En refondant son portail, la Cour de cassation a souhaité :

- se doter d'un site dynamique, lui permettant notamment de favoriser la remontée en page d'accueil d'informations de premier plan ;
- réorganiser les contenus, accessibles par un nombre limité de rubriques et améliorer l'ergonomie du site pour favoriser l'accès à la jurisprudence et aux colloques organisés par la Cour ;
- faciliter la navigation sur le site par la mise en place d'un moteur de recherche ;
- apporter des informations nouvelles : données statistiques, liens vers les sites de cours suprêmes de l'Union européenne et du reste du monde, en plus des contenus presque tous repris de l'ancien site.



COUR DE CASSATION

Bulletin *d'information*

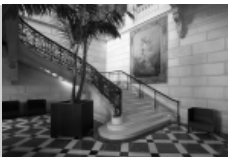
Communications

Jurisprudence

Doctrine

En quelques mots...

Communications



Par arrêt du 17 septembre 2008 (*infra*, n° 78), la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que « l'article 505 du code de procédure pénale, qui ouvre au procureur général près la cour d'appel un délai d'appel plus long que celui accordé aux autres parties par l'article 498 de ce code » est incompatible « avec le principe de l'égalité des armes découlant de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Présentée comme un revirement de jurisprudence, cette décision devrait avoir de nombreuses conséquences, Jacques Buisson notant, dans la revue *Procédures*, novembre 2008, n° 310, p. 24, qu'« une intervention du législateur devrait l'inscrire prochainement dans notre code de procédure pénale », Claire Saas ajoutant en outre (*Actualité juridique Pénal*, novembre 2008, Jurisprudence, p. 456 à 460) qu'une évolution de l'organisation des parquets, voire une évolution de la place et du statut du ministère public, est à envisager.

Jurisprudence



La chambre sociale, quant à elle, par arrêts du 24 septembre 2008 (*infra*, n° 91 et 93, avec communiqué et note sous arrêts), a « précisé les règles méthodologiques que les juges doivent suivre dans la recherche de la preuve de l'existence d'une situation de harcèlement dans l'entreprise ». Commentant ces arrêts, Céline Leborgne-Ingelaere (*JCP* 2008, éd. G, II, 10178) note qu'ils « opèrent un revirement de jurisprudence en ce qu'ils retiennent le principe d'un contrôle de la qualification de harcèlement par la Cour de cassation », en raison notamment « de trop fréquentes divergences entre cours d'appel sur l'existence ou non d'une situation de harcèlement moral ». Ce faisant, note-t-elle encore, « la Cour contrôle les modalités de l'appréciation portée par les juges du fond sur des éléments de fait, renforce la nature de son contrôle et précise les règles relatives à la recherche de la preuve ».

Doctrine



La chambre mixte, statuant, par arrêt du 10 octobre 2008, dans l'affaire dite « *Buffalo Grill* », a jugé que « *seules les décisions définitives des juridictions pénales statuant au fond sur l'action publique ont, au civil, autorité à l'égard de tous* », cassant « *l'arrêt qui retient que la décision de la chambre de l'instruction qui tranche un incident de procédure est revêtue de l'autorité de la chose jugée* ». Commentant cette décision mettant en cause la responsabilité disciplinaire d'avocats, Julien Walther note (JCP 2008, éd. G, II, 10199) que « *la Cour [...] réaffirme ici, tout en l'encadrant, le principe parfois fortement critiqué de l'autorité erga omnes de la chose jugée au pénal sur le civil lato sensu* », répondant à ces critiques en nuancant ce principe, dont la portée, « *maximale pour des décisions de fond, [...] est réduite si la décision ne penche que sur un incident de procédure* ». Le même auteur note par ailleurs que la Cour, pour la première fois, « *apporte expressément ses lumières à la matière disciplinaire vue par le prisme de l'autorité de chose jugée* ».

Enfin, le lecteur trouvera une étude de jurisprudence rédigée par la cellule suivant le contentieux de la chambre commerciale au sein du service de documentation et d'études, intitulée « *responsabilité et opérations boursières* ». Comme dans notre précédent numéro, cette étude se substitue à la rubrique « *Cours et tribunaux* » traditionnelle, qu'elle a ainsi vocation à enrichir et diversifier pour mieux répondre, notamment, aux attentes des juridictions du fond (cf. également nos panoramas de jurisprudence des cours d'appel parus aux BICC n° 665 et 671).

Basée principalement sur la jurisprudence des cours d'appel, en liaison le cas échéant avec la jurisprudence de la Cour et après exploitation de la base JURICA, cette étude « *ne vise pas à traiter l'ensemble des questions dont les différentes juridictions ont à traiter ; il s'agit uniquement de s'arrêter sur certains moyens fréquemment soulevés par les justiciables, tels qu'ils apparaissent dans la base JURICA* ».

Table des matières

Jurisprudence

Droit européen

Actualités

Page 6

Cour de cassation (*)

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

Arrêt du 10 octobre 2008 rendu

par la chambre mixte

Page 8

Chose jugée

II. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

Arrêts des chambres

Numéros

Action civile

76

4
•

Appel correctionnel ou de police

77 à 79

Atteinte à la vie privée

80

Bail commercial

81 à 83

Bail d'habitation

84

Banque

85

Cassation

86 à 127

Chambre de l'instruction

87

Chose jugée

88

Conflit de juridictions

89

Contrat de travail, durée déterminée

90

Contrat de travail, exécution

90-91-127

Contrat de travail, rupture

92 à 94

Copropriété

95-96

Détention provisoire

97

Divorce, séparation de corps

98

Elections professionnelles

99 à 101

Entreprise en difficulté
(loi du 26 juillet 2005)

102

Entreprise en difficulté

103

Etranger

104

Expropriation pour cause d'utilité publique 105

Homicide et blessures involontaires 106

Instruction 107 à 109

Juridictions correctionnelles 77-110-111

Mesures d'instruction 112-113

Nantissement 114

Preuve 115

Quasi-contrat 116-117

Régimes matrimoniaux 118

Représentations des salariés 119 à 122

Responsabilité pénale 80

Restitution 123

Séparation des pouvoirs 80-124

Société 125

Statut collectif du travail 126-127

Testament 128

Travail réglementation, durée du travail 129-130

Vente 131 à 133

DÉCISIONS DES COMMISSIONS ET JURIDICTIONS INSTITUÉES AUPRÈS DE LA COUR DE CASSATION

Commission de révision

des condamnations pénales

Numéros

Révision

134-135

* Les titres et sommaires des arrêts publiés dans le présent numéro paraissent, avec le texte de l'arrêt, dans leur rédaction définitive, au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* du mois correspondant à la date du prononcé des décisions.

Cours et tribunaux *Page 56*

Etude réalisée par le service
de documentation et d'études,
cellule suivant le contentieux
de la chambre commerciale

Etude de jurisprudence :
responsabilité et opérations boursières

Jurisprudence

Droit européen

Actualités

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)

Dans l'arrêt **X... c/France**, requête n° 27058/05, rendu le 4 décembre 2008, la Cour conclut à l'unanimité à la non-violation de l'article 9 (droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans cette affaire, la Cour se prononce sur la compatibilité de l'interdiction du port du voile dans le cadre d'un cours d'éducation physique et sportive, au sein d'un établissement scolaire public, ayant entraîné l'exclusion de l'élève, avec l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Faits :

La requérante, Belgin X..., âgée de 11 ans à l'époque des faits, de confession musulmane, avait refusé de retirer son foulard durant les cours d'éducation physique et sportive, malgré les demandes répétées de son professeur et les explications de celui-ci concernant l'incompatibilité du port d'un tel foulard avec la pratique de l'éducation physique. En février 1999, le conseil de discipline du collège prononça son exclusion définitive pour non-respect de l'obligation d'assiduité. Cette décision fut confirmée par le recteur d'académie.

Les parents de la requérante saisirent le tribunal administratif en vue de l'annulation de l'arrêté du recteur d'académie. Leur demande fut rejetée le 9 octobre 1999, le tribunal considérant que « *la requérante, en se présentant aux cours d'éducation physique et sportive dans une tenue ne permettant pas sa participation à l'enseignement concerné, avait manqué à l'obligation d'assiduité [...]* », que son attitude « *avait entraîné un climat de tension au sein de l'établissement et que l'ensemble de ces circonstances était de nature à justifier légalement son exclusion définitive du collège, nonobstant sa proposition, faite à la fin du mois de janvier, de remplacer le foulard par un bonnet* » (§ 13). La décision administrative fut confirmée en appel, puis le Conseil d'Etat déclara les pourvois formés par les parents de la requérante non admis.

Griefs :

Devant la Cour européenne, la requérante invoquait une violation de l'article 9 (droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion), en raison de l'atteinte portée à son droit de manifester sa religion. Enfin, elle prétendait avoir été privée de son droit à l'instruction, au sens de l'article 2 du Protocole n° 1 (droit à l'instruction), en exposant que la décision d'exclusion définitive du collège l'avait contrainte à suivre des cours par correspondance.

Décision :

En ce qui concerne l'article 9 de la Convention :

A titre liminaire, la Cour européenne reconnaît que l'interdiction du port du voile pendant les cours d'éducation physique et sportive et la décision d'exclusion définitive du collège prise à l'encontre de la requérante constituent bien une atteinte à la liberté de religion. Elle recherche si, conformément aux dispositions de l'article 9 § 2, cette limite faite à la liberté de religion peut être justifiée car remplissant les trois conditions prévues : être prévue par la loi, présenter un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique.

Les juges de Strasbourg relèvent dans un premier temps que l'interdiction du port de voile durant les cours d'éducation physique et sportive n'était pas explicitement prévue par un texte, les faits étant antérieurs à la loi du 15 mars 2004. Cependant, ils rappellent que, « *d'après la jurisprudence constante de la Cour, la notion de "loi" doit être entendue dans son acception "matérielle" et non "formelle". En conséquence, elle y inclut l'ensemble constitué par le droit écrit, y compris des textes de rang infralégislatif (voir, notamment, X..., Y...*

et Z... c/Belgique, 18 juin 1971, § 93, série A, n° 12, requête n° 2832/66, 2835/66 et 2899/66), ainsi que la jurisprudence qui l'interprète (voir, mutatis mutandis, X... c/France, 24 avril 1990, § 29, série A, n° 176-A, requête n° 11801/85).

Il convient dès lors d'examiner la question sur la base de ces différentes sources, et en particulier de la jurisprudence pertinente des tribunaux» (§ 52 et 53). En l'espèce, ils constatent que les textes législatifs n'étaient pas inexistantes (loi d'orientation et d'éducation du 10 juillet 1989), que le Conseil d'Etat avait rendu un avis, le 27 novembre 1989, fixant le cadre juridique relatif au port de signes religieux dans les établissements scolaires, et que la jurisprudence des juridictions administratives était constante en matière de sanction disciplinaire pour défaut d'assiduité en raison du refus de retirer le voile en cours d'éducation sportive. Ils en déduisent donc que «l'ingérence litigieuse avait une base légale suffisante en droit interne» (§ 59) et que les règles étaient accessibles.

Observant que l'ingérence dans le droit de la requérante de manifester sa conviction religieuse poursuivait des buts légitimes (protection des droits et libertés d'autrui et de l'ordre public), la Cour examine la nécessité d'une telle ingérence dans une société démocratique.

Elle affirme qu'il appartient à l'Etat, en tant qu'organisateur neutre et impartial, d'organiser la liberté religieuse, et qu'il a la possibilité de limiter cette liberté en fonction des traditions nationales, des exigences imposées par la protection des droits et des libertés d'autrui, et par le maintien de l'ordre public (voir Leyla X... c/Turquie, 10 novembre 2005, requête n° 44774/98, et Refah X... et autres c/Turquie, 13 février 2003, requêtes n° 41340/98, 41342/98 et 41344/98). En l'espèce, la Cour observe que «cette limitation de la manifestation d'une conviction religieuse a pour finalité de préserver les impératifs de la laïcité dans l'espace public scolaire tels qu'interprétés par le Conseil d'Etat dans son avis du 27 novembre 1989, par sa jurisprudence subséquente et par les différentes circulaires ministérielles rédigées sur la question» (§ 69).

La Cour rappelle que les autorités nationales doivent veiller à ce que, «dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, la manifestation par les élèves de leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires ne se transforme pas en un acte ostentatoire, qui constituerait une source de pression et d'exclusion» (§ 71). Soulignant l'importance de la laïcité comme principe fondateur de la République française, elle renvoie à la marge d'appréciation que les Etats doivent garder dans l'organisation des rapports entre l'Etat et les Eglises. En l'espèce, la Cour affirme «que la conclusion des autorités nationales selon laquelle le port d'un voile, tel le foulard islamique, n'est pas compatible avec la pratique du sport, pour des raisons de sécurité ou d'hygiène, n'est pas déraisonnable» (§ 73). Elle relève «que la sanction infligée n'est que la conséquence du refus par la requérante de se conformer aux règles applicables dans l'enceinte scolaire dont elle était parfaitement informée et non, comme elle le soutient, en raison de ses convictions religieuses» (§ 73), et souligne les garanties présentées par la procédure disciplinaire.

Concernant le choix de la sanction la plus grave, la Cour estime qu'elle ne peut pas se substituer aux autorités disciplinaires nationales afin de faire respecter les règles internes, car elles «sont les mieux placées pour évaluer les besoins et le contexte locaux ou les exigences d'une formation donnée» (§ 75). Ainsi, la sanction de l'exclusion définitive n'apparaît pas disproportionnée, la requérante ayant eu «la faculté de poursuivre sa scolarité dans un établissement d'enseignement à distance. Il en ressort que les convictions religieuses de la requérante ont été pleinement prises en compte face aux impératifs de la protection des droits et libertés d'autrui et de l'ordre public» (§ 76). Selon la Cour, il semble évident qu'en l'espèce, les juridictions nationales se sont fondées sur ces impératifs pour rendre leurs décisions, et non sur des objections aux convictions religieuses de la requérante.

Par conséquent, la Cour conclut, à l'unanimité, que l'ingérence litigieuse était justifiée dans son principe et proportionnée à l'objectif visé. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 9.

Article 2 du Protocole n° 1 :

La Cour estime qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 2 du Protocole n° 1, les faits sur lesquels repose ce grief ayant déjà été examinés dans le cadre de l'article 9.

*
* *

A noter : Dans l'arrêt X... c/France, requête n° 31645/04, la Cour européenne, statuant le 4 décembre 2008 sur les mêmes faits et des griefs identiques soulevés par la requérante, conclut, à l'unanimité, à la non-violation de l'article 9 de la Convention.

Jurisprudence

Cour de cassation

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

ARRÊT DU 10 OCTOBRE 2008 RENDU PAR LA CHAMBRE MIXTE

Titre et sommaire	Page 8
Communiqué	Page 8
Arrêt	Page 9
Rapport	Page 11
Avis	Page 25

8
•

Chose jugée

Autorité du pénal sur le civil - Domaine d'application - Décisions définitives des juridictions pénales statuant au fond sur l'action publique.

Seules les décisions définitives des juridictions pénales statuant au fond sur l'action publique ont, au civil, autorité à l'égard de tous.

Dès lors, viole ce principe l'arrêt qui retient que la décision de la chambre de l'instruction qui tranche un incident de procédure est revêtue de l'autorité de la chose jugée.

COMMUNIQUÉ

L'autorité de la chose jugée est la force de vérité légale qui s'attache à l'acte juridictionnel. Elle permet de considérer que ce qui a été jugé est conforme à la vérité et implique que le plaideur, dont le droit a été reconnu, peut se prévaloir du jugement et de tous les avantages qui en découlent pour lui. Elle interdit de soumettre le litige de nouveau à un autre juge, autrement que par l'exercice des voies de recours.

Cependant, en dépit de la force de vérité légale qui s'attache au jugement, celui-ci n'a qu'une autorité relative envers les tiers. On entend par là que le jugement ne peut créer des droits et des obligations au profit ou à l'encontre de tous ceux qui n'ont été ni parties ni représentés à la procédure.

Selon une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation, les décisions définitives rendues par les juridictions pénales, qui statuent sur la culpabilité et qui sont devenues irrévocables, ont autorité au civil. Elles s'imposent au juge civil, qui ne peut les remettre en cause.

Toutefois, contrairement à la chose jugée au civil, la chose jugée au pénal, en ce qu'elle porte sur l'existence du fait incriminé, de sa qualification, de la culpabilité ou de l'innocence, a un effet *erga omnes*. Elle s'impose à tous, qu'ils aient ou non été partie à la procédure pénale. Il s'agit là d'une exception au principe de l'autorité relative de la chose jugée, selon lequel une décision de justice n'est opposable qu'à ceux qui ont été partie à la procédure. Elle s'explique par des considérations d'ordre public, dans le but d'éviter la contradiction entre les décisions répressives et civiles.

Dans un arrêt rendu le 10 octobre 2008, la chambre mixte de la Cour de cassation a toutefois rappelé que le principe de l'autorité *erga omnes* des décisions pénales était limité aux seules décisions statuant au fond sur l'action publique.

Agissant sur le fondement d'une commission rogatoire délivrée par un juge d'instruction dans une affaire mettant en cause les pratiques commerciales d'une société, des services de police ont placé sur écoute la ligne téléphonique du dirigeant de cette société. Au cours de ces écoutes, ont été interceptées des conversations téléphoniques de celui-ci avec un avocat qui l'informait des déclarations tenues par d'autres personnes alors en garde à vue et qu'il venait de rencontrer.

Saisie par le juge d'instruction puis par le dirigeant, entre-temps mis en examen, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a validé une partie de ces écoutes, au motif qu'elles étaient de nature à faire présumer la commission d'une violation du secret professionnel. La chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt. Saisie par le dirigeant, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré son recours irrecevable.

Au vu des procès-verbaux de transcription de ces écoutes, le procureur général près la cour d'appel de Paris a dénoncé le comportement de l'avocat concerné et celui pour le compte duquel il travaillait au bâtonnier de l'ordre des avocats, lequel a ouvert une procédure disciplinaire à leur égard pour violation du secret professionnel.

Le conseil de l'ordre des avocats, siégeant comme conseil de discipline, après avoir rejeté la demande tendant à ce que ces procès-verbaux soient écartés des débats, a infligé aux personnes poursuivies une interdiction temporaire d'exercice, dont une partie avec sursis.

Par arrêt du 12 mai 2004, la cour d'appel de Paris a confirmé la décision. Pour rejeter le moyen tiré du caractère prétendument illicite du procédé de preuve sur lequel la poursuite disciplinaire était fondée, elle a retenu qu'il se heurtait à l'autorité de la chose jugée de l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant dit n'y avoir lieu à annulation.

Cet arrêt est cassé par la chambre mixte de la Cour de cassation, au motif que la décision de la chambre de l'instruction, qui avait tranché un incident de procédure, ne s'était pas prononcé sur l'action publique. Elle n'était donc pas revêtue de l'autorité de la chose jugée à l'égard des avocats poursuivis qui n'avaient pas été partie à la procédure pénale. Il appartenait donc à la cour d'appel de statuer sur le bien-fondé de l'exception de procédure soulevée par ces derniers, sans pouvoir leur opposer la décision de la chambre de l'instruction.

La règle ainsi rappelée par la Cour de cassation s'explique en grande partie au regard du principe de la contradiction. Opposer une décision ayant validé un acte de procédure à des tiers à l'information, qui ne peuvent en aucun cas intervenir devant la juridiction saisie de la régularité de la procédure, aurait été contraire à ce principe fondamental de la procédure. Cela aurait au surplus porté atteinte aux droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

L'arrêt de la chambre mixte se situe ainsi dans le sillage d'un précédent arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 12 juillet 2000, qui a jugé que l'arrêt de relaxe rendu par la Cour de justice de la République n'avait pas autorité de chose jugée au civil, dans la mesure où la loi ne prévoyait pas que les victimes pouvaient se constituer partie civile devant elle pour faire valoir leurs moyens et prétentions.

L'arrêt du 10 octobre 2008 a été rendu sur les conclusions conformes du premier avocat général.

(Source : service de documentation et d'études.)

ARRÊT

M. le premier président a, par ordonnance du 21 février 2008, renvoyé le pourvoi devant une chambre mixte et, par ordonnance du 3 février 2008, indiqué que cette chambre mixte serait composée des première et deuxième chambres civiles, et de la chambre criminelle.

Les demandeurs invoquent, devant la chambre mixte, les moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par M^e Spinosi, avocat de M. X... et Mme Y...

Des observations complémentaires ont également été déposées par M^e Spinosi.

Le rapport écrit de Mme Radenne, conseiller, et l'avis écrit de M. de Gouttes, premier avocat général, ont été mis à la disposition des parties.

[...]

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le premier moyen, qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le deuxième moyen, pris en sa première branche ;

Vu le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil ;

Attendu que seules les décisions définitives des juridictions pénales statuant au fond sur l'action publique ont au civil autorité à l'égard de tous ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme Y... et M. X..., avocats, ont été poursuivis disciplinairement pour violation du secret professionnel, sur le fondement de procès-verbaux de transcription de correspondances téléphoniques au cours desquelles la première, collaboratrice du second, révélait à un client de ce dernier, dont la ligne téléphonique était mise sous écoutes sur commission rogatoire d'un juge d'instruction, les entretiens qu'elle

venait d'avoir avec deux personnes placées en garde à vue; que le conseil de l'ordre a infligé une interdiction temporaire d'exercice d'un an avec sursis à la première et deux ans, dont vingt et un mois avec sursis, au second, qui a donné instruction de téléphoner;

Attendu que, pour les déclarer irrecevables à contester la régularité des moyens de preuve fondant la poursuite disciplinaire et confirmer la décision du conseil de l'ordre, l'arrêt retient que la décision de la chambre de l'instruction, qui a dit n'y avoir lieu à annulation des transcriptions en cause, est revêtue de l'autorité de la chose jugée;

Qu'en statuant ainsi, alors que les décisions des juridictions d'instruction, qui tranchent un incident de procédure, ne prononcent pas sur l'action publique, la cour d'appel a violé le principe susvisé;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 12 mai 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Paris; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée.

Ch. mixte. - 10 octobre 2008

Cassation

N° 04-16.174. - CA Paris, 12 mai 2004.

M. Lamanda, P. Pt. - Mme Radenne, Rap., assistée de Mme Bernard, greffier en chef - M. de Gouttes, P. Av. Gén. - M^e Spinosi, Av.

Rapport de Mme Radenne

Conseiller rapporteur

1. - Exposé des faits et de la procédure

Le juge d'instruction du tribunal de grande instance de Paris, chargé de l'instruction de l'affaire dite « Buffalo Grill », a ordonné, par commission rogatoire, l'interception des communications téléphoniques passées sur les lignes attribuées à Christian Z..., susceptible d'être impliqué dans la commission de faits de tromperie et de mise en danger d'autrui dont il était saisi. Des communications échangées par ce dernier, postérieurement à sa mise en examen, avec son avocat, M^e Jean-Pierre X..., ayant fait l'objet de transcriptions, le magistrat instructeur a saisi la chambre de l'instruction afin qu'elle statue sur la régularité de ces retranscriptions. Christian Z... a, pour sa part, sollicité l'annulation des procès-verbaux retranscrivant les communications échangées antérieurement à son placement en garde à vue avec Mme Tania Y..., collaboratrice de M. Jean-Pierre X...

Par arrêt du 12 mars 2003, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a annulé les procès-verbaux de transcription des conversations échangées entre Christian Z... et son avocat, le 24 janvier 2003 à 9 h 41 et à 9 h 50, et dit n'y avoir lieu à annulation des autres pièces de la procédure examinées. Les juges ont retenu que les transcriptions annulées portaient sur la défense des personnes mises en cause, alors que les autres étaient de nature à faire présumer la commission d'une violation du secret professionnel ou d'un outrage à magistrat par les avocats. La chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt, le 1^{er} octobre 2003, et Christian Z... a saisi la Cour européenne des droits de l'homme d'un recours contre la France.

Le 27 février 2003, au vu des procès-verbaux de transcription d'écoutes validés par la chambre de l'instruction, le procureur général près la cour d'appel de Paris a dénoncé au bâtonnier de l'ordre des avocats au barreau de ladite cour le comportement de M^e Jean-Pierre X... et celui de M^e Tania Y... Selon ce courrier, le premier aurait, notamment, tenu, le 14 janvier 2003, des propos gravement injurieux à l'égard du magistrat instructeur et la seconde aurait commis, le 17 décembre précédent, une violation tant du secret professionnel que des dispositions combinées des articles 63-4 et 154 du code de procédure pénale régissant la garde à vue en téléphonant à M. Christian Z..., convoqué par les services de gendarmerie en exécution de la commission rogatoire, pour l'informer des entretiens qu'elle venait d'avoir avec d'autres personnes, toujours en garde à vue dans cette même procédure.

M. le bâtonnier a ouvert une procédure disciplinaire avec instruction, le 21 mars 2003, à l'encontre de Mme Tania Y..., pour violation du secret professionnel, et, le 20 mai 2003, à l'encontre de M. Jean-Pierre X..., pour ce même grief.

Cités, par exploits du 19 novembre 2003, devant le conseil de l'ordre pour l'audience disciplinaire du 2 décembre 2003, Mme Tania Y... et M. Jean-Pierre X... ont argué du caractère déloyal et illicite des écoutes téléphoniques, recueillies au mépris de la liberté de communication entre l'avocat et son client, et demandé qu'elles soient écartées des débats.

Par décision du 16 décembre 2003, le conseil de l'ordre, siégeant comme conseil de discipline, a rejeté cette demande. Pour ce faire, il a retenu, en premier lieu, que les règles légales relatives à l'interception des écoutes téléphoniques ont été respectées, en second lieu que Mme Tania Y..., qui s'est entretenue avec MM. Francis A... et Nicolas B... alors qu'ils étaient en garde à vue, en qualité d'avocat de ces derniers, et non pas de M. Christian Z..., ne peut utilement arguer du secret attaché aux conversations entre l'avocat et son client pour contester la transcription des propos faisant présumer la violation du secret professionnel, secret qui trouve, comme la protection qui s'y attache, sa limite dans la violation de la loi par l'avocat. Au fond, il a estimé les manquements déontologiques caractérisés et prononcé la peine de l'interdiction temporaire d'exercice professionnel d'un an avec sursis à l'encontre de Mme Tania Y... et celle de deux ans, dont vingt et un mois avec sursis, à l'encontre de M. Jean-Pierre X...

Mme Tania Y... et M. Jean-Pierre X... ont déféré cette décision à la cour d'appel. Ils ont invoqué, d'une part, l'extinction des poursuites, faute pour le conseil de l'ordre d'avoir statué dans les deux mois de sa saisine par le procureur général, et, d'autre part, l'illégalité des écoutes. Enfin, ils se sont défendus d'avoir commis une quelconque violation du secret professionnel.

L'arrêt attaqué a rejeté leur recours aux motifs, notamment :

- que les dispositions de l'article 197 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 ne trouvaient pas à s'appliquer, dès lors que le procureur général n'avait pas agi directement ;
- que le moyen relevé du caractère illicite du procédé de preuve sur lequel la poursuite disciplinaire est fondée se heurte à l'autorité de la chose jugée de l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant dit n'y avoir lieu à annulation ;
- que Mme Tania Y... a commis une faute disciplinaire en faisant état, au mépris des dispositions de l'article 63-4 du code de procédure pénale, de l'entretien qu'elle avait eu avec des personnes gardées à vue ;
- qu'il en est de même de M. Jean-Pierre X..., qui a demandé à sa collaboratrice d'accomplir cette démarche contraire à la loi.

Cet arrêt, notifié le 17 mai 2004 à M. Jean-Pierre X..., a été frappé d'un pourvoi, le 2 juillet 2004, par ce dernier, ainsi que par Mme Tania Y...

Le mémoire ampliatif, déposé le même jour, a été signifié par les demandeurs au procureur général près la cour d'appel de Paris, pris en qualité de défendeur, le 15 juillet 2004. Il comporte trois moyens.

Orienté vers la première chambre civile, le pourvoi a été renvoyé en chambre mixte, par ordonnance de M. le premier président en date du 21 février 2008.

2. - Exposé des moyens

Le premier moyen reproche à la cour d'appel d'avoir rejeté le moyen tiré de l'extinction des poursuites. Il comporte trois branches.

Selon la première, «*en retenant que le procureur général n'avait pas agi directement et s'était borné à dénoncer les faits au bâtonnier, la cour d'appel a dénaturé la lettre du procureur général du 27 février 2003, ensemble la décision du 21 mars 2003 d'ouverture de la procédure disciplinaire aux termes de laquelle, sur saisine de M. le procureur général de la cour d'appel de Paris en date du 27 février 2003 [...], le bâtonnier de l'ordre, autorité de poursuite, a pris la décision ce jour après avis conforme du coordinateur de [...] ouvrir une procédure disciplinaire à l'encontre de M^e Y... et d'ordonner qu'il soit procédé à une instruction disciplinaire de l'affaire, et en conséquence de transmettre le dossier au secrétaire de la formation d'instruction aux fins de désignation d'un rapporteur pour violation du secret professionnel*».

Selon la deuxième, «*la cour d'appel a encore dénaturé la décision du conseil de l'ordre qui lui était déférée qui précisait expressément que Mme Tania Y... et M. Jean-Pierre X... ont été cités selon exploits en date du 19 novembre 2003 en vue de l'audience disciplinaire du 2 décembre 2003 à 18 h 30 à raison des faits dénoncés par le parquet général aux termes de sa lettre de saisine en date du 27 février 2003, relative au comportement de M. Jean-Pierre X... et de sa collaboratrice, Mme Tania Y..., dans l'affaire dite "Buffalo Grill" et, partant, méconnu les termes du litige en violation des articles 4 et 5 du nouveau code de procédure civile*».

Selon la troisième, la cour d'appel a violé, par fausse interprétation, les dispositions de l'article 22 de la loi du 31 décembre 1971, dans sa rédaction applicable à la cause, et de l'article 190 du décret du 27 novembre 1991, selon lesquelles le conseil de l'ordre ne peut agir que d'office ou à la demande du procureur général ou à l'initiative du bâtonnier, en jugeant, pour rejeter le moyen pris du caractère définitif de la décision de classement, que le conseil de l'ordre avait été saisi, à l'égard de M. Jean-Pierre X..., à la demande de celui-ci.

Le deuxième moyen, qui s'articule en trois branches, fait grief à l'arrêt d'avoir écarté l'exception d'illégalité des écoutes téléphoniques.

La première reproche à la cour d'appel d'avoir, pour refuser de statuer sur le moyen pris du caractère déloyal de l'obtention des éléments de preuve utilisés, retenu, en violation des articles 4 du code de procédure pénale et 1351 du code civil, que la décision de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris avait autorité de chose jugée sur l'action disciplinaire, alors que les décisions des juridictions d'instruction sont dépourvues d'une telle autorité, qui n'appartient qu'aux seules décisions ayant statué sur l'existence du fait incriminé, sa qualification et la culpabilité de celui à qui il est imputé.

La deuxième branche est tirée de la violation du principe du contradictoire, des droits de la défense et de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que la cour d'appel a opposé aux avocats faisant l'objet de poursuites disciplinaires l'autorité de la chose jugée d'une décision à laquelle ceux-ci n'ont pas été parties.

La troisième branche soutient qu'en refusant, par un motif inopérant, d'écarter des débats la transcription d'échanges téléphoniques entre un avocat et son client, interceptés en l'absence d'indices préalables de la participation de cet auxiliaire de justice à une infraction, la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 100-5, 100-7 du code de procédure pénale, 9 du code de procédure civile, 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, ensemble le principe de loyauté des preuves.

Le troisième moyen, lui aussi articulé en trois branches, soutient que c'est à tort que l'arrêt a écarté l'argumentation tirée de l'absence de faute déontologique, alors que :

Selon la première, «*si l'avocat ne doit, en toute matière, commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel, il peut néanmoins communiquer à son client, pour les besoins de la défense, des renseignements concernant des procédures pénales; qu'en excluant du champ d'application de cette immunité la révélation de l'entretien ayant eu lieu au cours de la garde à vue, la cour d'appel, qui a ajouté une condition à la loi, a violé par fausse interprétation les dispositions de l'article 160 du décret du 27 novembre 1991*» ;

Selon la deuxième, «*seuls une contravention aux lois et règlements, une infraction aux règles professionnelles, un manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse exposent l'avocat qui en est l'auteur aux sanctions de l'article 184 du décret du 27 novembre 1991; qu'en se fondant uniquement sur "l'implication" de M. X..., déduite de la lettre du 5 mai 2003 et de son audition du 17 juillet 2003, la cour d'appel a violé ce texte ainsi que l'article 183 du même décret*» ;

Selon la troisième, «*aux termes de la lettre adressée à l'ordre des avocats le 5 mai 2003, M. X... soulignait que Mme Y... n'avait eu de contact téléphonique avec M. Z... le 17 décembre 2002 que parce qu'elle avait collaboré avec lui sur ce dossier, tout en énonçant que, dans les mêmes circonstances, il aurait agi comme elle l'avait fait; que selon le procès-verbal d'audition, "M. Jean-Pierre X... affirme avoir effectivement donné instruction à Mlle Y..., sa collaboratrice, de téléphoner à M. Christian Z..., dont il était le seul à connaître le numéro de portable"; qu'en déduisant de ces pièces que M. X... avait demandé à sa collaboratrice d'accomplir une démarche contraire à la loi, la cour d'appel les a dénaturées et a violé l'article 1134 du code civil*».

Le 25 avril 2008, les demandeurs ont déposé des observations complémentaires, à l'appui desquelles ils ont produit la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 18 mars 2008, ayant déclaré irrecevable la requête de M. Christian Z... Ils font valoir que cette décision ne peut avoir aucune influence sur la solution du présent pourvoi, l'irrecevabilité ayant été prononcée au motif que les transcriptions validées ne semblent pas, en l'état, avoir de liens avec les infractions reprochées au requérant et ne concernent que ses avocats.

3. - Les moyens ne paraissant pas faire difficulté à juger

S'agissant du premier moyen, tiré de l'extinction des poursuites engagées par le procureur général sur le fondement de l'article 197 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, il convient de rappeler que ce texte, dans sa rédaction antérieure au décret n° 2005-531 du 24 mai 2005, applicable à l'espèce, disposait que «*si, dans les quinze jours d'une demande de suspension provisoire ou dans les deux mois d'une demande de poursuite disciplinaire, émanant du procureur général, le conseil de l'ordre n'a pas statué, la demande est réputée rejetée et le procureur général peut saisir la cour d'appel*».

Or, il résulte du déroulement de la procédure, ci-dessus rappelé, et des pièces de procédure que les poursuites disciplinaires ont été engagées non pas par le procureur général, mais par le bâtonnier de l'ordre des avocats, au vu du signalement émanant de ce magistrat. Le bâtonnier n'a, au demeurant, retenu que l'un des trois griefs relevés par le procureur général. Enfin, contrairement à ce que soutient la troisième branche, c'est également à l'initiative du bâtonnier que les poursuites ont été engagées à l'encontre M. Jean-Pierre X... Ce moyen, qui manque en fait, relève de la non-admission.

Le troisième moyen ne devrait pas davantage retenir notre attention.

Dans sa première branche, il invoque une violation de l'article 160 du décret susvisé, qui autorise l'avocat à communiquer à son client les renseignements en provenance de la procédure d'instruction.

La cour d'appel, pour rejeter ce moyen, s'est référée aux articles 63-4 et 154 du code de procédure pénale.

L'article 160 du décret du 27 novembre 1991, qui a été abrogé par le décret n° 2005-531 du 24 mai 2005, stipulait que «*l'avocat, en toute matière, ne doit commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel. Il doit, notamment, respecter le secret de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une information en cours*».

L'article 63-4 du code de procédure pénale, qui régit les conditions dans lesquelles une personne gardée à vue peut s'entretenir avec un avocat, dispose, en son cinquième alinéa, que «*l'avocat ne peut faire état de cet entretien auprès de quiconque pendant la durée de la garde à vue*».

L'article 154 du même code, relatif aux mesures de gardes à vue exécutées, comme en l'espèce, sur commission rogatoire, renvoie expressément à l'article 63-4, susvisé.

Il vous appartiendra donc de dire si c'est à bon droit que la cour d'appel a considéré que les dispositions de la loi du 24 août 1993, codifiées au cinquième alinéa de l'article 63-4, primaient sur celles du décret du 27 novembre 1991.

Les deuxième et troisième branches font reproche à la cour d'appel, la première, de ne pas avoir caractérisé l'implication personnelle de M. Jean-Pierre X..., et la seconde, d'avoir dénaturé les pièces, à savoir la lettre adressée au bâtonnier de l'ordre des avocats, le 5 mai 2003, par M. Jean-Pierre X... ainsi que le procès-verbal d'audition de ce dernier, en date du 17 juillet 2003.

Il conviendra de se référer, d'une part, au procès-verbal du 17 juillet 2003, signé par M. Jean-Pierre X..., dont il résulte qu'il a affirmé avoir donné pour instruction à sa collaboratrice de téléphoner à Christian Z..., dont il était le seul à connaître le numéro de portable, pour déterminer si la cour d'appel a dénaturé ce procès-verbal et, d'autre part, aux motifs de l'arrêt pour rechercher si elle a, sans dénaturer ni contradiction, caractérisé l'implication personnelle de ce demandeur.

En tout état de cause, ce moyen, qui invoque un défaut de motivation et une dénaturation des pièces, ne soulève aucune difficulté de droit particulière. Il est susceptible de non-admission.

4. - Les points de droit faisant difficulté à juger

C'est incontestablement le second moyen qui justifie la saisine de la chambre mixte. Il pose la question de l'autorité de la chose jugée d'un arrêt de chambre de l'instruction ayant statué sur la régularité d'un acte de procédure sur le civil ou le disciplinaire¹, question qui n'a apparemment jamais été tranchée par la jurisprudence et qui ne semble pas avoir intéressé la doctrine.

La lecture de l'arrêt de la chambre de l'instruction, qui a validé les procès-verbaux de retranscription des écoutes, démontre que Mme Tania Y... et M. Jean-Pierre X... n'ont pas été parties à cette procédure. Certes, l'arrêt de la chambre de l'instruction mentionne le second, mais en tant qu'avocat de trois des mis en examen, qualité qui ne saurait lui conférer celle de partie. Quant à Mme Tania Y..., elle n'apparaît ni comme partie ni comme avocat.

¹ Après bien des hésitations, il a été admis, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, que la procédure disciplinaire est de nature civile. Lorsque le contentieux disciplinaire est contrôlé par le juge civil, il est soumis aux règles de la procédure civile. Au demeurant, l'article 277 du décret du 27 novembre 1991, relatif à la discipline des avocats, dispose qu'il est procédé comme en matière civile pour tout ce qui n'est pas réglé par ledit décret. En l'absence de toute disposition spécifique relative à l'autorité de la chose jugée, ce sont, donc, les règles civiles qui s'appliquent : cf. Jean-Jacques Taisne *in Répertoire Dalloz*, procédure civile, «Avocat»; 1^{er} Civ., 25 avril 1989, *Bull.* 1989, I, n° 165; 1^{er} Civ., 13 juin 2006, pourvoi n° 03-19.653; CE, 14 février 1996 n° 132269.

Alors que, selon l'article 1351 du code civil, «*l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties et formée entre elles et contre elles en les mêmes qualités*», force est de constater que la condition d'identité de parties exigée par ce texte ne se trouve pas remplie.

La cour d'appel pouvait-elle retenir «*qu'en raison de l'autorité de la chose jugée attachée à la décision pénale, le moyen relevé du caractère illicite du procédé de preuve sur lequel la poursuite est fondée n'est pas recevable*» ?

Attachée aux seuls actes juridictionnels mettant fin à la contestation, l'autorité de la chose jugée revêt deux aspects, une autorité négative, qui empêche qu'un même procès soit renouvelé, notion sur laquelle chacun s'entend, et une autorité positive, qui donne lieu à de nombreuses controverses doctrinales et divergences sémantiques. Pour la doctrine classique, l'autorité positive, qui impose de tenir pour vrai ce qui a été jugé, n'a d'effet qu'entre les parties. L'effet *erga omnes*, qui déroge au principe du contradictoire, n'a lieu qu'à titre exceptionnel, lorsque l'ordre public l'exige. Un courant doctrinal plus récent estime que tout jugement définitif, qui certes n'a d'effet substantiel qu'entre les parties, est néanmoins opposable à tous en ce qu'il modifie l'ordonnement juridique. Les effets du jugement ne doivent cependant pas être confondus avec l'autorité de la chose jugée². Les tiers, qui, pour reprendre la formule de Marie-Anne Frison-Roche, extérieurs à l'instance, n'en sont pas moins spécialement intéressés par le sort du procès³, devant pouvoir contester une décision à laquelle ils n'ont pas été parties. Pour un autre courant doctrinal, «*les tiers comme les parties doivent admettre que ce qui a été jugé entre les parties a autorité*»⁴.

Les règles de procédure pénale ont-elles un caractère d'ordre public, qui justifierait que les décisions qui se prononcent sur la régularité d'un acte de procédure aient effet à l'égard de tous, y compris à l'égard du tiers intéressé, ou, au contraire, faut-il permettre, comme le soutiennent les deuxième et troisième branches du moyen, à toute personne qui se prétend victime d'une atteinte à ses droits de faire contrôler contradictoirement la réalité de cette atteinte ?

S'agissant de la troisième branche du moyen, il sera observé que, comme le précise le mémoire ampliatif, il ne nous appartient pas de nous prononcer sur la régularité des écoutes, mais, uniquement, de rechercher si la cour d'appel pouvait opposer aux demandeurs la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée ou si elle devait, comme l'avait fait le conseil de l'ordre des avocats, se prononcer sur le caractère licite ou non des moyens de preuve fondant les poursuites disciplinaires.

Telles sont les principales questions qui se posent à nous.

5. Les éléments de solution

I. - L'autorité de la chose jugée

A. - L'autorité relative ou encore négative de la chose jugée

1. - Au civil

Nous nous bornerons à rappeler les principes essentiels.

L'autorité de la chose jugée découle non seulement de l'article 1351 du code civil, qui figure dans le code civil parmi les présomptions édictées par la loi, mais aussi de l'article 122 du code de procédure civile, qui classe l'autorité de la chose jugée parmi les fins de non-recevoir, et, enfin, de l'article 480 du code de procédure civile, qui dispose que «*Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche [...]*».

La jurisprudence en déduit que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement et a été tranché dans son dispositif⁵, lorsqu'il y a identité de cause, de parties et d'objet⁶. Elle est circonscrite à ce qui a effectivement été jugé.

L'autorité de la chose jugée est attachée aux seuls actes juridictionnels définitifs, y compris ceux qui tranchent sur une exception de procédure. Les jugements qui ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire pour la durée de l'instance, ainsi que les ordonnances de référé, ne possèdent pas au principal cette autorité.

Pour une grande partie de la doctrine, comme pour les rédacteurs du code civil et la jurisprudence, l'autorité de la chose jugée repose sur une présomption légale de vérité, ainsi que sur la nécessité d'assurer la stabilité des rapports juridiques et de mettre fin aux contestations. Elle a essentiellement pour objet d'empêcher que le même procès soit recommencé. Elle n'existe qu'autant qu'il y a identité d'objet, de cause et de parties. En

² Gérard Cornu et Jean Foyer, in *Procédure civile*, Thémis, Coll. Droit privé, PUF, p. 590.

³ Marie-Anne Frison-Roche, in *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris II, 1988, p. 94.

⁴ Voir notamment Georges Wiederkehr, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, Chose jugée, n° 366.

⁵ 2^e Civ., 6 avril 2004, *Bull.* 2004, II, n° 152.

⁶ Ass. plén., 7 juillet 2006, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 8.

l'absence de cette triple identité, le procès n'est plus le même⁷. Pour une autre partie, la relativité de la chose jugée est la conséquence nécessaire du principe de la contradiction⁸. Elle s'impose aux parties comme au juge, d'où l'expression d'autorité relative de la chose jugée.

Il est admis que la chose jugée dessaisit le juge, qui pourra, certes, rectifier sa décision, mais sans porter atteinte à l'autorité de la chose jugée.

2. - Au pénal

Alors que le code pénal ne fait aucune référence à l'autorité de la chose jugée, l'article 6 du code de procédure pénale la mentionne parmi les causes d'extinction de l'action publique, sans la définir, sauf en matière de crime, l'article 368 du code de procédure pénale disposant qu'« aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente ».

Bien avant l'intervention de ce texte, la jurisprudence s'est, tout naturellement, référée à la triple identité de l'article 1351 du code civil ainsi qu'au principe « *Non bis in idem* », en retenant que deux actions pénales distinctes ne peuvent être exercées contre un même prévenu pour des faits identiques dans leurs éléments légaux et matériels⁹, principe consacré par l'article 14-7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques signé à New York le 19 décembre 1966, ainsi que par l'article 4 § 1 du Protocole n° 7 du 22 novembre 1984 à la Convention européenne des droits de l'homme.

L'autorité de la chose jugée au pénal est relative.

S'agissant des décisions des juridictions d'instruction, l'article 188 du code de procédure pénale dispose que « la personne mise en examen à l'égard de laquelle le juge d'instruction a dit n'y avoir lieu à suivre ne peut plus être recherchée à l'occasion du même fait, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges ». La chambre criminelle en déduit logiquement que lorsqu'une information a été clôturée par un non-lieu, seul le ministère public, s'il estime qu'il existe des éléments nouveaux, peut requérir la réouverture de l'information¹⁰. Elle reconnaît l'autorité de chose jugée aux décisions de refus d'informer rendues au motif que les faits dénoncés ne peuvent admettre aucune qualification pénale¹¹. En revanche, elle ne reconnaît pas l'autorité de la chose jugée aux décisions des juridictions d'instruction qui statuent sur la recevabilité de la constitution de partie civile¹² ou, encore, qui déclarent l'action publique non prescrite¹³. Au moins à une reprise, elle a expressément énoncé qu'une décision ayant annulé un acte de procédure était revêtue de l'autorité de la chose jugée¹⁴. Nous reviendrons sur cette question lorsque nous examinerons la portée des décisions statuant sur la régularité d'une procédure d'information.

B. - L'autorité positive de la chose jugée

S'il est toujours admis que la chose jugée ne peut ni nuire aux tiers ni produire de droits à leur profit, un courant doctrinal, continuateur de la théorie développée par Gérard Cornu et Jean Foyer, estime que tout jugement définitif, qui certes n'a d'effet substantiel qu'entre les parties, est néanmoins opposable à tous en ce qu'il modifie l'ordonnement juridique¹⁵. L'autorité positive n'est supportable que maintenue dans les limites subjectives que lui assigne le principe du contradictoire.

Si le tiers doit respecter les décisions de justice comme tous les actes juridiques qu'il ne peut ignorer, le jugement auquel il n'a pas été partie ne peut ni lui profiter ni lui nuire. S'il lui fait grief, il pourra le remettre en cause par la voie de la tierce opposition¹⁶. Enfin, selon Georges Wiederkehr, « l'autorité impose à tous de tenir pour étant le droit ce qui a été jugé à l'égard de ceux à qui s'étend l'effet substantiel »¹⁷.

Les tenants de la distinction entre effets substantiels de la décision et autorité de chose jugée reprochent à la Cour de cassation de confondre l'effet substantiel d'un jugement et son autorité de chose jugée¹⁸, notamment lorsqu'elle reconnaît une autorité absolue aux décisions répressives.

1. - L'autorité erga omnes ou absolue de la chose jugée au pénal sur le civil

a) Le principe

Il diffère de l'opposabilité ou de l'autorité positive telle que nous venons de l'envisager, puisque l'autorité absolue s'impose à tous, sans qu'aucune voie de recours ne soit ouverte aux tiers concernés. Ce principe, qui veut que le juge civil ne puisse pas contredire ce qui a été définitivement jugé par le juge pénal, n'est reconnu par aucun texte. Il résulte d'une construction jurisprudentielle élaborée au cours de la première moitié

⁷ Voir, notamment Jean Carbonnier, in *Droit civil*, Introduction, n° 46 ; Eugène Garsonnet et Charles Cézard-Bru, in *Traité théorique et pratique de procédure*, tome 3, n° 703 et suiv. ; Jean Vincent et Serge Guinchard, in *Précis Dalloz procédure civile*, Roger Perrot et Natalie Fricéro in *Juris-Classeur civil code*, fasc. 554.

⁸ Gérard Cornu et Jean Foyer, in *Procédure civile*, Thémis, coll. Droit privé, PUF, n° 139 ; Marie-Anne Frison-Roche in *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris II, 1988.

⁹ Crim., 14 novembre 1968, *Bull. crim.* 1968, n° 299 ; Crim., 6 juin 1979, *Bull. crim.* 1979, n° 193 ; Crim., 13 décembre 1990, *Bull. crim.* 1990, n° 433 ; Crim., 19 janvier 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 25.

¹⁰ Crim., 11 janvier 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 11.

¹¹ Crim., 3 février 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 38.

¹² Crim., 15 mai 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 185 ; Crim., 20 janvier 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 22.

¹³ Crim., 19 mars 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 73.

¹⁴ Crim., 27 février 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 50.

¹⁵ Jacques Héron et Thierry Le Bars, in *Droit judiciaire privé*, Précis Domat, Montchrestien droit privé n° 333 ; Georges Wiederkehr in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, Chose jugée.

¹⁶ Voir notamment : Serge Guinchard, in *Dalloz Action 2006-2007*, § 421.162 et suiv. ; Jean Vincent et Serge Guinchard, in *Précis Dalloz*, 27^e éd., n° 182 ; Marie-Anne Frison-Roche, in *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris-II, 1988, p. 99 et suiv. ; Jacques Héron et Thierry Le Bars, in *Droit judiciaire privé*, Précis Domat, Montchrestien, n° 340 ; Georges Wiederkehr in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, Chose jugée.

¹⁷ Voir Georges Wiederkehr, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, Chose jugée, n° 248.

¹⁸ Jacques Héron et Thierry Le Bars, in *Droit judiciaire privé*, Montchrestien droit privé, coll. Précis Domat, n° 341 ; Marie-Anne Frison-Roche in *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris II, 1988, p. 163 et suiv.

du XIX^e siècle. Il est admis qu'il a été consacré par l'arrêt X..., rendu le 7 mars 1855¹⁹, au visa de l'article 3 du code d'instruction criminelle, à savoir de la règle « *le criminel tient le civil en état* »²⁰, laquelle ne serait qu'un moyen procédural d'assurer l'application de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, principe dont elle ne serait que la conséquence²¹.

Il s'applique, notamment, lorsque la personne qui se dit victime d'une infraction exerce son action civile postérieurement à l'action publique. Il s'étend aux personnes qui n'ont pas été présentes à l'instance pénale : assureur, civilement responsable. Il trouve son plein effet en matière de responsabilité civile en cas d'unicité de faute civile et pénale. Les décisions pénales ont également autorité de chose jugée en matière disciplinaire²².

b) La jurisprudence

La définition de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil ne s'est guère modifiée. Les décisions les plus récentes retiennent que « *les décisions pénales ont au civil autorité absolue à l'égard de tous en ce qui concerne ce qui a été nécessairement jugé quant à l'existence du fait incriminé, sa qualification, la culpabilité ou l'innocence de ceux auxquels le fait est imputé* »²³. D'autres se bornent à affirmer l'existence de l'autorité *erga omnes* ou absolue de la chose jugée au pénal²⁴, y compris lorsque la juridiction correctionnelle statue sur le seul appel de la partie civile et se borne à dire l'infraction établie, sans prononcer de peine²⁵.

A la différence de l'autorité négative de chose jugée, cette autorité *erga omnes* s'étend aux motifs de la décision, mais seulement à ceux qui sont le support nécessaire du dispositif²⁶ et qui sont relatifs aux seules constatations de nature pénale²⁷.

La partie de la décision par laquelle le juge répressif statue sur la seule action civile n'est dotée que d'une autorité relative. Elle n'a lieu que lorsque la triple identité de parties, d'objet et de cause est réunie dans les conditions de l'article 1351 du code civil²⁸.

S'agissant des décisions des juridictions d'instruction, il est de jurisprudence constante que ce principe ne trouve pas à s'appliquer.

Dès le 31 mars 1855, moins d'un mois après le prononcé de l'arrêt X..., la chambre des requêtes, rappelant que l'autorité de chose jugée ne s'attache qu'aux décisions définitives, a dénié cette autorité aux décisions de non-lieu, qui ont un caractère provisoire²⁹. Depuis, cette solution a toujours été réaffirmée.

Cette autorité leur est refusée, au motif tantôt qu'il s'agit de décisions provisoires révocables³⁰, tantôt que l'autorité de la chose jugée au pénal ne s'attache qu'aux décisions des juridictions de jugement qui sont définitives et statuent sur le fond de l'action publique³¹. Certains arrêts se fondent sur cette double motivation³². Les décisions de refus d'informer n'ont pas davantage autorité de chose jugée³³. Très récemment, la deuxième chambre civile a dénié cette autorité à un arrêt de chambre de l'instruction ayant statué sur une demande de relèvement de l'interdiction des droits civiques³⁴.

La chambre criminelle interdit, elle aussi, aux juges ayant à statuer sur l'action civile de méconnaître une condamnation définitivement prononcée par la juridiction pénale³⁵.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation conduit à considérer que l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil n'est attachée qu'aux décisions répressives définitives, rendues par les juridictions de jugement françaises, lorsqu'elles statuent sur le fond du litige, à savoir sur la culpabilité, et qu'elles sont devenues irrévocables.

¹⁹ Civ., 7 mars 1855, *Bull. civ.* 1855, n° 31 ; *D.* 1855, I, p. 81 ; *S.* 1855, I, p. 439.

²⁰ Actuellement codifiée à l'article 4 du code de procédure pénale, qui dispose que « *l'action civile peut être aussi exercée séparément de l'action publique. Toutefois, il est sursis au jugement de cette action exercée devant la juridiction civile tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement* ». La loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 a ajouté l'alinéa suivant : « *La mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil.* »

²¹ Voir notamment : Michel Pralus, *in* « Observations sur l'application de la règle *le criminel tient le civil en état*, » *Rev. sc. crim.* 1972, p. 31 et suiv., et Jacques-Henri Robert, *in Procédures*, août septembre 2007, p. 42.

²² Si, en l'absence d'identité de faute, il appartient au juge saisi de l'action disciplinaire d'apprécier la gravité des faits reprochés au regard des règles déontologiques, il ne peut, en revanche, méconnaître ce qui a été jugé par le juge répressif : cf. 1^{er} Civ., 17 mai 1988, *Bull.* 1988, I, n° 146 ; 1^{er} Civ., 31 octobre 1989, *Bull.* 1989, I, n° 334, *JCP* 1991, II, n° 21 693, note Gérard Mémèteau ; 1^{er} Civ., 30 mars 2005, *Bull.*, 2005, I, n° 156 ; Soc., 21 novembre 1990, *Bull.* 1990, V, n° 573 ; Soc., 12 mars 1991, *Bull.* 1991, V, n° 122.

²³ 2^e Civ., 3 mai 2006, *Bull.* 2006, II, n° 112, à comparer avec Cass. civ., 4 mars et 22 octobre 1919, *S.* 1921, p. 17 ; Cass. civ., 16 mars 1937, *S.* 1937, I, p. 175.

²⁴ Com., 15 décembre 1987, *Bull.* 1987, IV, n° 272 ; Com., 5 novembre 1991, *Bull.* 1991, IV, n° 330, p. 229 ; Com., 26 mars 2002, pourvoi n° 00-12.575 ; Soc., 12 mars 1991, *Bull.* 1991, V, n° 122 ; Soc., 13 juillet 1994, *Bull.* 1994, V, n° 238.

²⁵ Soc., 6 juillet 1999, *Bull.* 1999, V, n° 325.

²⁶ 2^e Civ., 20 juin 1979, *Bull.* 1979, II, n° 184, *D.* 1980, IR, p. 33.

²⁷ Cass. civ., 28 juin 1949 ; Commentaires : *D.* 1950, Jurisprudence, p. 93 ; 1^{er} Civ., 2 mai 1984, *Bull.* 1984, I, n° 144 ; 2^e Civ., 10 mars 1993, *Bull.* 1993, II, n° 89 ; 2^e Civ., 3 mai 2006, *Bull.* 2006, II, n° 116.

²⁸ Notamment : Cass. civ., 12 mars 1947, *D.* 1947, p. 296 ; Cass. civ., 22 juillet 1952, *D.* 1952, 546 ; 2^e Civ., 13 juin 2002, *Bull.* 2002, II, n° 125.

²⁹ Cass. Req., 31 mars 1855, *S.I.*, 296, *D.* 1885, I, 188.

³⁰ 2^e Civ., 12 novembre 1997, *Bull.* 1997, II, n° 261.

³¹ 2^e Civ., 6 janvier 2005, pourvoi n° 03-11.253.

³² 2^e Civ., 11 février 1970, *Bull.* 1970, II, n° 406.

³³ 2^e Civ., 19 novembre 1998, *Bull.* 1998, II, n° 275.

³⁴ 2^e Civ., 18 avril 2007, pourvoi n° 07-60.188.

³⁵ Crim., 19 juin 2007, *Bull. crim.* 2008, n° 165. Il sera observé que, devant les juridictions répressives, les parties sont, sauf exception, les mêmes.

Ce principe n'a encore jamais été appliqué à une décision de chambre de l'instruction statuant sur la régularité d'un acte de procédure. Il est, en conséquence, essentiel de rechercher son fondement ainsi que les raisons pour lesquelles les décisions des juridictions d'instruction se voient dénier toute autorité sur le civil.

c) L'explication doctrinale du principe

Il est admis de manière unanime que, contrairement à ce que Merlin avait tenté de soutenir au début du XIX^e siècle, il n'y a aucune identité de cause, d'objet et de parties entre l'action publique et l'action civile. En effet, la première tend au prononcé d'une peine en raison d'une infraction pénale, et le ministère public y défend l'intérêt général, alors que la seconde tend, pour la victime, à obtenir la réparation d'un préjudice personnel.

La quasi-totalité des auteurs estiment que le principe a pour but d'éviter la contradiction entre les décisions répressives et civiles. Il ne s'explique que par des considérations d'ordre public. Il évite que le juge pénal, qui a statué sur la culpabilité d'un individu, soit démenti par le juge civil³⁶. Certains auteurs invoquent, en outre, la suprématie de l'ordre répressif, qui, d'une part, a pour mission de se prononcer dans l'intérêt de la société toute entière et qui, d'autre part, dispose de moyens d'investigations que n'ont pas les juges civils³⁷, ou encore la primauté de la décision répressive en raison d'une présomption légale de vérité justifiant l'exception dilatoire de l'article 4 du code de procédure pénale³⁸.

Jacques-Henri Robert, tirant argument des articles 495-5 et 528-1 du code de procédure pénale, selon lesquels l'ordonnance pénale « a les effets d'un jugement passé en force de chose jugée », mais « n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'égard de l'action civile en réparation des dommages causés par l'infraction », considère que l'autorité *erga omnes* de la chose jugée est fondée sur l'existence d'un débat contradictoire devant le juge pénal³⁹. Or, il convient de relever qu'un tel débat n'a pas lieu devant le juge d'instruction, même si la loi du 5 mars 2007 a instauré davantage de contradiction au moment du règlement de la procédure, en prévoyant la communication aux parties du réquisitoire définitif. Ce n'est, donc, qu'en cas d'appel ou d'évocation que les parties pourront débattre contradictoirement devant la chambre de l'instruction⁴⁰. Cette particularité procédurale pourrait contribuer à expliquer l'absence d'autorité des décisions des juridictions d'instruction prononçant un non-lieu ou refus d'informer.

L'explication première retenue par la doctrine pour dénier toute autorité de chose jugée aux décisions d'instruction est qu'il s'agit de décisions provisoires. Toutefois, Nicolas Valticos, *in L'Autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, Sirey, 1953, n° 193 et suivants, et Joëlle Fossereau, *in Encyclopédie Dalloz Pénal*, tome II, « Chose jugée », n° 96, considèrent que c'est en raison même de la mission dévolue aux juridictions d'instruction, déterminer s'il existe des indices suffisants pour décider du renvoi devant les juridictions de jugement et non pas juger de la culpabilité pénale, que leurs décisions n'ont pas autorité au civil. Adopter cette analyse nous conduirait, nécessairement, à ne pas accorder l'autorité de la chose jugée aux décisions statuant sur la régularité de la procédure.

Selon Gérard Cornu et Jean Foyer, la théorie classique relève d'une confusion entre l'efficacité substantielle de la décision et l'autorité de la chose jugée. Ils considèrent que le jugement, qui produit ses effets à l'égard de tous, ne peut être remis en cause que par l'exercice par les parties des voies de recours et par les tiers de la tierce opposition, la relativité étant la conséquence nécessaire du principe du contradictoire⁴¹.

Georges Wiederkehr critique, lui aussi, la conception traditionnelle de l'autorité de la chose jugée, généralement envisagée comme une fin de non-recevoir, ainsi que la distinction faite par la doctrine et la jurisprudence entre autorité relative et autorité absolue. Soutenant que, si la chose jugée ne l'est que relativement aux parties à l'instance, les tiers doivent néanmoins admettre que ce qui a été jugé entre les parties a autorité, il en déduit qu'en l'absence de triple identité de cause, d'objet et de parties entre l'action publique et l'action civile, la demande au civil ne se heurte pas à la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, mais qu'en revanche, ce qui a été jugé au pénal ne peut pas être remis en cause au cours de l'instance civile. Selon lui, il n'y a pas, sur ce point, de différence avec les effets de la chose jugée au civil⁴².

Toujours selon cet auteur, la distinction essentielle entre l'autorité de la chose jugée au pénal et celle jugée au civil réside dans l'éviction du principe du contradictoire, la voie de la tierce opposition n'étant pas ouverte contre les décisions pénales. Il estime possible de justifier l'absence de recours par le rôle du ministère public, qui, en défendant l'intérêt général, défendrait l'intérêt de tous et de chacun, de sorte que la partie à l'instance civile aurait été représentée au procès pénal par le parquet. Il admet, cependant, que cette conception est « peu respectueuse du principe, pourtant essentiel, du contradictoire ».

S'agissant des décisions émanant des juridictions d'instruction, il s'étonne qu'elles ne se voient pas accorder autorité de chose jugée au civil, dès lors que le caractère provisoire d'une décision ne s'oppose pas à ce qu'elle ait autorité jusqu'à la survenance d'un élément nouveau.

³⁶ Nicolas Valticos, *in L'Autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, Sirey, 1953, n° 452.

³⁷ Roger Merle et André Vitu, *in Traité de droit criminel, procédure pénale*, 5^e édition, n° 898 ; Jean Pradel *in Procédure pénale*, 12^e édition, à jour au 1^{er} décembre 2004, n° 1035 ; Gaston Stefani, *in Les Effets du procès pénal sur le procès engagé devant le tribunal civil*, *RIDP* 1955, p. 481.

³⁸ Jacques-Henri Robert, « L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil », *Procédures*, août 2007, p. 42 et suiv.

³⁹ *Op. cit.*

⁴⁰ Le droit d'appel est quasiment inexistant en cas de décision de renvoi devant le tribunal correctionnel. L'évocation est, quant à elle, exceptionnelle.

⁴¹ *In Précis procédure civile*, Thémis, coll. Droit privé, PUF, n° 140.

⁴² *In Répertoire de procédures civiles Dalloz*, Chose jugée, n° 354 et suiv.

Si nous retenons la thèse de M. le professeur Wiederkehr, il suffit que la décision de la chambre de l'instruction présente toutes les caractéristiques d'une décision juridictionnelle définitive pour qu'elle puisse être opposée aux demandeurs au pourvoi.

2. - L'autorité au civil des décisions administratives annulant un acte réglementaire

Toutes les chambres civiles de la Cour de cassation estiment que « *Toute déclaration d'illégalité d'un texte réglementaire par le juge administratif, même décidée à l'occasion d'une autre instance, s'impose au juge civil, qui ne peut faire application de ce texte illégal réputé n'avoir jamais existé* »⁴³. La chambre criminelle a rappelé récemment qu'une telle annulation « *implique, en principe, que cet acte est réputé n'avoir jamais existé et prive de base légale la poursuite engagée pour violation du texte annulé* »⁴⁴. Cette jurisprudence constante est conforme à celle du Conseil d'Etat, qui rappelle que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu, de sorte que la décision d'annulation a un effet absolu et général⁴⁵.

La doctrine déduit le plus souvent de cette jurisprudence que les décisions administratives qui annulent un acte réglementaire ont une autorité absolue au civil. Toutefois, selon Philippe Théry (*in Procédure*, août-septembre 2007, p. 56), « *si l'annulation a effet erga omnes, c'est que l'acte annulé est retranché du droit objectif qui, lui-même, s'imposait à tous. Autrement dit, l'annulation d'un acte réglementaire a nécessairement la même portée que celle de l'acte qu'elle fait disparaître* ». Il considère que cette situation n'est pas propre au contentieux administratif, le contentieux de la propriété fournissant en droit civil un exemple comparable.

Il convient donc de rechercher si l'annulation d'un acte ou d'une pièce de procédure pénale par la chambre de l'instruction est définitive et vaut, comme celle d'un acte administratif, à l'égard de tous.

II. - Le contrôle de la régularité de la procédure d'information et le contentieux des nullités

A titre préliminaire, pour rappeler les enjeux du contentieux de la nullité et les impératifs contradictoires que le juge doit concilier, je me référerai à la décision n° 2004-492, rendue le 2 mars 2004 par le Conseil constitutionnel et, plus précisément, à son considérant n° 3, dont il résulte que les règles de procédure pénale édictées par le législateur sont destinées à « *assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire* ».

Les règles relatives aux nullités de l'information figurent, donc, aux articles 170 à 174 du code de procédure pénale. D'autres textes concernant les enquêtes de police, les juridictions de jugement ou la Cour de cassation doivent également être pris en considération.

A. - L'office de la chambre de l'instruction dans le contrôle de la régularité de la procédure

Les principaux textes du code de procédure pénale qui trouvent à s'appliquer sont⁴⁶ :

- l'article 170 : « *En toute matière, la chambre de l'instruction peut, au cours de l'information, être saisie aux fins d'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure par le juge d'instruction, par le procureur de la République, par les parties ou par le témoin assisté* » ;

- l'article 181 : « *Lorsqu'elle est devenue définitive, l'ordonnance de mise en accusation couvre, s'il en existe, les vices de procédure* » ;

- l'article 206 : « *[...] la chambre de l'instruction examine la régularité des procédures qui lui sont soumises. Si elle découvre une cause de nullité, elle prononce la nullité de l'acte qui en est entaché et, s'il y a lieu, celle de tout ou partie de la procédure ultérieure. Après annulation, elle peut soit évoquer et procéder dans les conditions prévues aux articles 201, 202 et 204, soit renvoyer le dossier de la procédure au même juge d'instruction ou à tel autre, afin de poursuivre l'information* » ;

- l'article 385, premier alinéa : « *Le tribunal correctionnel a qualité pour constater les nullités des procédures qui lui sont soumises, sauf lorsqu'il est saisi par le renvoi ordonné par le juge d'instruction ou la chambre de l'instruction* » ;

- l'article 595 : « *Lorsque la chambre de l'instruction statue sur le règlement d'une procédure, tous moyens pris de nullités de l'information doivent lui être proposés, faute de quoi les parties ne sont plus recevables à en faire état, sauf le cas où elles n'auraient pu les connaître, et sans préjudice du droit qui appartient à la Cour de cassation de relever tous moyens d'office* ».

Il résulte de ces textes que, depuis la loi du 4 janvier 1993, qui a accordé aux parties la possibilité de saisir la chambre d'accusation des nullités de procédure, la juridiction d'instruction du second degré est seule compétente pour statuer sur les irrégularités de la procédure d'information, qu'elle soit saisie du règlement de la procédure ou d'une requête en annulation.

⁴³ Soc., 18 juin 1986, *Bull.* 1986, V, n° 116 ; Com., 20 février 2001, *Bull.* 2001, IV, n° 43 ; 3^e Civ., 17 décembre 2003, pourvoi n° 02-16.153 ; 2^e Civ., 21 avril 2005, *Bull.* 2005, II, n° 108.

⁴⁴ Crim., 21 novembre 2007, *Bull. crim.* 2008, n° 290, *Recueil Dalloz* 2007, p. 111, commentaires Danièle Caron et Sylvie Ménotti.

⁴⁵ Conseil d'Etat, 11 mai 2004, association ACI, n° 255886, *Lebon*, 197.

⁴⁶ Les textes sont reproduits dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, applicables en l'espèce. Les modifications apportées, depuis, qui ont augmenté les droits du témoin assisté, sont sans incidence sur la question qui nous est posée. Seule l'une d'elles, résultant de ladite loi, mérite d'être signalée. Figure, à présent, au début du premier alinéa de l'article 206, la mention « *Sous réserve des dispositions des articles 173-1, 174 et 175* ».

En vertu du premier alinéa de l'article 174 du code de procédure pénale, lorsque la chambre de l'instruction statue sur une requête en annulation, ses arrêts couvrent les vices antérieurs à son examen.

Les décisions de renvoi devant les juridictions de jugement, qu'elles émanent du juge d'instruction ou de la chambre de l'instruction, couvrent également les vices de procédure qui n'auraient pas été soumis à la chambre de l'instruction. Le tribunal correctionnel et le tribunal de police n'ont pas compétence, sauf si le juge d'instruction a omis de délivrer l'avis de fin d'information, pour statuer sur les irrégularités des procédures d'instruction. Quant à la cour d'assises, cette compétence lui a toujours été déniée.

Il s'ensuit que la chambre de l'instruction a une compétence exclusive pour statuer sur la régularité des procédures. Elle statue en premier et dernier ressort, par une décision susceptible de pourvoi, à l'issue d'un débat contradictoire auquel toutes les parties ont été convoquées et ont pu faire connaître, sauf forclusion, leurs moyens de nullité. Sa décision, une fois définitive, s'impose aux parties et ne peut pas être remise en cause par la juridiction de jugement.

On peut donc affirmer que lorsque la chambre de l'instruction statue sur la régularité de la procédure, sa décision, qui s'impose aux parties, présente toutes les caractéristiques d'un acte juridictionnel définitif revêtu de l'autorité de la chose jugée. A cette exception près que, si elle est à nouveau saisie de la régularité de la procédure, la chambre de l'instruction pourra, en application des articles 174 et 206 susvisés, relever d'office l'irrégularité d'actes qui figuraient déjà à la procédure lors du précédent examen, ce que la jurisprudence de la chambre criminelle tend à confirmer⁴⁷.

B. - La nature des nullités

1. - Les textes applicables

Les nullités de procédure sont définies par l'article 171 du code de procédure pénale, selon lequel « Il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ».

Les formalités édictées par les articles 56 et suivants, 76, 95 et 96, 706-28, 706-35, 706-92, 706-93, 78-3 et 100-7 du code de procédure pénale en matière de perquisitions, saisies, vérification d'identité, écoutes téléphoniques sur les lignes d'un avocat, sont prévues à peine de nullité.

Toutefois, l'article 802 prévoit que, « En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ». Enfin, l'article 172 du code de procédure pénale permet à la partie envers laquelle une formalité substantielle a été méconnue de renoncer expressément à s'en prévaloir.

La volonté du législateur est donc que l'annulation ne puisse être prononcée que s'il a été porté atteinte aux droits de la partie concernée.

2. - L'application du principe « pas de nullité sans grief »

Jean Pradel⁴⁸ et Jean Dumont⁴⁹, conseiller honoraire à la Cour de cassation, considèrent qu'il existe toujours quelques nullités substantielles, d'ordre public, pour lesquelles le grief n'est pas à démontrer. Il s'agit essentiellement de la violation des règles de compétence, d'organisation et de composition des juridictions.

Cette thèse trouve sa confirmation dans plusieurs arrêts de la chambre criminelle qui, soit ne font aucune référence à l'existence d'un grief, soit écartent expressément l'application des articles 171 et 802 du code de procédure pénale. Il en est ainsi, à titre d'exemple, en cas de désignation irrégulière d'un expert ou d'excès de pouvoir commis par un enquêteur⁵⁰.

Comme l'écrivent Serge Guinchard et Jacques Buisson, la rédaction des articles 171 et 802 du code de procédure pénale n'implique pas nécessairement qu'il faille prouver l'existence d'un grief. Certaines violations présupposent une atteinte aux droits de la défense, qui ne peut être écartée par le juge du fond, alors que, pour d'autres, il lui incombe d'apprécier si, en l'espèce, la partie concernée a subi un grief⁵¹.

A titre d'exemple, la chambre criminelle considère que la violation des prescriptions légales régissant la garde à vue porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée⁵². En revanche, la violation des règles relatives à la publicité des débats, aux perquisitions, aux saisies, aux interceptions téléphoniques, ne donne lieu à annulation que lorsqu'il est établi que la méconnaissance d'une formalité substantielle a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ; ainsi, jusqu'à présent, en l'absence de grief porté aux intérêts de la personne mise en examen, la perquisition irrégulière réalisée chez un tiers n'est pas annulée⁵³.

Enfin, la chambre criminelle déduit de l'exigence de grief que les parties à la procédure d'instruction ne peuvent solliciter que l'annulation des actes qui les concernent personnellement. Elle a notamment jugé qu'une personne mise en examen ne pouvait soulever l'irrégularité de l'audition d'un témoin, de la garde à vue d'une autre personne, de perquisitions effectuées au domicile d'un tiers, du contrôle d'identité ou de l'interpellation

⁴⁷ Crim., 19 février 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 66 ; Crim., 7 février 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 35.

⁴⁸ *In Procédure pénale*, Cujas, 12^e édition, n° 782.

⁴⁹ *In Juris-Classeur Procédure pénale*, articles 170 à 174-1, fasc. 20, n° 82 et suiv.

⁵⁰ Crim., 8 juillet 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 180 ; Crim., 1^{er} septembre 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 211.

⁵¹ *Procédure pénale*, 4^e édition, n° 2173 et suiv.

⁵² Crim., 17 mars 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 69.

⁵³ Crim., 15 juin 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 229 ; Crim., 14 septembre 2004, pourvoi n° 04-83.793 ; Crim., 26 juin 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 172 ; Crim., 25 juillet 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 187.

d'un autre mis en examen, des conversations échangées entre un détenu et un tiers⁵⁴, que seule la personne dont la ligne était placée sous écoutes pouvait contester la régularité de leur prolongation⁵⁵. A présent, la chambre criminelle reconnaît à toute personne mise en examen dont les conversations téléphoniques ont été enregistrées et retranscrites le droit de contester la régularité des écoutes.

En conséquence, les nullités ont, pour la plupart d'entre elles, un caractère relatif. Elles ne sont sanctionnées que si elles portent atteinte aux intérêts des parties à la procédure concernée par l'acte en cause.

C. - Les effets de la décision de la chambre de l'instruction statuant sur la régularité de la procédure d'instruction

Ils sont prévus par l'article 174 du code de procédure pénale, qui dispose que « *Lorsque la chambre de l'instruction est saisie sur le fondement de l'article 173, tous moyens pris de nullité de la procédure qui lui est transmise doivent, sans préjudice du droit qui lui appartient de les relever d'office, lui être proposés. A défaut, les parties ne sont plus recevables à en faire état, sauf le cas où elles n'auraient pu les connaître.*

La chambre de l'instruction décide si l'annulation doit être limitée à tout ou partie des actes ou pièces de la procédure viciée ou s'étendre à tout ou partie de la procédure ultérieure et procède comme il est dit au troisième alinéa de l'article 206.

Les actes ou pièces annulés sont retirés du dossier d'information et classés au greffe de la cour d'appel. Les actes ou pièces de la procédure partiellement annulés sont annulés après qu'a été établie une copie certifiée conforme à l'original, qui est classée au greffe de la cour d'appel. Il est interdit de tirer des actes et des pièces ou parties d'actes ou de pièces annulés aucun renseignement contre les parties, à peine de poursuites disciplinaires pour les avocats et les magistrats ».

Il sera observé que, en matière de nullité de l'information, le terme « *parties* » peut avoir deux acceptions : les parties aux débats devant la chambre de l'instruction, à savoir celles qui ont été avisées de la date d'audience et qui ont pu faire valoir leurs moyens de nullité, parmi lesquelles devrait figurer le témoin assisté⁵⁶, et les parties à la procédure d'instruction, à savoir les personnes mises en examen et les parties civiles, qui sont susceptibles d'évoluer tout au long de l'information, notamment en cas de nouvelles mises en examen ou constitutions de parties civiles, d'ordonnances de non-lieu partiel ou d'irrecevabilité de constitution de partie civile.

1. - Lorsque la décision valide les actes de la procédure

Le premier alinéa de l'article 174, qui vise les parties aux débats, instaure une forclusion, leur interdisant de soulever la nullité d'un acte qui figurait déjà au dossier lors d'un précédent examen. Ce texte ne distingue pas selon que sa régularité a ou non déjà été examinée par le précédent arrêt.

a) A l'égard des parties aux débats

Dans les deux hypothèses, la chambre criminelle leur oppose la forclusion du premier alinéa de l'article 174⁵⁷. Lorsque la régularité de l'acte a été expressément examinée par un arrêt auquel le requérant était partie, elle ajoute que ce texte s'oppose à ce qu'une personne mise en examen puisse contester la validité d'un acte déclaré régulier au terme d'une procédure contradictoire à son égard⁵⁸, sans relever la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, alors pourtant que la triple identité d'objet, de cause et de parties est incontestablement réunie.

On peut, néanmoins, comme le fait M. le conseiller Jean Dumont, déduire des dispositions du premier alinéa de l'article 174 que la décision, qui valide les actes de la procédure, est définitive et contradictoire et s'impose aux parties aux débats⁵⁹, et qu'elle a, à leur égard, autorité de chose jugée.

b) A l'égard des personnes qui n'acquièrent la qualité de partie que postérieurement à l'arrêt ayant validé un acte de procédure

Plus intéressant pour la solution qui nous occupe est l'arrêt rendu le 14 mai 2002 par la chambre criminelle, lequel retient que « *s'il est vrai que la personne mise en examen après que la chambre de l'instruction a été appelée à statuer sur la régularité de la procédure ne peut se voir opposer la cause d'irrecevabilité prévue par l'article 174 du code de procédure pénale, elle ne saurait cependant proposer un moyen de nullité déjà rejeté par la chambre de l'instruction* »⁶⁰. En l'espèce, il était sollicité l'annulation d'un réquisitoire supplétif qu'un précédent arrêt devenu définitif après rejet du pourvoi avait validé. Il convient d'observer que l'annulation d'un réquisitoire ne peut être prononcée que si cet acte ne satisfait pas aux formes et conditions essentielles de son existence légale. Il ne s'agit donc pas d'une nullité soumise à grief, ce qui peut expliquer la solution retenue. Toutefois, les termes généraux employés par l'arrêt peuvent laisser penser que la solution aurait été identique s'il s'était agi d'une nullité soumise à grief.

C'est, à ma connaissance, le seul arrêt qui a opposé, implicitement, certes, l'autorité de la chose jugée à un tiers aux débats devant la chambre de l'instruction.

⁵⁴ Crim., 31 mars 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 121 ; Crim., 14 décembre 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 304 ; Crim., 18 avril 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 150 ; Crim., 4 avril 2001, pourvoi n° 00.86-155 ; Crim., 25 novembre 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 221 ; Crim., 4 mars 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 57 ; Crim., 31 mai 2006, pourvoi n° 05-82.782.

⁵⁵ Pourvoi n° 93-83.141.

⁵⁶ Le témoin assisté n'a pas la qualité de partie à la procédure d'information.

⁵⁷ Crim., 19 février 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 66 ; Crim., 22 mars 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 130 ; Crim., 30 mai 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 226.

⁵⁸ Crim., 19 juillet 1994, *Bull. crim.* 1994, n° 355 ; Crim., 3 mars 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 79.

⁵⁹ *In Juris-Classeur Procédure pénale*, articles 170 à 174-1, fasc. 20, n° 158.

⁶⁰ Crim., 14 mai 2002, *Bull. crim.* 2002, n° 111.

c) A l'égard des tiers à l'information

Il n'existe aucun précédent.

En effet, selon une jurisprudence bien établie, il n'appartenait pas aux juridictions d'instruction du second degré d'examiner la régularité d'une pièce provenant d'une procédure distincte⁶¹.

Cette jurisprudence a été abandonnée par un arrêt du 7 décembre 2005⁶², à la suite d'une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, rendue en matière d'écoutes téléphoniques⁶³, que nous examinerons ultérieurement.

Depuis, la chambre criminelle autorise les personnes mises en examen à soulever l'irrégularité d'actes accomplis dans une procédure distincte lorsqu'elles invoquent une atteinte à l'un de leurs droits commise dans cette procédure ou soutiennent que les éléments en provenant auraient été illégalement recueillis, ou encore si elles établissent qu'un acte leur fait grief dans la procédure soumise à la chambre de l'instruction⁶⁴.

Cette formulation peut laisser à penser que la chambre criminelle s'apprêterait à élargir la notion de grief, jusque-là entendue, sauf nullité substantielle ou procédé déloyal en matière de preuve⁶⁵, comme une violation des droits reconnus à la personne poursuivie, pour se rapprocher de la conception de la Cour européenne des droits de l'homme, qui paraît admettre que tout acte irrégulier qui sert de fondement aux poursuites cause un grief à la personne poursuivie.

Un arrêt du 19 décembre 2007, qui a cassé une décision d'une chambre d'instruction ayant refusé d'examiner la régularité d'écoutes provenant d'une procédure distincte aux motifs « *qu'il lui appartenait, comme l'y invitait le requérant, de procéder, par motifs propres, à l'examen de la régularité des actes litigieux dans chacune des procédures au regard tant des articles 100 et suivants du code de procédure pénale que des principes résultant de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* »⁶⁶, mérite d'être signalé. Il doit retenir notre attention en ce qu'il semble considérer que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme exige que toute personne faisant l'objet de poursuites pénales puisse faire examiner la régularité des écoutes dont elle a été l'objet.

La chambre criminelle ne s'étant pas, encore, prononcée sur la possibilité pour une partie d'arguer de nullité un acte dont la régularité a été admise par une décision définitive de la chambre de l'instruction rendue dans une procédure distincte, la solution que nous donnerons à la question qui nous est soumise présente un intérêt tout particulier.

Mme l'avocat général Dominique Noëlle Commaret a écrit, en commentant l'arrêt du 7 décembre 2005, que « *l'important revirement de jurisprudence ainsi opéré par la chambre criminelle répond aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme. Mais l'on n'a sans doute pas fini d'en mesurer l'impact sur l'approche traditionnelle de l'article 174 du code de procédure pénale par la Cour de cassation, qui limitait jusqu'à présent le domaine des nullités des actes ou pièces de procédure au seul cadre de la procédure dans laquelle ils avaient été accomplis et rédigés* »⁶⁷.

2. - Lorsque la décision annule un acte de procédure

a) A l'égard des parties à l'information

Le troisième alinéa de l'article 174 du code de procédure pénale fait obligation de retirer les actes annulés du dossier et de les déposer au greffe. Il fait interdiction de tirer aucun renseignement des actes annulés contre les parties. On peut penser qu'il s'agit des parties à l'information.

L'annulation a donc effet à l'égard de toutes les parties à la procédure, y compris de celles qui, n'ayant acquis cette qualité que postérieurement aux débats devant la chambre de l'instruction, n'étaient pas parties à la décision ayant prononcé la nullité.

La chambre criminelle déduit du troisième alinéa de l'article 174 du code de procédure pénale que le retrait des pièces annulées ne peut être prononcé que d'une manière indivisible à l'égard de toutes les parties à l'information. En conséquence, elle casse les décisions qui annulent les actes irréguliers à l'égard de l'auteur du pourvoi et les déclarent réguliers à l'égard de parties ne s'étant pas pourvues⁶⁸.

La seule exception à ce principe est l'hypothèse où l'annulation, sur le pourvoi d'un seul mis en examen, intervient après que la décision de renvoi devant la juridiction de jugement est devenue définitive à l'égard des autres accusés. Cette décision qui couvre, en application de l'actuel article 181 du code de procédure pénale, les vices de la procédure antérieure, fait obstacle à ce que l'annulation ait effet à l'égard des accusés définitivement renvoyés devant la cour d'assises. Elle n'a donc effet qu'à l'égard de la partie qui s'est pourvue⁶⁹.

Cette dernière solution est approuvée par Jean Pradel et par Albert Maron, qui considèrent qu'elle s'impose par l'effet relatif de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel.

⁶¹ Crim., 13 octobre 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 254 ; Crim., 6 octobre 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 210 ; Crim., 18 avril 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 151 ; Crim., 16 mai 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 190 ; Crim., 15 janvier 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 10.

⁶² *Bull. crim.* 2005, n° 327.

⁶³ CEDH, 20 mars 2005, *aff. X... c/France*, requête n° 57752/00.

⁶⁴ Crim., 8 juin 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 166 ; Crim., 31 octobre 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 263.

⁶⁵ Audition d'un témoin sous hypnose, Crim., 12 décembre 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 369.

⁶⁶ *Bull. crim.* 2007, n° 317.

⁶⁷ *In Revue sc. crim.* 2006, p. 343.

⁶⁸ Crim., 28 juin 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 252.

⁶⁹ Crim., 5 septembre 1990, *Bull. crim.* 1990, n° 310 ; Crim., 12 février 1991, *Bull. crim.* 1991, n° 68, *D.* 1991, p. 209, commentaire Jean Pradel ; Crim., 20 juin 2001, pourvoi n° 01-82.614, *Droit pénal*, nov. 2001, p. 23, comm. n° 135, Albert Maron.

En revanche, Albert Maron estime que prononcer l'annulation des actes irréguliers à l'égard de toutes les parties, y compris à l'égard de celles qui ne se sont pas pourvues, porte atteinte à l'autorité de chose jugée attachée au premier arrêt, définitif à l'égard de ces dernières⁷⁰.

Pourtant, il est certain que le législateur a entendu consacrer la jurisprudence de la chambre criminelle qui, dès le 8 mai 1974, avait retenu cette solution⁷¹. La raison en est que si les actes annulés subsistent en procédure et sont utilisés contre certaines des parties, il est difficile d'en faire abstraction à l'égard de celles qui en ont obtenu l'annulation. C'est d'ailleurs pour éviter cette difficulté que le législateur a, par la loi du 24 août 1993, introduit dans le code de procédure pénale l'article 612-1, qui permet à la chambre criminelle d'étendre la cassation aux parties qui ne se sont pas pourvues.

On peut déduire de ce qui précède que l'arrêt prononçant la nullité de la procédure a effet à l'égard de toutes les parties à l'information, présentes ou futures, mais pas à l'égard de celles qui, renvoyées devant la juridiction de jugement, ont perdu la qualité de partie à l'information au moment du prononcé de l'annulation.

b) A l'égard des tiers à l'information

La chambre criminelle, tirant les conséquences de l'interdiction de puiser des renseignements contre les parties, qui figurait, antérieurement à la loi du 4 janvier 1993, à l'article 173 du code de procédure pénale⁷², affirme que l'interdiction de tirer des actes et des pièces ou parties d'actes ou de pièces annulés aucun renseignement contre les parties ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de procédures différentes et, par suite, de débats distincts⁷³.

Dans une espèce où des personnes étaient mises en examen, à la fois dans la procédure où l'annulation avait été prononcée et dans celle où l'acte annulé figurait en copie, la chambre criminelle a retenu que ne porte pas atteinte au principe de l'autorité de la chose jugée le fait de laisser subsister, dans la procédure dans laquelle elle a été versée, une pièce dont la nullité a été constatée dans la procédure d'origine, à condition que la pièce annulée ne constitue pas le fondement de la poursuite⁷⁴.

En revanche, rappelant que les dispositions de l'article 174 du code de procédure pénale interdisent de tirer d'actes ou de pièces annulés dans une procédure antérieure aucun renseignement contre les parties ayant bénéficié de cette annulation, la chambre criminelle en déduit qu'est irrégulière toute poursuite exclusivement fondée sur des pièces précédemment annulées, fût-ce dans une information distincte⁷⁵.

Au vu tant des dispositions de l'article 174 du code de procédure pénale que de la jurisprudence de la chambre criminelle, la décision d'annulation n'a pas effet *erga omnes*. Elle est limitée aux seules parties contre lesquelles aucune poursuite ne peut être engagée sur le fondement des actes annulés. On peut, toutefois, penser que le principe de la loyauté des preuves s'oppose à ce que des poursuites, même contre un tiers, soient fondées exclusivement sur un acte nul.

III. - Les droits de la défense, le principe de la contradiction, les articles 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

A. - Le respect du principe de la contradiction, des droits de la défense et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme

1. - Les textes concernés

Le principe du contradictoire est consacré par les articles 14 à 17 du code de procédure civile. Quant à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, il dispose notamment que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ».

2. - La doctrine

Dès le début du XIX^e siècle, bien avant la Convention européenne des droits de l'homme, l'inconvénient majeur du principe de l'autorité de la chose jugée *erga omnes*, qui est de rendre opposable à des personnes qui n'ont pas été en mesure de faire valoir leurs droits devant la juridiction pénale une décision rendue suivant des preuves qu'elles n'ont pu connaître et discuter, est apparu⁷⁶. Au XX^e siècle, Chavanne⁷⁷, Gaston Stéfani⁷⁸, Joëlle Fossereau⁷⁹ ont, tous, mis en avant l'atteinte au principe du contradictoire et aux droits de la défense. Valticos a proposé de conserver la règle, mais uniquement en la limitant à l'action civile en réparation du dommage⁸⁰. La doctrine contemporaine, qui observe que ce principe est inconnu d'autres systèmes juridiques, notamment des droits anglo-saxon, allemand, grec et portugais, y est, dans sa très grande majorité, opposée. Parmi les

⁷⁰ *Droit pénal*, févr. 2001, p. 24, comm. n° 26.

⁷¹ *Bull. crim.* 1974, n° 167.

⁷² L'article 173 du code de procédure pénale limitait l'interdiction aux « *parties aux débats* ».

⁷³ *Crim.*, 9 mars 1981, *D.* 1982, *Jurisprudence*, p. 511, note Wilfrid Jeandidier ; *Crim.*, 19 janvier 2000, pourvoi n° 98-86.728 ; *Crim.*, 16 février 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 72.

⁷⁴ *Crim.*, 27 février 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 50.

⁷⁵ *Crim.*, 27 mars 1995, *Bull. crim.* 1995, n° 127 ; *Crim.*, 16 mai 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 130.

⁷⁶ Voir à ce sujet Nadia Andriot-Lebœuf, « Du principe d'autorité de chose jugée au pénal sur le civil : bilan et perspective », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif* 2000, n° 3, p. 1205 et suiv.

⁷⁷ In « Les effets du procès pénal sur le procès civil engagé devant le tribunal civil », *Rev. sc. crim.* 1954, p. 248.

⁷⁸ In *RID pén.* 1955, p. 486 et suiv.

⁷⁹ In *Encyclopédie Dalloz*, Pénal, tome II, Chose jugée, n° 78.

⁸⁰ In « L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil », *Sirey*, 1953, n° 477.

farouches adversaires, qui appellent à la disparition totale du principe, on trouve Marie-Anne Frison-Roche⁸¹, Michèle-Laure Rassat⁸² et Jean Pradel⁸³. Serge Guinchard et Bernard Buisson considèrent que l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil est anachronique et qu'elle ne peut se justifier au regard de l'exigence d'un procès équitable⁸⁴. Merle et Vitu, pourtant considérés comme favorables au principe, reconnaissent qu'il méconnaît l'exigence du droit à un procès équitable imposée par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et pourrait motiver la condamnation de la France si la question était, un jour, posée à la Cour européenne⁸⁵.

3. - Votre jurisprudence

Votre Cour, consciente de la difficulté, a, comme nous l'avons vu, apporté diverses restrictions à ce principe. Elle l'a même écarté par un arrêt isolé, rendu le 9 mai 1898⁸⁶, et, plus récemment, à deux reprises, par un arrêt de la chambre mixte du 3 juin 1998⁸⁷ et par un arrêt de l'assemblée plénière du 12 juillet 2000⁸⁸.

Dans la première espèce, la victime d'une diffamation, après avoir obtenu la condamnation du directeur de la publication par la juridiction répressive, a fait citer l'auteur de l'article devant la juridiction civile. La chambre mixte a retenu qu'elle avait, par son action devant la juridiction répressive, épuisé son droit à attirer les autres participants à l'infraction. La solution ainsi dégagée permet, en matière de presse, d'éviter d'avoir à leur opposer l'effet *erga omnes* de la décision pénale. Dans les conclusions publiées avec cet arrêt, M. le premier avocat général Joinet s'est attaché à démontrer que « *le principe de l'autorité absolue entendu, sans restriction, erga omnes encourt le grief de contrariété à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne* » en privant une personne du droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, dans le respect de l'égalité des armes.

Par le dernier arrêt, rendu au rapport de Mme le conseiller Mazars, vous avez jugé qu'une décision de la Cour de justice de la République, statuant sur l'action publique, n'est pas opposable aux plaignants, qui ne peuvent pas se constituer devant cette juridiction. Solution qui revient à écarter l'autorité de la chose jugée absolue d'une décision pénale statuant sur la culpabilité, lorsque les tiers concernés ne peuvent exercer leurs droits devant une juridiction répressive.

En commentant l'arrêt de votre chambre mixte du 3 juin 1998, Didier Rebut a écrit que cette décision semble « *annoncer la fin du caractère absolu de l'autorité absolue de chose jugée au pénal sur le civil, dont elle prévient que l'effet d'opposabilité aux tiers des jugements répressifs n'est plus acceptable dans une société soucieuse des droits et libertés fondamentales* ». Il considère que « *l'ordre public n'est préservé que lorsque les droits de la défense peuvent être garantis sans le sacrifier* »⁸⁹. Merle et Vitu ont approuvé « *ce biais procédural* » permettant de sauvegarder le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, tout en s'interrogeant sur la durée de la survie du principe.

4. - La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Sans reprendre de manière exhaustive la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, je rappellerai qu'elle affirme que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme a pour but de protéger des droits, non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs et que le droit à un procès équitable tient une place éminente dans une société démocratique⁹⁰.

Je n'évoquerai que l'arrêt X... c/Espagne du 26 juin 1993 (requête n° 12952/87), par lequel la Cour européenne reconnaît que le droit à un procès équitable implique par principe, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations et des pièces produites par l'autre et de les discuter.

Dans cette affaire, le recours émanait des consorts X..., qui, à la suite d'une loi « *expropriant le capital d'une société* » dont ils détenaient la majeure partie des actions, avaient vu rejeter leur action civile en restitution. Ils n'avaient pu intervenir devant le Tribunal constitutionnel, qui, saisi à titre préjudiciel de la constitutionnalité de la loi, avait admis sa conformité à la Constitution, après avoir entendu l'Etat espagnol, défendeur au procès intenté par les consorts X...

Les juges européens, constatant que l'annulation des normes controversées aurait amené les juges civils à accueillir les prétentions de la famille X..., ont considéré qu'il existait un lien étroit entre les objectifs des deux demandes, et en ont déduit une violation du droit à un procès équitable.

Dans l'espèce qui nous occupe, la situation peut paraître similaire. Il n'est guère contestable que la régularité des écoutes, qui sont le fondement des poursuites disciplinaires, a un caractère déterminant sur l'issue de la procédure.

Certes, on peut objecter, d'une part, que les demandeurs ont pu discuter le contenu des procès-verbaux de retranscription ainsi que le bien-fondé des poursuites et, d'autre part, que M. Jean-Pierre X..., en sa qualité d'avocat de trois des mis en examen, a pu, par l'intermédiaire de ses clients, faire valoir les moyens de nullité relatifs aux écoutes devant la chambre de l'instruction.

⁸¹ In *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris II, 1988, p. 115 et suiv., p. 169 et suiv.

⁸² In *Traité de procédure pénale*, PUF 2001, n° 521 et suiv.

⁸³ In *Procédure pénale*, Cujas, 12^e édition, n° 1035.

⁸⁴ In *manuel Procédure pénale*, 4^e édition, n° 2448.

⁸⁵ In *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Cujas, 5^e édition, n° 899.

⁸⁶ *Bull. civ.* 1898, n° 79.

⁸⁷ Chambre mixte, 3 juin 1998, *Bull.* 1998, Ch. mixte, n° 3, *BICC* n° 488, du 15 septembre 1998, p. 5.

⁸⁸ *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 6.

⁸⁹ *D.* 1998, Jurisprudence, p. 575.

⁹⁰ Cf. note de Mme Mazars, publiée avec l'arrêt 12 juillet 2000, *BICC* n° 524, 15 novembre 2000, p. 33 et suiv.

Mais, dès lors qu'un avocat n'est pas partie à la procédure dans laquelle il intervient en cette qualité, il n'est pas certain que les articles 171 et 802 du code de procédure pénale, qui soumettent le prononcé de la nullité à un grief subi par la personne concernée, permettent à la chambre de l'instruction d'examiner la régularité des écoutes à l'égard de tiers à la procédure (cf. *supra*).

B. - Le respect de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme

Selon ce texte, « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

La Cour européenne des droits de l'homme considère que les communications téléphoniques se trouvent comprises dans la notion de vie privée et de correspondance, que leur interception, y compris dans des locaux professionnels⁹¹, constitue une ingérence dans un droit garanti par l'article 8, qui ne peut avoir lieu que pour autant qu'elle soit prévue par la loi, qu'elle soit nécessaire et qu'elle fasse l'objet d'un contrôle efficace.

Toute personne dont les conversations ont été écoutées, que ce soit sur sa ligne ou celle d'un tiers, doit pouvoir faire contrôler que l'écoute poursuit un but légitime et nécessaire.

En conséquence, interdire à une personne qui a fait l'objet d'écoutes sur la ligne d'un tiers⁹² ou dans une procédure distincte⁹³ de faire contrôler leur régularité prive de la protection de la loi.

Saisie par Christian Z... d'un recours à la suite du rejet de son pourvoi contre l'arrêt dont l'autorité de la chose jugée est invoquée dans la présente procédure, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré son recours irrecevable, en relevant, d'une part, qu'il avait bénéficié d'un contrôle efficace apte à limiter l'ingérence litigieuse à ce qui est nécessaire en démocratie et, d'autre part, « *qu'en dépit du fait que le requérant était le sujet des écoutes, les transcriptions qui n'ont pas été annulées par la chambre de l'instruction ne concernent que les avocats de celui-ci et ne semblent pas en l'état avoir de lien avec les infractions reprochées au requérant* »⁹⁴.

*
* *

C'est à la lumière de ces observations qu'il appartiendra à la chambre mixte de déterminer si les décisions de la chambre de l'instruction validant un acte de procédure doivent avoir effet à l'égard de tous.

Suivant la voie ouverte par l'arrêt rendu par la chambre criminelle, le 14 mai 2002, la chambre mixte rejettera le pourvoi, si elle considère :

- d'une part, que les décisions qui statuent sur la régularité de la procédure doivent être opposables *erga omnes* en raison de leur portée ou, encore, de la nécessité d'éviter toute contradiction entre les décisions des juridictions pénales et civiles ;
- d'autre part, que la mission de contrôle de la régularité de l'entier dossier, que la chambre de l'instruction tient des articles 174 et 206 du code de procédure pénale, garantit le respect des droits des tiers concernés et, qu'en l'espèce, les demandeurs au pourvoi, dont l'un d'eux était l'avocat de trois des personnes mises en examen, ont pu faire valoir leurs droits devant la chambre de l'instruction par l'intermédiaire de leurs clients.

Si elle admet que le principe de l'autorité de la chose jugée des décisions répressives statuant sur un acte de procédure doit s'imposer aux juridictions civiles, mais, retient, comme l'a jugé l'assemblée plénière, le 12 juillet 2000, qu'une partie à la procédure civile, qui ne peut intervenir devant la juridiction répressive, ne saurait se voir opposer une décision émanant de cette juridiction, elle censurera la décision attaquée au motif que l'arrêt de la chambre de l'instruction n'est pas opposable aux demandeurs, qui ne pouvaient être personnellement parties à cette décision.

Si la chambre mixte estime que le principe jurisprudentiel de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, tel qu'il a été dégagé au cours des cent cinquante-trois dernières années, ne trouve à s'appliquer qu'aux décisions prononçant sur la culpabilité et que rien ne justifie son extension à celles qui examinent la régularité d'un acte de procédure, elle cassera l'arrêt au motif qu'une décision de la chambre de l'instruction statuant sur la régularité d'un acte de procédure ne peut avoir autorité de chose jugée.

⁹¹ CEDH, 16 février 2000, aff. X... c/Suisse, requête n° 27798/95.

⁹² CEDH, 24 août 1998, aff. X... c/France, requête n° 23618/94.

⁹³ CEDH, 20 mars 2005, aff. X...c/France, requête n° 57752/00.

⁹⁴ CEDH, 18 mars 2008, aff. Z... c/France, requête n° 12372/04.

Avis de M. de Gouttes

Premier avocat général

Les faits et la procédure

En 2002, une information judiciaire a été ouverte au tribunal de grande instance de Paris contre plusieurs responsables de la société Districoupe, fournisseur de la société Buffalo Grill, notamment contre M. Christian Z..., PDG de la société Districoupe, pour tromperie sur l'origine et la qualité des viandes, mise en danger des clients des restaurants Buffalo Grill et homicide involontaire de deux personnes, atteintes par le nouveau variant de la maladie de Creutzfeldt-Jakob.

Le juge d'instruction saisi de l'affaire a prescrit, par commission rogatoire, l'interception des correspondances émises ou reçues sur la ligne téléphonique de M. Christian Z...

Il est résulté notamment des procès-verbaux de transcription de ces correspondances téléphoniques :

- que, le 17 décembre 2002, maître Tania Y... aurait commis une violation du secret professionnel en téléphonant à son client, M. Z..., pour l'informer de l'état du dossier et de propos tenus par des personnes gardées à vue qu'elle venait de rencontrer ;
- que, le 14 janvier 2003, alors que M. Z... avait été mis en examen, maître Jean-Pierre X... aurait tenu des propos injurieux et outrageants à l'encontre du juge d'instruction en charge du dossier.

La chambre de l'instruction de Paris, saisie de la question de la régularité de ces transcriptions de conversations échangées entre M. Z... et ses avocats, a annulé certaines d'entre elles du fait que ces conversations concernaient l'exercice des droits de la défense, mais elle a refusé d'annuler la transcription d'autres communications, en relevant que les propos tenus par l'avocat étaient, pour partie, propres à faire présumer la commission de violations du secret professionnel et, pour les autres, pouvaient constituer un outrage à magistrat.

La chambre de l'instruction a dit en conséquence qu'il n'y avait pas lieu d'annuler ces transcriptions (arrêt du 12 mai 2003) et a ordonné le retour du dossier au juge d'instruction saisi pour la poursuite de l'information judiciaire.

Cette décision de la chambre de l'instruction est devenue irrévocable à la suite du rejet des pourvois en cassation des mis en examen par un arrêt de la chambre criminelle du 1^{er} octobre 2003¹, aux termes duquel :

- « *d'une part, le juge d'instruction tient des articles 81 et 100 du code de procédure pénale le pouvoir de prescrire, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, l'interception [...] des correspondances émises par la voie des télécommunications par une personne mise en examen, dès lors que n'est pas en cause l'exercice des droits de la défense* » ;
- « *d'autre part, le principe de la confidentialité des conversations échangées entre une personne mise en examen et son avocat ne saurait s'opposer à la transcription de certaines d'entre elles, dès lors qu'il est établi, comme en l'espèce, que leur contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à des faits constitutifs d'une infraction, fussent-ils étrangers à la saisine du juge d'instruction* ».

Parallèlement, le procureur général a transmis les procès-verbaux de transcription des conversations au bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris, compétent en matière disciplinaire à l'égard des deux avocats en cause, M^e Y... et M^e X...

Le conseil de l'ordre a, le 16 décembre 2003, retenu à la charge de ces deux avocats un manquement grave à l'honneur et à la probité et a prononcé une peine d'interdiction temporaire d'exercer la profession pendant un an avec sursis à l'encontre de M^e Y..., et pendant deux ans avec un sursis de vingt et un mois à l'encontre de M^e X..., auteur des instructions données à sa collaboratrice, M^e Y...

Les deux avocats en cause ont formé alors un recours devant la cour d'appel de Paris, en faisant valoir notamment :

- d'une part, que les poursuites disciplinaires étaient éteintes du fait que le conseil de l'ordre n'avait pas statué dans le délai de deux mois (prévu par l'article 197 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991) sur la demande de poursuite disciplinaire du procureur général, et que ce dernier n'avait pas usé de la faculté que lui offrait ce décret de déférer à la cour la décision implicite de rejet de sa demande ;
- d'autre part, que les moyens de preuve utilisés à l'appui de la juridiction disciplinaire avaient un caractère illicite.

Par arrêt du 12 mai 2004, la cour d'appel de Paris a rejeté le recours, aux motifs notamment :

- que les dispositions de l'article 197 du décret du 27 novembre 1991 ne trouvaient pas matière à s'appliquer au cas des requérants, le procureur général n'ayant pas agi directement et s'étant borné à dénoncer des faits au bâtonnier ;
- que le moyen relevé du caractère illicite du procédé de preuve sur lequel la poursuite disciplinaire a été fondée n'était pas recevable en raison de l'autorité de chose jugée attachée à la décision pénale, dès lors que, par arrêt du 12 mai 2003, rendu sur requête en annulation de pièces, la chambre de l'instruction avait dit n'y avoir lieu d'annuler la transcription des messages et des conversations en cause, et que, sur ce point, le pourvoi avait été rejeté par la Cour de cassation le 1^{er} octobre 2003.

¹ Cf. Crim., 1^{er} octobre 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 177.

C'est cet arrêt de rejet du 12 mai 2004 qui a fait l'objet du présent pourvoi en cassation n° 04-16.0174, soumis à la première chambre civile et renvoyé devant la chambre mixte par ordonnance du premier président de la Cour de cassation du 21 février 2008.

Il convient d'ajouter qu'entre-temps, une requête a été présentée devant la Cour européenne des droits de l'homme par M. Christian Z..., président de la société Buffalo Grill, invoquant une violation des articles 6 § 1, 6 § 3 c et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui résulterait de l'arrêt rendu le 1^{er} octobre 2003 par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans la même affaire.

Mais, par arrêt du 18 mars 2008, la Cour européenne a déclaré cette requête irrecevable, après avoir constaté :

- que le grief de violation de l'article 6 § 3 c de la Convention européenne (interception des conversations téléphoniques entre le requérant et son avocat) était prématuré et devait être rejeté, en application de l'article 35 § 4 de la Convention européenne ;
- que les griefs de violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne (insuffisance de motivation de l'arrêt de la Cour de cassation) et de l'article 8 de cette Convention (violation du droit au respect de la vie privée et de la correspondance) étaient manifestement mal fondés, en application de l'article 35 § 3 et 4 de la même Convention.

Les moyens proposés

Il est reproché à la cour d'appel de Paris :

1. d'avoir dénaturé la lettre adressée le 27 février 2003 par le procureur général au bâtonnier de l'ordre des avocats et la décision d'ouverture de la procédure disciplinaire du 21 mai 2003, en retenant que le procureur général n'avait pas agi directement et s'était borné à dénoncer les faits au bâtonnier (premier moyen de cassation) ;
2. d'avoir violé les articles 4, 100-5, 100-7 du code de procédure pénale, 1351 du code civil, 9 du code de procédure civile, 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble le principe de la loyauté de la preuve, en se fondant, pour refuser de statuer sur le moyen des demandeurs pris du caractère déloyal de l'obtention des éléments de preuve utilisés à leur encontre, sur l'autorité de la chose jugée au pénal sur le disciplinaire, accordée à tort à un arrêt de la chambre de l'instruction pourtant dépourvu de cette autorité, alors de surcroît qu'aucun des deux avocats poursuivis disciplinairement n'avait été partie à cet arrêt (deuxième moyen de cassation, comprenant trois branches) ;
3. d'avoir violé les articles 160, 183 du décret du 27 novembre 1991 et 1134 du code civil, en refusant d'admettre que la révélation de l'entretien ayant eu lieu au cours de la garde à vue entrerait dans le champ d'application de l'immunité dont bénéficie l'avocat, lequel, s'il ne doit commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel, peut néanmoins communiquer à son client, pour les besoins de la défense, des renseignements concernant des procédures pénales (troisième moyen de cassation, comprenant trois branches).

*
* *

La question de principe posée

Elle est contenue dans le deuxième moyen de cassation et peut être formulée de la manière suivante :

« La décision, devenue irrévocable, d'une chambre de l'instruction qui a validé, dans une instance pénale, les actes d'information servant de moyens de preuve au soutien d'une action disciplinaire peut-elle être contestée à nouveau devant le juge civil, même si le grief opposé est identique ? »

ou, en termes plus généraux :

« Des actes de procédure pénale validés par la juridiction répressive au stade de l'instruction peuvent-ils être à nouveau contestés devant la juridiction civile ? »

*
* *

Les moyens secondaires : le premier et le troisième moyens

Afin de porter toute notre attention sur la question de principe contenue dans le deuxième moyen de cassation, il est possible d'écarter au préalable les premier et troisième moyens.

1. En ce qui concerne le premier moyen, il reproche à la cour d'appel de Paris, à mon sens à tort, d'avoir dénaturé la lettre adressée le 27 février 2003 par le procureur général au bâtonnier de l'ordre des avocats ainsi que la décision d'ouverture de la procédure disciplinaire du 21 mai 2003, aux motifs, affirme-t-il, que la décision du conseil de l'ordre aurait, en réalité, bien été rendue sur une « demande de poursuites » émanant du procureur général, de sorte que devait s'appliquer l'article 197 du décret du 27 novembre 1991, obligeant le conseil de l'ordre à statuer sur la demande de poursuite disciplinaire dans les deux mois suivant la saisine du procureur général.

Je pense qu'il peut être répondu à ce premier moyen :

- que les citations à comparaître délivrées aux deux avocats en cause par actes d'huissier du 19 novembre 2003 l'ont été « à la requête du bâtonnier pris en sa qualité d'autorité de poursuite ». C'est donc bien le bâtonnier qui a introduit l'action disciplinaire ;
- que les poursuites disciplinaires ainsi engagées ont fait suite, non pas à une saisine directe du procureur général aux fins de poursuites en application de l'article 197 du décret du 27 novembre 1991, mais à un « signalement » ou une simple dénonciation des faits adressée au bâtonnier par le parquet général en

application de l'article 189 du même décret, puis à une demande de M. X... lui-même, qui a sollicité du bâtonnier sa propre mise en cause dans un souci de solidarité à l'égard de sa collaboratrice (lettre du 5 mai 2005).

2. En ce qui concerne le troisième moyen, comprenant trois branches, c'est en vain, me semble-t-il, qu'il prétend que la révélation par l'avocat des conversations échangées avec les personnes gardées à vue entrerait dans le champ d'application de l'immunité dont bénéficie tout avocat lorsqu'il communique à son client, pour les besoins de la défense, des renseignements concernant des procédures pénales.

a) En effet, il convient de rappeler, d'abord, que la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans son arrêt du 1^{er} octobre 2003 concernant la présente affaire, a rejeté le moyen de cassation qu'avait présenté M. Z... en énonçant que « *le principe de la confidentialité des conversations échangées entre une personne mise en examen et son avocat ne saurait s'opposer à la transcription de certaines d'entre elles, dès lors qu'il est établi, comme en l'espèce, que leur contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à des faits constitutifs d'une infraction, fussent-ils étrangers à la saisine du juge d'instruction* ».

Cette décision s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence de la chambre criminelle relative à l'interception des communications téléphoniques (cf. article 100 du code de procédure pénale), qui a été consacrée notamment par un arrêt du 15 janvier 1997². Il résulte de ce dernier arrêt que si le respect des droits de la défense commande la confidentialité des correspondances téléphoniques de l'avocat désigné par la personne mise en examen, il peut néanmoins être dérogé à titre exceptionnel à ce principe « *s'il existe contre l'avocat des indices de participation à une infraction* »³.

Or cette jurisprudence a été entérinée par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision d'irrecevabilité Z... c/France du 18 mars 2008, rendue sur la requête introduite par M. Christian Z..., président de la société Buffalo Grill, contre l'arrêt de la chambre criminelle du 1^{er} octobre 2003 concernant la même affaire.

En dépit de l'analyse contraire qu'en fait le mémoire complémentaire du demandeur du 25 mars 2008, la décision de la Cour européenne ne se borne pas, pour déclarer irrecevable la requête, à constater que M. Z..., requérant, n'a pas été lui-même victime des transcriptions des conversations.

Même si elle n'avait pas à se prononcer sur les griefs aujourd'hui formulés par Mlle Y... et M. X..., la décision de la Cour européenne approuve en effet explicitement la motivation de la chambre criminelle, selon laquelle le principe de la confidentialité des conversations échangées entre un avocat et une personne mise en examen peut être tempéré lorsque le contenu des propos de l'avocat est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à des faits constitutifs d'une infraction, fussent-ils étrangers à la saisine du juge d'instruction (cf. § 1 *in fine* de la décision de la Cour européenne).

b) Par ailleurs, l'arrêt attaqué de la cour d'appel de Paris a rappelé à bon droit que l'article 63-4, alinéa 5, du code de procédure pénale (qui a codifié les dispositions de la loi du 24 août 1993, primant sur celles du décret du 27 novembre 1991 invoqué par les demandeurs) fait interdiction absolue à l'avocat qui s'est entretenu avec une personne gardée à vue de faire état de cet entretien auprès de quiconque pendant la durée de la mesure, en constatant en l'espèce que Mlle Y... avait divulgué à M. Z... l'existence et le contenu, en tout ou en partie, de l'entretien qu'elle venait d'avoir avec MM. A... et B..., dont la garde à vue se poursuivait (première branche).

c) Enfin, l'arrêt attaqué a déduit souverainement des éléments de preuve versés aux débats et non dénaturés (cf. troisième branche), notamment du procès-verbal d'audition dressé le 17 juillet 2003, que c'est à la demande de M. X... que Mlle Y... a informé un tiers, par téléphone, de la teneur de l'entretien qu'elle avait eu avec les personnes gardées à vue, alors que la mesure de garde à vue était toujours en cours.

L'arrêt attaqué en a conclu que, par sa participation, M. X... a ainsi personnellement concouru, aux côtés de sa collaboratrice, à la violation du secret professionnel, infraction qualifiée à juste titre de contravention aux lois et de manquement à l'honneur et à la probité⁴. Dès lors, le moyen manque en fait lorsqu'il prétend que les juges du fond se seraient uniquement fondés sur une simple implication, vague et imprécise, de M. X... (cf. deuxième branche).

*
* *

Le moyen principal : le deuxième moyen ou le problème de l'autorité sur le civil de la chose jugée par les juridictions pénales d'instruction

A titre préalable, il convient de rappeler d'abord que la nature civile des procédures disciplinaires a été consacrée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et qu'il est aujourd'hui admis qu'un contentieux disciplinaire contrôlé par le juge civil, comme en l'espèce, est soumis aux règles de la procédure civile⁵.

² Cf. Crim., 15 janvier 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 14 ; 30 septembre 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 243 ; 18 septembre 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 179 ; 14 novembre 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 237.

³ *A contrario*, la chambre criminelle censure les arrêts des chambres de l'instruction si les transcriptions des conversations qu'elles ont validées n'étaient pas suffisamment de nature à faire présumer la participation d'un avocat à une infraction, par exemple si la transcription de la conversation était codée, inaudible et suspecte (cf. Crim., 8 novembre 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 335 ; 18 janvier 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 22).

⁴ Cf. en ce sens : 1^{re} Civ., 30 mars 2005, *Bull.* 2005, I, n° 156.

⁵ Cf. en ce sens : l'article 277 du décret du 27 novembre 1991, relatif à la discipline des avocats ; 1^{re} Civ., 28 avril 1989, *Bull.* 1989, I, n° 165 ; Conseil d'Etat, 14 février 1996, n° 132-169.

Sous le bénéfice de cette précision, pour nous permettre de répondre à la question de principe de savoir si des actes de procédure pénale validés par la chambre de l'instruction peuvent ou non être à nouveau contestés devant la juridiction civile, il apparaît nécessaire de confronter la solution retenue par l'arrêt attaqué au triple regard :

- de la définition générale de l'autorité de la chose jugée ;
- du régime particulier applicable aux décisions des juridictions pénales d'instruction statuant sur la régularité des actes de l'information ;
- des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le droit au respect de la vie privée et le droit à un procès équitable (articles 6, 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme).

I. - La définition générale de l'autorité de la chose jugée

Il ne saurait être question de revenir ici sur l'abondante doctrine consacrée au problème général de l'autorité de la chose jugée. Les recherches bibliographiques et jurisprudentielles effectuées par le service de documentation et d'études de la Cour de cassation⁶ suffisent à démontrer, s'il en était besoin, la richesse de la littérature juridique en la matière.

Nous nous bornerons donc à rappeler quelques données de base.

A. - L'autorité de la chose jugée en matière civile

Il résulte de l'article 480 du code de procédure civile que l'autorité de la chose jugée est attachée au dispositif de la décision devenue définitive, qui tranche une contestation sur le fond du droit ou sur une question procédurale.

Pour être effective, l'autorité de la chose jugée doit donc réunir plusieurs conditions :

1. En premier lieu, il faut que la décision soit définitive⁷, c'est-à-dire qu'elle tranche tout le principal ou certains éléments du procès, ou certains incidents (exceptions de procédure, fins de non-recevoir), de telle sorte que le juge n'a plus à examiner les points tranchés, qu'il s'agisse du principal, tel que défini par l'article 4 du code de procédure civile, ou d'un moyen de procédure, comme une exception d'incompétence ou une fin de non-recevoir.

En revanche, selon la jurisprudence, n'ont pas l'autorité de la chose jugée, par exemple, les jugements qui ordonnent la réouverture des débats⁸, les jugements rendus en matière gracieuse⁹, les jugements de donné acte¹⁰, les jugements d'homologation de partage lorsqu'ils ne tranchent aucune contestation débattue entre les parties¹¹, la décision d'un juge de l'exécution sur une demande tendant à assortir d'une astreinte une ordonnance de référé¹², etc.

2. En deuxième lieu, seules les questions litigieuses qui ont été tranchées par le juge et qui sont contenues dans le « dispositif » ont, en principe, autorité de la chose jugée¹³, à l'exclusion des motifs qui ne sont pas le soutien nécessaire du dispositif, même si l'on admet, à titre exceptionnel, que certaines questions puissent avoir été tranchées avec autorité de la chose jugée de façon implicite ou virtuelle¹⁴.

3. En troisième lieu, aux termes de l'article 1351 du code civil, il n'y a autorité de la chose jugée que lorsque la même question litigieuse oppose les mêmes parties en la même qualité et procède de la même cause que la précédente, sans que soient invoqués des faits nouveaux ayant modifié la situation des parties¹⁵.

Trois éléments doivent dès lors être réunis : l'identité des parties¹⁶, l'identité d'objet, englobant à la fois les éléments de fait et les éléments de droit de la demande¹⁷ et l'identité de cause de la demande, au sens de l'article 1351 du code civil, intégrant également tant les éléments de fait que les éléments de droit qui ont fait l'objet du débat¹⁸.

⁶ Cf. recherche documentaire effectuée dans le cadre de cette affaire par Mme Vanessa Bernard, greffière en chef au service de documentation et d'études.

⁷ Cf. *Droit et pratique de la procédure civile*, sous la direction de Serge Guinchard, *Dalloz Action* 2006/2007, § 421-31, p. 858.

⁸ Cf. Soc., 2 mars 1995, pourvoi n° 92-14-237.

⁹ Cf. 1^{re} Civ., 13 janvier 1996, *Juris-data* n° 000-080 ; 6 novembre 1979, *D.* 1980, p. 295.

¹⁰ Cf. 3^e Civ., 10 octobre 1968, *Bull.* 1968, III, n° 367 ; 6 novembre 1986, *JCP* 1987, éd. G, IV, 16 ; 1^{er} Civ., 4 février 1975, *D.* 1975, p. 405 ; Soc., 13 décembre 1983, *JCP* 1984, éd. G, IV, 60.

¹¹ Cf. 1^{re} Civ., 14 juin 1988, *Bull.* 1988, I, n° 188.

¹² Cf. 2^e Civ., 17 novembre 2005, *Bull.* 2005, II, n° 296.

¹³ Cf. 2^e Civ., 10 juillet 2003, *Bull.* 2003, II, n° 238 ; 24 mai 2007, *Bull.* 2007, II, n° 130, concernant l'application de l'article 95 du code de procédure civile ; Com., 31 mars 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 64 ; Soc., 30 janvier 2008, *Bull.* 2008, V, n° 28 ; 1^{re} Civ., 2 mai 1984, *Bull.* 1984, I, n° 144 ; Cass. civ., 28 juin 1949, *D.* 1950, jurisprudence, p. 93 ; Cass. civ., 8 avril 1937, *S.* 1937-1, p. 182.

¹⁴ Cf. Com., 28 juin 1988, *Bull.* 1988, IV, n° 215 ; 3^e Civ., 20 mars 1978, *Bull.* 1978, III, n° 126.

¹⁵ Cf. Soc., 16 avril 1986, *Bull.* 1986, V, n° 133.

¹⁶ N'ont pas la qualité de parties, par exemple, les personnes qui n'ont pas été appelées en la cause (cf. Soc., 16 juillet 1998, *Bull.* 1998, V, n° 391), celles qui n'ont pas de prétention à soutenir (cf. Com., 22 mars 1988, *D.* 1988, p. 37) ou celles contre lesquelles aucune condamnation n'est demandée (cf. 2^e Civ., 14 mars 1968, *Bull.* 1968, II, n° 84) : « *Res inter alios judicata nec nocet, nec protest* ».

¹⁷ Cf. par exemple : arrêts ayant constaté l'absence d'identité d'objet entre une action en refus de renouvellement d'un bail et une action en résiliation du bail (3^e Civ., 5 octobre 1994, *Bull.* 1994, III, n° 163), entre une action en bornage et une action en revendication (3^e Civ., 28 octobre 1992, *Bull.* 1992, III, n° 282 ; 18 octobre 2006, *Bull.*, III, n° 202), entre une action en nullité d'un contrat pour vice du consentement et l'action antérieure en exécution de ce contrat (1^{re} Civ., 1^{er} juillet 1997, *Bull.* 1997, I, n° 219 ; 18 février 2003 *Bull.* 2003, I, n° 49), entre l'action qui a donné lieu à la résolution d'un contrat et celle tendant à la recherche de la responsabilité précontractuelle (2^e Civ., 14 septembre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 221), entre une demande de liquidation définitive de l'astreinte et une demande de dommages-intérêts (1^{re} Civ., 28 février 1989 *Bull.* 1989, I, n° 97), entre une action au possessoire et une action au pétitoire (3^e Civ., 3 mai 1990, *Bull.* 1990, III, n° 103), etc.

¹⁸ Cf. Com., 4 octobre 1954, *D.* 1955, somm. 2.

Sur ce dernier élément, il est à noter que si la détermination de l'identité de cause relève de l'appréciation souveraine du juge saisi de la demande à laquelle on oppose la chose jugée¹⁹, la Cour de cassation exerce néanmoins son contrôle sur la motivation de la décision constatant l'existence ou l'absence de cause identique, et elle peut éventuellement prononcer une cassation pour manque de base légale²⁰.

On relèvera par ailleurs que, dans un arrêt récent, du 7 juillet 2006²¹, l'assemblée plénière de la Cour de cassation est venue elle-même apporter une précision en la matière en accordant une place prépondérante à l'objet de la demande, puisqu'elle a décidé qu'une nouvelle demande invoquant un fondement juridique que le demandeur s'était abstenu de soulever en temps utile se heurtait à la chose précédemment jugée relativement à la même contestation, en imposant ainsi au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder cette demande.

B. - L'autorité de la chose jugée en matière pénale

S'agissant de l'autorité de la chose jugée en matière pénale, une distinction est souvent opérée entre deux aspects de cette autorité :

- un aspect négatif, qui se traduit par l'interdiction de recommencer une poursuite pénale pour des faits déjà sanctionnés : c'est l'autorité négative de la chose jugée au pénal sur le pénal ;
- un aspect positif, qui se traduit par l'obligation faite au juge civil de se conformer à ce qui a été jugé au plan pénal : c'est l'autorité positive de la chose jugée au pénal sur le civil, qui nous intéresse plus spécialement dans l'affaire dont nous sommes saisis.

1. - L'autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal

Elle se traduit par l'interdiction de nouvelles poursuites contre les mêmes personnes pour les mêmes faits, conformément à la règle *non bis in idem* et à l'exception de chose jugée que l'on trouve exprimée dans les articles 6, alinéa premier²², et 368 du code de procédure pénale, ainsi que dans plusieurs instruments internationaux²³.

Nous ne nous étendons pas sur cette autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal car elle est soumise, *mutatis mutandis*, aux mêmes conditions générales que celles de l'autorité de la chose jugée au civil, à savoir l'exigence :

- d'une décision définitive rendue par une juridiction de jugement, ce qui exclut en principe toutes les décisions pénales susceptibles de recours²⁴ ou, comme en l'espèce, les décisions d'une juridiction d'instruction ne tranchant pas sur le fond ;
- d'une identité d'objet, ce qui a pour conséquence, par exemple, que la règle *non bis in idem* ne s'applique pas lorsque le fait donnant lieu à une nouvelle poursuite est distinct et séparé de celui qui motivait la première, ou même lorsqu'un fait pénal unique se décompose en deux infractions distinctes, un délit pénal général et un délit douanier ou fiscal²⁵ ;
- d'une identité de parties, ce qui signifie que celui qui est poursuivi comme coauteur, comme complice ou comme tiers à la première poursuite ne peut se prévaloir de la décision précédente, ni dans un sens ni dans l'autre, pour imposer aux juges qui connaissent de la poursuite la solution adoptée par les premiers juges²⁶ ;
- enfin, d'une identité de cause, entendue comme visant à la fois les faits matériels et les faits juridiques, conformément à l'article 368 du code de procédure pénale, aux termes duquel « aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente »²⁷, article qui a mis fin à une jurisprudence antérieure contraire de la chambre criminelle²⁸.

2. - L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil²⁹

Le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil présente la particularité de n'être énoncé par aucun texte.

¹⁹ Cf. 1^{re} Civ., 18 février 2002, *Bull.* 2002, I, n° 49 ; 2^e Civ., 19 décembre 2002, *Bull.* 2002, II, n° 292.

²⁰ Cf. par ex. : 3^e Civ., 26 juin 1996, *Juris-data* n° 00-28.26.

²¹ Cf. assemblée plénière, 7 juillet 2006, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 8, et *D.* 2006, 2135 ; *JCP* 2006, éd. G, I, 183 ; *RTD* civ. 2006, 825, et 1^{re} Civ., 16 janvier 2007, *Bull.* 2007, I, n° 18.

²² Cf. Crim., 19 janvier 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 25 ; 2 juin 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 119 ; 18 décembre 1989, *Bull. crim.* 1989, n° 483.

²³ Cf. article 14 § 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

²⁴ Cf. Crim., 25 février 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 51.

²⁵ Cf. Crim., 20 juin 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 268 ; Crim., 3 juin 1985, *Bull. crim.* 1985, n° 211, et Cour européenne des droits de l'homme, arrêt X... c/ France du 2 juillet 2002 (requête n° 33402/96).

²⁶ Cf. Crim., 3 février 1956, *JCP* 1956, II, 9574 ; 19 novembre 1958, *D.* 1959, somm. 67.

²⁷ Cf. en ce sens : Crim., 25 mars 1954, *Bull. crim.* 1954, n° 121 ; 8 octobre 1959, *JCP* 1959, II, 11324 ; 19 mai 1983, *Bull. crim.* 1983, n° 149 ; 1^{er} avril 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 123 ; 19 janvier 2005, *Gaz. Pal.* 30 août 2005, *Somm. Contra* : Crim., 22 juin 1994, *Bull. crim.* 1994, n° 248 (affaire du sang contaminé).

²⁸ C'est l'arrêt de la chambre criminelle du 20 mars 1956 (*Dalloz* 1957, 33), qui a abandonné son ancienne jurisprudence (cf., par ex., Crim., 25 mars 1954, *Bull. crim.* 1954, n° 121).

²⁹ Cf. notamment :

- Serge Guinchard et Jacques Buisson, manuel de procédure pénale, 4^e édition, 2008, p. 1187 et suiv., n° 2448 à 2454 ;
- Jean-Pierre Dintilhac, « La vérité de la chose jugée », *Rapport* 2004 de la Cour de cassation, La Documentation française 2005, p. 61 et suiv. ;
- J.-H. Robert : « L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil », colloque IEJ de Caen, 3-4 mai 2007, « Regards croisés sur l'autorité de la chose jugée », in *Procédures*, août-septembre 2007, p. 42 ;
- Nadia Andriot-Leboeuf, « Du principe de l'autorité de chose jugée au pénal sur le civil », *RRJ* 2000 n° 3, p. 1205 et suiv. ;
- Pierre Hébraud, « L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil », Thèse Sirey 1929, p. 35 et suiv. ;
- N. Valticos, « L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil », Sirey 1953 ; *Traité de procédure pénale* de Jean Pradel (12^e édition, p. 890 et s.), de Bernard Bouloc (21^e édition, § 977 et s.), de Michèle Laure Rassat (2001, p. 841 et s.), de Roger Merle et André Vitu (5^e édition, p. 1049 et s.), de Philippe Conte et Patrick Maistre de Chambon (4^e édition, § 669 et s.), de R. et P. Garraud (1929, tome 6, § 2357 et s.), de Garsonnet et Cézard-Bru (3^e édition, tome 3 p. 442 et s.), etc.

Certes, on en trouve la trace implicite dans la règle posée par l'article 4, alinéa 2, du code de procédure pénale, qui affirme la primauté du juge pénal sur le juge civil, en obligeant ce dernier à surseoir à statuer lorsque le juge pénal est saisi (règle exprimée par la maxime : « Le criminel tient le civil en l'état »)³⁰.

Mais c'est la jurisprudence de la Cour de cassation qui, la première, a reconnu le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le juge civil, affirmé notamment dans un arrêt X... de la chambre civile de la Cour de cassation du 7 mars 1855³¹. Par cet arrêt, la Cour de cassation a interdit au juge civil de remettre en question ce qui a été jugé sur l'existence d'un fait formant la base commune de l'action publique et de l'action civile, sur sa qualification et sur la culpabilité de celui à qui ce fait a été imputé.

Le fondement de cette primauté intangible de l'autorité du pénal sur le civil tenait à une raison d'ordre public : éviter qu'une juridiction civile pût contredire un jugement répressif dans lequel s'imprime une vérité publique, et dont la remise en cause pourrait susciter dans le peuple, au nom duquel la justice est rendue, un doute sur la justice et son autorité³².

Ce principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, repris depuis lors de façon constante par la jurisprudence de la Cour de cassation³³, a été ensuite étendu par le Conseil d'Etat au juge administratif³⁴.

A l'appui de l'idée que l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil devrait s'imposer à tous, il est parfois soutenu aussi que l'on devrait reconnaître aux juridictions répressives la même autorité que celle accordée par la jurisprudence de la Cour de cassation aux décisions administratives annulant un acte réglementaire, lequel est alors réputé n'avoir jamais existé³⁵.

Mais si l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil est parfois décrite encore comme ayant un caractère absolu et *erga omnes*³⁶, l'analyse de la jurisprudence montre qu'elle est néanmoins subordonnée à un certain nombre de conditions : cette autorité ne vaut notamment que si l'on est en présence de jugements pénaux définitifs, contenant des constatations indiscutées ayant servi à asseoir la décision du juge, et s'il existe une identité entre la chose jugée au pénal et la chose à juger au civil.

a) Il faut, en premier lieu, qu'il s'agisse de décisions statuant au fond, rendues par des juridictions de jugement et ayant un caractère définitif ou irrévocable.

N'ont pas, dès lors, autorité sur le civil les décisions rendues par les juridictions d'instruction, les décisions de renvoi ou les décisions de non-lieu³⁷. De telles décisions ne sont en effet que provisoires et ne préjugent rien au fond, la juridiction de jugement étant libre de sa décision.

Il en est de même lorsque la juridiction d'instruction statue sur la recevabilité d'une constitution de partie civile : sa décision n'a aucune autorité sur la juridiction répressive de jugement qui statue ensuite sur l'exercice devant elle de l'action civile³⁸.

N'ont pas, non plus, autorité de la chose jugée sur le civil les décisions avant-dire droit, les décisions rendues par défaut ou par contumace, ainsi que les décisions susceptibles de voies de recours.

b) Il faut, en deuxième lieu, qu'il s'agisse de sentences contenant des « *dispositions de nature pénale de caractère incontestable* », ayant servi de soutien au juge pour asseoir sa décision³⁹ et touchant à l'existence du fait incriminé, à sa qualification, à la culpabilité ou à l'innocence de ceux auxquels le fait est imputé⁴⁰.

Ces exigences s'appliquent dans le cas des procédures disciplinaires, la Cour de cassation ayant jugé que l'autorité de la chose jugée au pénal sur l'action disciplinaire ne s'étend qu'à ce qui a été nécessairement jugé quant à l'existence du fait incriminé, à sa qualification et à la culpabilité ou à l'innocence de celui à qui ce fait est imputé⁴¹.

Parmi les décisions pénales ayant autorité sur le civil, peuvent être citées notamment les décisions d'acquiescement fondées sur la légitime défense, qui empêchent le juge civil de rechercher une responsabilité

³⁰ Traditionnellement, une distinction est opérée entre ces deux règles pourtant très proches : d'une part, la règle de la primauté du juge pénal sur le juge civil, imposant au juge civil de surseoir à statuer en attendant la décision du juge pénal, qui est d'ordre public, d'autre part, le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, qui est une règle d'intérêt privé protégeant les parties. Cette différence s'explique, selon la doctrine, par leur finalité distincte : la première règle de la primauté interdit au juge civil de renoncer, par avance, au bénéfice des pouvoirs d'investigation très complets du juge pénal, tandis que le second principe laisse libres les parties de renoncer au contenu de la décision pénale, une fois celle-ci rendue, dès lors que ces parties ont été éclairées par le résultat des investigations du juge pénal (cf. en ce sens : Serge Guinchard et Jacques Buisson, *Procédure pénale*, 4^e édition, 2008, p. 1189, n° 2449).

³¹ Cf. Cass. civ., 7 mars 1855, S. 1855, I, 439 et *Dalloz* 1855, I, 81. Voir aussi auparavant : Cass., 19 mars 1817, S. 1817, I, p. 172, conclusions du procureur général Mourre.

³² Cf. note Didier Rebut sous chambre mixte du 3 juin 1998, *Dalloz* 1998, jurisprudence, p. 575.

³³ Cf. Com., 14 novembre 1989, *Bull.* 1989, IV, n° 289. Dans cet arrêt, la chambre commerciale a même ajouté que l'autorité de la chose jugée au pénal s'imposait à la juridiction civile quand bien même le jugement pénal, passé en force de chose jugée, comporterait une appréciation erronée.

³⁴ Cf. CE, 12 juillet 1929, Arrêt « X... », *DP* 1930, 3.2 et, pour le juge des comptes : CE, 29 novembre 1999, *D.* 2000, inf. rap., p. 21.

³⁵ Cf. Soc., 18 juin 1986, *Bull.* 1986, V, n° 116 ; Com., 20 février 2001, *Bull.* 2001, IV, n° 43 ; 2^e Civ., 21 avril 2005, *Bull.* 2005., II, n° 108 ; Crim., 21 novembre 2007, pourvoi n° 07-81.659.

³⁶ Cf. Cass. civ., 14 août 1940, *Gaz. Pal.* 1940, 2, 127 ; 12 mars 1947, *D.* 1947, 296 ; 22 juillet 1952, *D.* 1952, 476.

³⁷ Cf. Cass. req., 2 mai 1899, S. 1900, I, p. 24 ; Cass. civ., 4 janvier 1935, *Bull. civ.*, 1935, n° 3 ; Cass. civ., 2^e sect., 11 décembre 1957, *Gaz. Pal.* 1958, I, p. 149 ; 1^{er} Civ., 6 mars 1996, *D.* 1997, jurisprudence, p. 93 ; Soc., 6 avril 1994, *Revue de jurisprudence sociale* 1994, n° 527 ; 2^e Civ., 12 novembre 1997, *Responsabilité civile et assurances* 1998, commentaire 43 ; 1^{er} Civ., 18 juillet 2000, *JCP* 8 novembre 2000, n° 45, p. 20-27, note P. Sargos.

³⁸ Cf. Crim., 15 mai 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 185 ; 20 janvier 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 22.

³⁹ Cf. en ce sens : Cass. req., 9 décembre 1902, *DP* 1903, 1, 47.

⁴⁰ Cf. Cass. civ., 4 mars et 22 octobre 1919, S. 1921, I, 17 ; 2^e Civ., 10 mars 1993, *Bull.* 1993, II, n° 89 ; 3 mai 2006, *Bull.* 2006, II, n° 112.

⁴¹ Cf. 1^{er} Civ., 31 octobre 1989, *Bull.* 1989, I, n° 334.

civile fondée sur l'article 1384, alinéa premier, du code civil⁴², ou les décisions de dispense de peine motivées par la constatation que le dommage causé a été réparé, qui conduisent le juge civil à déclarer irrecevable toute action en indemnisation ultérieurement exercée par la victime devant le juge civil⁴³.

Par ailleurs, il est un cas dans lequel l'autorité de la chose jugée au pénal s'impose nécessairement au juge civil : c'est le cas particulier prévu par l'article 312 du code de procédure civile : si le juge pénal, dans le cadre de poursuites pour faux, constate la sincérité ou la fausseté d'un document versé aux débats d'un procès civil, sa décision s'impose au juge civil (alors que si le juge pénal rend une décision de relaxe sur ces mêmes poursuites au motif que l'accusation n'est pas suffisamment établie, le juge civil peut juger que la preuve de l'authenticité du document n'est pas apportée).

A l'inverse, d'une façon générale, sont dépourvus de toute autorité sur le civil les attendus qui n'assoient pas la décision, qui sont surabondants et dont le juge aurait pu se passer pour prendre sa décision⁴⁴.

Ainsi, les aspects de la sentence pénale qui ne se rattachent qu'à l'exercice de l'action civile et qui n'interviennent que dans des intérêts privés n'ont pas plus d'autorité sur le juge civil que n'en ont les autres décisions civiles⁴⁵, sous réserve que les éléments civils de l'infraction elle-même sur lesquels le juge pénal statue, telle l'existence d'un contrat, peuvent avoir autorité sur le juge civil.

Par ailleurs, s'agissant de l'action disciplinaire, elle reste indépendante de l'action publique et peut donc échapper à l'exception de la chose jugée au pénal. Une personne condamnée, voire même acquittée, par une juridiction pénale peut ainsi faire l'objet ultérieurement de poursuites ou de sanctions disciplinaires à raison des mêmes faits, pour autant que la juridiction disciplinaire ne contredise pas ou ne démente pas les décisions de la juridiction répressive⁴⁶.

La Cour de cassation, par exemple, dans un cas d'espèce déjà cité qui se rapproche de la présente affaire⁴⁷, a estimé que le juge saisi d'une action disciplinaire contre un avocat peut apprécier librement la gravité des faits qui lui sont déferés au regard des règles déontologiques en cause, sans être tenu de se conformer aux appréciations portées par le juge pénal.

En outre et surtout, l'autorité de la chose jugée est limitée à la partie du jugement qui concerne le prévenu, et cette autorité ne peut s'attacher aux motifs relatifs à des tiers qui, n'étant pas en cause dans l'instance pénale, n'ont pas eu la possibilité de se défendre ni le moyen d'attaquer la décision par aucune voie de recours.

Ainsi, dès un arrêt ancien du 9 mai 1898⁴⁸, la chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que l'autorité de la chose jugée au criminel n'est pas opposable à une personne qui, n'ayant pas été partie et n'ayant pu être représentée devant la juridiction répressive, n'a eu, par la suite, ni la possibilité de se défendre contre la décision intervenue, ni le moyen de l'attaquer par aucune voie de recours.

Or, dans notre cas d'espèce, on doit observer que Mlle Y... et M. X..., qui sont parties à l'instance disciplinaire de caractère civil engagée contre eux pour des faits découverts par des écoutes téléphoniques opérées dans le cadre de l'instruction pénale conduite contre M. Z..., n'étaient pas parties à cette instance pénale initiale. Ils étaient alors seulement les avocats de M. Z... Ils ne pouvaient donc pas demander pour eux-mêmes, à ce stade de la procédure pénale, l'annulation des actes d'information en cause. C'est pourquoi ils le font dans l'instance disciplinaire où ils sont parties, sans qu'on puisse leur opposer maintenant l'autorité de la chose jugée attachée à une décision pénale initiale à laquelle ils n'étaient pas parties.

c) En troisième lieu, il faut qu'il y ait une identité entre la chose jugée au pénal et la chose à juger au civil.

L'autorité de la chose jugée ne peut en effet se manifester que si la question à résoudre par le juge civil se présente dans les mêmes termes que la question résolue par le juge pénal.

Traditionnellement, on exigeait, à cet égard, que soient réunies une identité des faits et une identité des fautes civiles et pénales, en distinguant cependant selon les fautes intentionnelles et les fautes non intentionnelles, et selon les cas de condamnation ou les cas d'acquiescement⁴⁹.

Mais la règle classique de l'unité des fautes pénales et civiles a été depuis lors considérablement atténuée, en même temps qu'était remise en question, de façon plus générale, la suprématie de la décision pénale sur le civil.

d) Force est de constater, en effet, que le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, longtemps reconnu comme ayant un effet absolu et « *erga omnes* »⁵⁰, a vu sa portée réduite, ces dernières années, par l'effet de la législation et de la jurisprudence.

D'une façon générale, la jurisprudence s'est orientée vers une interprétation restrictive du principe, en n'accordant l'autorité de chose jugée qu'aux seules constatations du juge répressif qui sont nécessaires

⁴² Cf. 2^e Civ., 22 avril 1992, *Bull.* 1992, II, n° 127, et *D.* 1992-353, note M. Burgelin.

⁴³ Cf. CA Basse-Terre, 17 novembre 1997, *Gaz. Pal.*, 24 février 1998.

⁴⁴ Cf. par ex. : 1^{er} Civ., 28 février 1995, *Bull.* 1995, I, n° 103 ; 2^e Civ., 20 juin 1979, *Bull.* 1979, II, n° 184, *D.* 1980, IR, p. 33 ; Com., 26 octobre 1976, *Bull.* 1976, IV, n° 270, *D.* 1977, IR p. 47.

⁴⁵ Cf. 2^e Civ., 3 mai 2006, *JCP* 2006, éd. G., IV, 2160, p. 1076 ; 22 juillet 1952, *D.* 1952, jurisprudence, p. 746.

⁴⁶ Cf. Cass. civ., 21 août 1849, *DP* 1849, I, 226 ; 1^{er} Civ., 14 juin 1988, *Bull.* 1988, I, n° 187.

⁴⁷ Cf. 1^{er} Civ., 31 octobre 1989, *Bull.* 1989, I, n° 334, *JCP*, II, n° 21693, et 18 mai 1989, *Bull.* 1989, I, n° 201.

⁴⁸ Cf. Cass. civ., 9 mai 1898 (« *Veuve X... c/consorts X...* »), *Bull.* 1898, n° 79, et, dans le même sens : Cass. civ., 26 janvier 1932, *DH* 1932, p. 147 ; 14 août 1940, *Gaz. Pal.* 1940-2, jurisprudence, p. 127 ; 2^e Civ., 11 juillet 1956, *Bull.* 1956, II, n° 447. A rapprocher : chambre mixte, 3 juin 1998, *Bull.* 1998, Ch. mixte, 1998, n° 3 ; assemblée plénière, 12 juillet 2000, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 6.

⁴⁹ Cf. *Encyclopédie Dalloz pénal*, II, Chose jugée, § 66 à 188.

⁵⁰ Cf. Cass. civ., 7 mars 1855, *D.* 1855-1-81 ; Cass. Req., 14 août 1871, *D.* 1871-1-148 ; Cass. civ., 12 mars 1947, *D.* 1947, 296 ; Com., 5 novembre 1991, *Bull.* 1991., IV, n° 330 ; 2^e Civ., 9 juin 1993, *Bull.* 1993, II, n° 209.

au but poursuivi par l'action publique et en affirmant que ce principe n'est pas d'ordre public mais d'intérêt privé⁵¹, ce qui a pour conséquence qu'il est inopposable pour la première fois devant la Cour de cassation et que les parties peuvent renoncer à invoquer la règle devant le juge civil.

S'agissant en particulier de la règle traditionnelle de l'identité ou de l'unité des fautes pénales et civiles, le législateur a, de son côté, contribué à remettre en cause cette règle avec la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 concernant les délits non intentionnels.

Par cette loi, le législateur a voulu en effet dépénaliser partiellement certains comportements non intentionnels des « décideurs », en décidant que, dès lors que ce comportement n'est pas la cause directe du dommage, leur responsabilité pénale ne peut être engagée que lorsqu'une faute « caractérisée » est prouvée à leur encontre (cf. article 121-3, alinéa 4, du code pénal).

Cependant, pour ne pas défavoriser les victimes en leur refusant toute indemnisation, l'article 4-1 du code de procédure pénale, issu de la loi du 10 juillet 2000, est venu préciser que l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles à l'effet d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du code civil, si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie⁵².

Par ailleurs, lorsque le juge pénal écarte la faute pénale intentionnelle, le juge civil reste lui-même libre de retenir une faute d'imprudence, car les deux solutions ne se contredisent pas, la faute d'imprudence ne se confondant pas avec la notion d'intention délictueuse⁵³.

De surcroît, on peut même être relaxé d'une faute pénale intentionnelle et condamné au civil pour faute contractuelle⁵⁴, voire pour faute intentionnelle si le résultat retenu par le juge civil n'est pas celui qu'a écarté le juge pénal⁵⁵.

La loi plus récente n° 2007-291 du 5 mars 2007 est venue, quant à elle, réécrire l'article 4 du code de procédure pénale, en distinguant :

- d'une part, le cas de l'action en réparation du préjudice causé par l'infraction, visée à l'article 2 du code de procédure pénale et exercée devant le juge civil, pour laquelle il est sursis à son jugement tant qu'une décision définitive n'a pas été rendue sur l'action publique si celle-ci a été mise en mouvement ;

- d'autre part, le cas des autres actions exercées devant la juridiction civile, « de quelque nature qu'elles soient », pour lesquelles le nouvel alinéa 3 de l'article 4 décide que la mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement les concernant, ce qui signifie que le juge civil est libre de juger de suite, « même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil ».

Commentant cette évolution vers une érosion croissante de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, M. Jean-Pierre Dintilhac relevait⁵⁶ qu'on peut retrouver cette évolution dans de nombreux droits étrangers, mais aussi dans le rapport de la Commission sur la « célérité et la qualité de la justice » remis au garde des sceaux le 5 septembre 2004 par M. Jean-Claude Magendie, alors président du tribunal de grande instance de Paris (qui proposait notamment l'abrogation de l'article 4, alinéa 2, du code de procédure pénale), ainsi que dans d'autres dispositions législatives, telles celles concernant la révision des décisions pénales (articles 622 et suiv. du code de procédure pénale) ou le réexamen des décisions pénales après condamnation prononcée par la Cour européenne des droits de l'homme (articles 626-1 et suiv. du code de procédure pénale).

*
* *

II. - LE RÉGIME PARTICULIER APPLICABLE AUX DÉCISIONS DES JURIDICTIONS PÉNALES D'INSTRUCTION

1. Ainsi que nous l'avons déjà relevé, la décision d'une juridiction de l'instruction n'a pas l'autorité attachée aux juridictions de jugement statuant sur l'action publique, car elle ne met pas fin au procès pénal et ne préjuge rien au fond.

Tel est bien le cas dans la présente affaire : la chambre de l'instruction, en refusant d'annuler les transcriptions de conversations téléphoniques, n'a nullement tranché les questions de fond du procès pénal en cause, à savoir l'existence des faits incriminés, leur qualification, leur imputabilité éventuelle aux auteurs présumés poursuivis, pour aboutir, le cas échéant, à leur condamnation ou à leur relaxe.

Il en aurait été de même s'il s'était agi d'une décision de la chambre de l'instruction renvoyant une personne mise en examen devant la juridiction de jugement (décision fondée sur l'existence de charges suffisantes d'avoir commis l'infraction) : on considère également qu'elle ne lie en rien la juridiction de jugement dans l'appréciation qu'elle portera sur la culpabilité, dont la décision sera seule assortie de l'autorité de la chose jugée après épuisement des voies de recours.

⁵¹ Cf. Crim., 19 avril 2002, S. 1996, I, 2003 ; Crim., 19 mars 1926, DH 1926, p. 301.

⁵² Cf. 2^e Civ., 16 septembre 2003, Bull. 2003, II, n° 263.

⁵³ Cf. 2^e Civ., 26 mars 1981, Bull. 1981, I, n° 73 ; 1^{re} Civ., 30 janvier 2001, RSCDC 2001, p. 613.

⁵⁴ Cf. Crim., 3 mars 1993, Bull. crim. 1993, n° 237 ; 1^{re} Civ., 3 janvier 2001, D. 2001, 2232.

⁵⁵ Cf. 2^e Civ., 13 février 1991, Bull. 1991, I, n° 51 ; 18 décembre 1995, Bull. 1995, II, n° 314 ; 28 janvier 1999, Bull. 1999, II, n° 20.

⁵⁶ Cf. J.-P. Dintilhac, article précité in *Rapport de la Cour de cassation* de 2004, p. 62-63.

N'auraient pas non plus été considérées comme ayant autorité de la chose jugée des décisions sur la recevabilité d'une constitution de partie civile ou des décisions de refus d'informer d'une juridiction d'instruction⁵⁷.

2. S'agissant plus précisément du cas posé en l'espèce des arrêts des chambres de l'instruction qui statuent sur la régularité des actes de l'information, une distinction doit être opérée selon que l'on est en présence d'une nullité invoquée par une partie à l'information ou par une personne qui n'est pas partie à l'information.

a) S'il s'agit des parties à l'information, elles sont autorisées à déposer une requête en annulation d'actes de l'instruction dans les conditions fixées par les articles 170 et suivants du code de procédure pénale, sous réserve qu'elles ne se heurtent pas aux causes d'irrecevabilité prévues par la loi, tels les délais de forclusion prévus par les articles 173-1 et 175 du même code.

C'est à ce titre que, dans la présente affaire, la chambre de l'instruction s'est prononcée le 12 mai 2003 sur la requête de M. Christian Z... et des autres personnes mises en examen dans la procédure concernant les sociétés Districoupe et Buffalo Grill.

L'article 174, alinéa premier, du code de procédure pénale ajoute que « *lorsque la chambre de l'instruction est saisie sur le fondement de l'article 173 ou de l'article 221-3, tous moyens pris de la nullité de la procédure qui lui est transmise doivent, sans préjudice du droit qui lui appartient de les relever d'office, lui être proposés. A défaut, les parties ne sont plus recevables à en faire état, sauf le cas où elles n'auraient pu les connaître* ».

Il en résulte que la chambre de l'instruction, seule compétente pour statuer sur les irrégularités de l'information, est tenue de se prononcer sur tous les moyens de nullité présentés par toutes les parties à l'information, même par voie de conclusions.

L'arrêt de la chambre de l'instruction devenu définitif a ainsi pour effet de « purger » la procédure de toutes les nullités afférentes à la période considérée. Les parties seront irrecevables à invoquer ultérieurement la nullité d'actes antérieurs à l'arrêt qui a statué sur la demande, à condition toutefois qu'elles aient été régulièrement convoquées à l'audience de la chambre de l'instruction et qu'elles aient pu connaître les vices affectant un acte. Les personnes qui deviendraient parties à l'information postérieurement à l'arrêt demeureront elles-mêmes irrecevables à invoquer un moyen de nullité déjà rejeté par la chambre de l'instruction⁵⁸.

Par ailleurs, si la chambre de l'instruction statue sur le règlement d'une procédure, l'article 595 du code de procédure pénale⁵⁹ énonce que « *tous les moyens de nullité doivent lui être proposés, faute de quoi les parties ne sont plus recevables à en faire état, sauf le cas où elles n'auraient pu les connaître, et sans préjudice du droit qui appartient à la Cour de cassation de relever tous moyens d'office* ». L'arrêt de la chambre de l'instruction qui statue sur le règlement de la procédure a donc un effet de purge des nullités affectant la procédure d'information. La personne renvoyée devant le tribunal correctionnel sera dès lors irrecevable à invoquer devant celui-ci une exception de nullité portant sur un acte de l'instruction.

Il faut ajouter qu'aux termes de l'article 802 du code de procédure pénale, hormis les cas de nullités substantielles d'ordre public, « *toute juridiction qui est saisie d'une demande d'annulation... ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ».

De ce principe « pas de nullité sans grief », la chambre criminelle de la Cour de cassation a déduit notamment que les parties à la procédure d'instruction ne peuvent solliciter que l'annulation des actes qui les concernent personnellement⁶⁰.

b) S'il s'agit de personnes qui n'ont pas été parties à l'information, la solution est différente :

la règle découlant de l'article 174 du code de procédure pénale, aux termes duquel les actes annulés sont retirés du dossier d'information et interdiction est faite d'y puiser aucun renseignement contre les parties au débat, ne concerne que lesdites parties, mais ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de procédures différentes et de débats nécessairement distincts⁶¹.

Par ailleurs, il n'y a plus lieu de faire application de l'ancienne jurisprudence constante⁶² de la chambre criminelle, qui considérait qu'une chambre de l'instruction n'avait pas à statuer sur la régularité de pièces en provenance d'une procédure étrangère au dossier qui lui était soumis : il en était ainsi notamment pour une personne qui faisait l'objet d'une procédure ayant pour fondement des actes accomplis dans une information distincte à laquelle elle n'avait pas été partie. Si lui étaient opposées des transcriptions de conversations téléphoniques échangées sur la ligne d'une personne placée sur écoutes par commission rogatoire d'un juge d'instruction et qui étaient versées dans la procédure suivie contre elle, elle ne pouvait pas invoquer l'irrégularité des actes accomplis dans une procédure distincte.

Mais cette jurisprudence a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt X... c/France du 29 mars 2005 (requête n° 57752/00).

Par cet arrêt, les juges européens ont estimé, à l'unanimité, qu'était contraire à l'article 8 de la Convention européenne (ingérence dans la vie privée) la position de la chambre criminelle de la Cour de cassation, aux motifs qu'« *elle pourrait conduire à des décisions privant de la protection de la loi un certain nombre de*

⁵⁷ 2^e Civ., 19 novembre 1998, JCP, somm. n° 1010.

⁵⁸ Cf. Crim., 14 mai 2002, Bull. crim. 2002, n° 111.

⁵⁹ Cf. également les articles 181, 206, 385 du code de procédure pénale.

⁶⁰ Cf. Crim., 4 mars 2004, Bull. crim. 2004, n° 57 ; 1^{er} octobre 2003, Bull. crim. 2003, n° 177 ; 18 avril 2000, Bull. crim. 2000, n° 150 ; 31 mars 1998, Bull. crim. 1998, n° 121 ; 3 février 1998, Bull. crim. 1998, n° 38.

⁶¹ Cf. Crim., 9 mars 1981, D. 1982, Jurisprudence, 511.

⁶² Cf. Crim., 6 octobre 1999, Bull. crim. 1999, n° 210 ; 16 mai 2000, Bull. crim. 2000, n° 190 ; 15 janvier 2003, Bull. crim. 2003, n° 10.

personnes, à savoir toutes celles qui se verraient opposer le résultat d'écoutes téléphoniques réalisées dans des procédures étrangères à la leur, ce qui reviendrait, en pratique, à vider le mécanisme protecteur d'une large partie de sa substance ».

La Cour européenne en a conclu que le requérant « n'avait pas bénéficié d'un contrôle efficace tel que voulu par la prééminence du droit et apte à limiter l'ingérence litigieuse, ce qui était nécessaire dans une société démocratique » (cf. § 41 à 44 de l'arrêt du 29 mars 2005).

A la suite de cette décision de la Cour européenne, la chambre criminelle de la Cour de cassation a infléchi sa jurisprudence⁶³, en autorisant la personne poursuivie à contester la régularité des interceptions des communications téléphoniques opérées dans une procédure distincte et qui lui sont opposées dans le dossier où la transcription a été versée.

Dans un arrêt ultérieur⁶⁴, la chambre criminelle, faisant application de l'article 6 de la Convention européenne, a admis qu'une personne est recevable à invoquer des moyens de nullité pris de l'irrégularité d'actes accomplis dans une information à laquelle elle n'a pas été partie, lorsqu'elle invoque une atteinte à l'un de ses droits commise dans cette procédure distincte ou lorsque les éléments versés contre elle dans la procédure dont elle fait l'objet sont susceptibles d'avoir été illégalement recueillis, tel le cas d'un demandeur à la nullité invoquant un dépassement de saisine commis par le juge d'instruction dans un dossier distinct.

Dans un autre arrêt, du 19 décembre 2007⁶⁵, la chambre criminelle a cassé la décision d'une chambre de l'instruction qui avait refusé d'examiner la régularité d'écoutes téléphoniques provenant d'une procédure distincte, en énonçant « qu'il lui appartenait, comme l'y invitait le requérant, de procéder par motifs propres à l'examen de la régularité des actes litigieux dans chacune des procédures, au regard tant des articles 100 et suivants du code de procédure pénale que des principes résultant de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Cet arrêt est évidemment important, car il se réfère à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme pour en déduire, semble-t-il, que toute personne poursuivie doit pouvoir faire examiner la régularité des écoutes téléphoniques dont elle fait l'objet.

Si l'on se reporte au présent cas d'espèce, on constate, comme nous l'avons déjà relevé, que Mlle Y... et M. X..., bien qu'ils aient assuré la défense de M. Z... dans le déroulement de l'instruction pénale, n'étaient assurément pas parties à l'instance pénale.

Ils ne sont devenus parties que dans l'instance disciplinaire, elle-même fondée sur des éléments de fait découverts incidemment dans le cadre des interceptions d'échanges téléphoniques entre M. Z... et ses deux avocats, qui ont permis de caractériser des faits constitutifs de violation du secret professionnel et d'outrage à magistrat.

M. Z... n'a pas obtenu l'annulation de ces actes d'information, et Mlle Y... et M. X... ne pouvaient pas la demander à ce stade de la procédure pénale à laquelle ils n'étaient pas parties. Ils l'ont donc fait dans l'instance disciplinaire où ils sont parties, mais, comme on le sait, la cour d'appel leur a opposé l'autorité de chose jugée attachée à la décision pénale antérieure.

A la lumière de l'arrêt X... c/France du 29 mars 2005 (requête n° 57752/00), on peut considérer, semble-t-il, que malgré l'invocation du caractère irrévocable de la décision de la chambre de l'instruction, qui a validé, dans l'instance pénale, les actes d'information servant de preuve au soutien de l'action disciplinaire, la jurisprudence européenne s'opposerait également à ce que les intéressés, même si le grief formulé est identique, soient privés de toute possibilité de contestation, devant le juge civil, de la régularité de tels actes servant de moyens de preuve, qui proviennent d'une instance pénale initiale à laquelle ils n'étaient pas parties et qui constituent l'un des éléments de l'accusation portée contre eux, alors de surcroît que l'autorité de la chose jugée n'est pas attachée à une décision de la chambre de l'instruction rendue dans une information judiciaire ne les concernant pas.

*
* *

III. - LES EXIGENCES DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME CONCERNANT LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET LE DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE (ARTICLES 6, 8 et 13) DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Au regard des articles 6, 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne en la matière, il apparaît que l'arrêt attaqué de la cour d'appel de Paris, en rejetant le recours formé par les deux avocats demandeurs qui contestaient les moyens de preuve recueillis contre eux dans une instance pénale distincte, a méconnu deux exigences découlant de la Convention européenne :

- l'exigence d'un contrôle effectif de la finalité et de la nécessité de l'ingérence dans la vie privée que constituent les écoutes téléphoniques (article 8 de la Convention européenne) ;

- l'exigence d'un « procès équitable », qui inclut le droit d'accès à un tribunal, le droit à un recours effectif et le droit à un procès contradictoire, y compris le respect des droits de la défense, de l'égalité des armes et de la loyauté des preuves (articles 6 et 13 de la Convention européenne), lesquels sont applicables aux procédures disciplinaires comme aux procédures civiles, ainsi qu'indiqué précédemment.

⁶³ Cf. Crim., 7 décembre 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 327.

⁶⁴ Cf. Crim., 8 juin 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 166 ; voir également 31 janvier 2006, *Gaz. Pal.*, 8 août 2006, p. 10.

⁶⁵ Cf. Crim., 19 décembre 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 317.

A. - Le contrôle effectif de l'ingérence dans la vie privée

Il convient de rappeler d'abord qu'au plan interne, le respect de la vie privée et le respect des correspondances ont été consacrés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel comme des « *libertés constitutionnellement garanties* »⁶⁶.

Si l'on se réfère à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme elle-même⁶⁷, on constate que les juges européens analysent ces écoutes téléphoniques comme une ingérence dans la vie privée, qui ne peut se justifier, selon l'article 8 § 2 de la Convention européenne, que si :

- elle poursuit un but légitime (sécurité nationale, sûreté publique, bien-être économique du pays, défense de l'ordre, prévention des infractions pénales, protection de la santé ou de la morale, protection des droits et libertés d'autrui) ;
- elle est nécessaire dans une société démocratique pour atteindre ce but.

Faisant application de l'article 8 de la Convention européenne dans le cas d'un requérant qui se plaignait du versement à son dossier de la transcription d'écoutes téléphoniques réalisées dans une procédure à laquelle il était étranger et dont il n'avait pu contester antérieurement la régularité, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé, dans son arrêt précité *X... c/France* du 29 juin 2005 (requête n° 57752/00), qu'il fallait rechercher si le requérant avait disposé notamment d'un « *contrôle efficace* » pour contester les écoutes téléphoniques dont il avait fait l'objet.

Or elle a estimé qu'un tel contrôle effectif n'avait pas bénéficié à l'intéressé, dès lors, d'une part, qu'il n'avait pu en aucun cas intervenir dans le cadre de la procédure pénale initiale au cours de laquelle les écoutes téléphoniques avaient été effectuées, d'autre part, que la qualité de magistrat de celui qui avait ordonné les écoutes ne suffisait pas à établir, *ipso facto*, la régularité de ces interceptions téléphoniques et l'existence d'un contrôle efficace rendant inutile tout recours du requérant.

La Cour européenne en a conclu qu'en l'espèce, le requérant n'avait pas joui de la protection effective de la loi nationale, qui n'opère pas de distinction selon la procédure dans le cadre de laquelle les écoutes ont été ordonnées, et qu'il n'avait pas bénéficié d'un « *contrôle efficace* » tel que voulu par la prééminence du droit et apte à ce qui était « *nécessaire dans une société démocratique* ».

Comme nous l'avons déjà relevé, on peut considérer, par un parallélisme procédural, que la même demande en annulation présentée par un requérant devrait être recevable devant le juge civil lorsqu'il s'agit d'un acte provenant d'une instance pénale initiale à laquelle le requérant n'a pas été partie.

B. - L'exigence d'un procès équitable

Le droit à un procès équitable, inscrit à l'article 6 de la Convention européenne, recouvre de nombreux éléments. Parmi eux, trois droits procéduraux intéressent spécialement notre affaire :

- le premier est le droit d'accès à un tribunal ou à un juge (article 6 § 1 de la Convention européenne) ;
- le deuxième droit est un corollaire du premier, c'est le droit à un recours effectif (article 13 de la Convention européenne) ;
- le troisième droit est le droit à un procès contradictoire (article 6 §§ 1 à 3 de la Convention européenne).

1. S'agissant du droit d'accès au juge, consacré par la Cour européenne dès l'arrêt « *X... c/Royaume-Uni* » du 21 février 1975 (requête n° 4451/70)⁶⁸, les juges européens en ont fait une application particulière en matière procédurale, en considérant que peuvent être contraires aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des normes procédurales qui restreignent l'accès à la justice ouvert au justiciable d'une manière telle que le droit s'en trouve atteint « *dans sa substance même* »⁶⁹.

Pour que des normes procédurales restrictives du droit d'accès au juge puissent être admissibles, il faut notamment que, dans leur conception ou leur application, elles poursuivent un « *but légitime* », compatible avec la nature de l'action ou de la voie de recours dont l'exercice est remis en cause, et qu'elles respectent un « *rapport raisonnable de proportionnalité* » entre les moyens employés et le but visé.

Dans un arrêt *X... c/République tchèque* du 25 août 2004 (requête n° 49478/99), par exemple, la Cour européenne a rappelé que « *si le droit d'exercer un recours est bien entendu soumis à des conditions légales, les tribunaux doivent, en appliquant les règles de procédure, éviter aussi un excès de formalisme qui porterait atteinte à l'équité de la procédure [...] et qu'il n'est pas possible d'imposer aux requérants une charge disproportionnée qui rompt l'équilibre entre, d'une part, le souci légitime d'assurer le respect des conditions formelles pour saisir la juridiction et, d'autre part, le droit d'accès à cette instance* ».

⁶⁶ Cf. Conseil constitutionnel, décision n° 2004-492 du 2 mars 2004, qui inclut notamment, au nombre des libertés constitutionnellement garanties, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances, le respect de la vie privée, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire.

⁶⁷ Cf. arrêts de la CEDH, « *X... c/Allemagne* » du 6 septembre 1978 (requête n° 5029/71), « *X... c/France* » du 24 août 1998, requête n° 23618/94 (§ 38-41), « *X... c/Suisse* » du 25 mars 1998, requête n° 23224/94 (§ 72 et suiv.), « *X... c/Royaume-Uni* » du 2 août 1984, requête n° 8691/79 (§ 64), « *X... et Y... c/France* » du 24 avril 1990, requêtes n° 11105/84, 11801/85, « *X... c/Royaume-Uni* » du 25 juin 1997, requête n° 20605/92 (§ 48)...

⁶⁸ Cf. également : arrêts « *X... c/Irlande* » du 9 octobre 1979, requête n° 6289/73, « *X... c/Belgique* » du 30 juillet 1998, requête n° 25357/94, « *X... c/France* » du 16 décembre 1992, requête n° 12964/87.

⁶⁹ Cf. par exemple : arrêts de la Cour européenne contre la France : « *X...* » du 23 novembre 1993, requête n° 14032/88, « *X... et Y...* » du 29 juillet 1998, requêtes n° 24767/94, 25201/94, « *X...* » du 4 décembre 1995, requête n° 23805/94, « *X...* » du 14 décembre 1999, requête n° 34791/97, « *X...* » du 23 mai 2000, requête n° 31070/96, « *X...* » du 13 février 2001, requête n° 29731/96, « *X...* » du 17 janvier 2006, requête n° 76093/01, « *X...* » du 26 septembre 2006, requête n° 16846/02, « *X...* » du 26 avril 2007, requête n° 25389/05, « *X...* » du 21 février 2008, requête n° 18497/03, mais aussi arrêts « *X...* » du 14 novembre 2000, requête n° 31819/96, et « *X...* » du 19 septembre 2000, requête n° 40031/98, suivis de plusieurs autres arrêts dans le même sens, concernant la procédure de retrait du rôle de la Cour de cassation (« *X...* » du 18 janvier 2005, requête n° 59765/00, « *ONG* » du 14 novembre 2006, requête n° 348/03, « *X...* » du 3 octobre 2006, requête n° 44404/02, etc.) ; Voir également : arrêts *X... c/Espagne* du 25 janvier 2000, requête n° 38366/97, « *X.../Grèce* » du 16 novembre 2000, requête n° 39442/98, « *X... c/République tchèque* » du 12 avril 2005, requête n° 73116/01, etc.

Dans notre cas d'espèce, on peut dès lors en déduire qu'en se fondant sur l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil ou le disciplinaire pour refuser le recours des requérants contestant la loyauté de l'obtention des preuves recueillies contre eux dans une instance pénale antérieure qui ne les concernait pas, alors qu'il n'y avait pas d'autorité de chose jugée attachée à la décision de la juridiction d'instruction concernée et que les requérants n'avaient pas été parties à l'instance pénale initiale, l'arrêt attaqué a fait une application injustifiée et disproportionnée d'une norme de procédure non pertinente en la cause et a porté ainsi atteinte au droit d'accès à la justice dans sa substance même.

2. S'agissant du droit à un recours effectif, étroitement lié au droit d'accès à un juge, il doit, selon l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, être garanti devant les juridictions nationales pour toute personne dont les droits reconnus par la Convention ont été violés.

La Cour européenne a eu l'occasion à plusieurs reprises de faire application de ce droit à un recours effectif, parfois en combinaison avec un autre droit, comme le révèlent par exemple les arrêts récents X... c/France du 21 février 2008 (requête n° 18497/03) et X... c/France du 14 juillet 2008⁷⁰.

Dans le présent cas d'espèce, les deux avocats requérants invoquaient précisément une violation du droit au respect de la vie privée, reconnu par l'article 8 de la Convention européenne.

Ici encore, on peut considérer qu'en refusant de statuer sur l'action des deux avocats au motif erroné de l'autorité de la chose jugée par une juridiction d'instruction dans une instance pénale antérieure à laquelle les requérants n'étaient pas parties, l'arrêt attaqué a eu pour effet de priver de toute efficacité le droit des intéressés à un recours devant la juridiction nationale.

3. S'agissant enfin du droit à un procès contradictoire, force est de reconnaître qu'imposer une « autorité absolue sur le civil » à une décision d'une juridiction d'instruction, en lui conférant un effet *erga omnes*, y compris à l'égard de personnes qui n'avaient pas été parties à cette décision, n'apparaît pas compatible avec le respect du principe de la contradiction⁷¹, de l'égalité des armes, de la loyauté des preuves et des droits de la défense, tels que protégés par l'article 6 §§ 1 à 3 de la Convention européenne des droits de l'homme⁷².

Cette opinion est également partagée par une grande partie de la doctrine⁷³.

La Cour de cassation elle-même, dans un arrêt de la chambre mixte du 3 juin 1988⁷⁴ et deux arrêts de l'assemblée plénière du 12 juillet 2000⁷⁵, a écarté l'autorité de chose jugée absolue de la décision pénale, qui revenait à priver une personne du droit à ce que sa cause soit entendue équitablement.

On ne peut refuser en effet à une personne poursuivie le droit de discuter les moyens de preuve qui sont à l'origine de sa poursuite et d'être partie au débat contradictoire la concernant, alors que ces moyens de preuve émanent d'une instance où elle n'a pas été partie.

Il suffit de rappeler ici que la Cour européenne a énoncé à plusieurs reprises que « *le droit à un procès équitable contradictoire implique par principe, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des pièces ou observations produites par l'autre et de les discuter* »⁷⁶.

On notera au demeurant que, dans sa décision d'irrecevabilité du 18 mars 2008 concernant la requête de M. Z..., la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle a eu à se prononcer sur la validité de l'interception des conversations téléphoniques entre M. Z... et son avocat, a réservé sa position sur le caractère équitable ou non de la procédure dans son intégralité, au motif que ce caractère ne pouvait être apprécié que sur la base de la procédure en cause considérée dans sa globalité. Or, a-t-elle relevé, aucune des parties n'a fourni des informations quant à la suite de la procédure pénale diligentée dans l'affaire concernant les sociétés Districoupe et Buffalo Grill, de sorte qu'il est permis d'en déduire qu'elle se trouve toujours pendante devant les juridictions internes. En l'état, la Cour européenne en a conclu qu'elle n'était pas en mesure de déterminer si les enregistrements et les transcriptions litigieuses avaient été de nature à entacher l'ensemble de la procédure, mais elle n'a pas exclu qu'un tel grief, encore prématuré, puisse à nouveau lui être soumis à l'issue de celle-ci.

Par ailleurs, la Cour européenne a observé, dans la même décision, « *qu'en dépit du fait que le requérant était le sujet des écoutes, les transcriptions qui n'ont pas été annulées par la chambre de l'instruction ne concernent que les avocats de celui-ci et ne semblent pas en l'état avoir de lien avec les infractions reprochées au requérant* ».

⁷⁰ Cf. par exemple : arrêts « X... c/RFA » du 6 septembre 1978, requête n° 5029/71, « X... c/Royaume-Uni » du 25 mars 1983, requête n° 5947/72, « X... c/France » du 20 février 1991, requête n° 11889/85, « X... c/Grèce » du 18 décembre 1996, requête n° 21787/93, « X... et Y... c/Royaume-Uni » du 27 avril 1988, requêtes n° 9659/82 et 9658/82, « X... » du 21 décembre 2000, requête n° 28340/95, « X... c/Pologne » du 26 octobre 2000, requête n° 30210/96, « X... c/France » du 26 avril 2007, requête n° 25389/05, « X... c/France » du 21 février 2008, requête n° 18497/03, « X... c/France » du 14 juillet 2008.

⁷¹ Le principe de la contradiction ou du contradictoire est également consacré par les articles 14 à 17 de notre code de procédure civile.

⁷² Sur le principe de la contradiction et de l'égalité des armes, cf. par exemple : arrêts de la CEDH « X... c/Autriche » du 27 juin 1968, requête n° 1936/63, « X... c/Belgique » du 17 janvier 1970, requête n° 2689/65, « X... c/Autriche » du 6 mai 1985, requête n° 8658/79, « X... c/France » du 18 mars 1997, requête n° 22209/93, « Clinique des Acacias c/ France » du 13 octobre 2005, requête n° 65399/01 et autres, « X... c/France » du 19 décembre 2006, requête n° 34043/02, « X... et Y... c/France » du 13 avril 2006, requêtes n° 75699/01 et 17902/02.

⁷³ Cf. notamment : Serge Guinchard, *Procédure pénale*, 4^e édition, n° 2448, Jean Pradel, *Procédure pénale*, 12^e édition, n° 1035, M.A. Frison-Roche, *Thèse sur le principe du contradictoire*, Paris II, 1988, M.L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, PUF 2001, MM. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, éditions Cujas, 5^e édition, n° 899.

⁷⁴ Cf. en ce sens : conclusions du premier avocat général Louis Joinet, sous l'arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation du 3 juin 1998 (*Bull.* 1998, Ch. mixte, n° 3, *BICC* n° 478, du 15 septembre 1998, p. 5, et *Dalloz* 1998, II, 19, n° 41, p. 575, note Didier Rebut).

⁷⁵ Cf. note du conseiller rapporteur Marie-France Mazars, sous les deux arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 12 juillet 2000 (*Bull.* 2000, Ass. plén., n° 6) et *BICC* n° 524, du 15 novembre 2000, p. 29.

⁷⁶ Cf. par exemple : arrêts CEDH « X... c/ Espagne » du 23 juin 1993, requête n° 12952/87, « X... c/Royaume-Uni » du 24 février 1995, requête n° 16424/90, « X... c/France » du 26 février 2002, requête n° 36515/97.

En conclusion

Au vu de l'ensemble des éléments ainsi exposés, il m'apparaît :

- qu'un rejet devrait être prononcé pour le premier et le troisième moyens du pourvoi ;
- que, en revanche, une cassation est à envisager sur le deuxième moyen, en ce que l'arrêt attaqué de la cour d'appel de Paris s'est fondé, pour rejeter le recours des demandeurs concernant la régularité des écoutes téléphoniques ayant servi de base aux poursuites disciplinaires, sur l'autorité de la chose jugée sur le civil ou le disciplinaire attribuée à un arrêt de la chambre de l'instruction auquel les demandeurs n'avaient pas été parties.

Sans doute pourra-t-on objecter, d'une part, que l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 1^{er} octobre 2003 qui a statué sur la régularité des écoutes téléphoniques est suffisamment clair ; d'autre part, que les demandeurs ont pu discuter le contenu des procès-verbaux de retranscription des écoutes téléphoniques ainsi que le bien-fondé des poursuites, dès lors que l'un de ces demandeurs était l'avocat de certaines personnes mises en examen.

Néanmoins, une censure ne me paraît pas pouvoir être évitée sur la partie de l'arrêt critiquée par le deuxième moyen, et ce, au visa des articles 1351 du code civil, 4 du code de procédure pénale, 6, 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, pour le triple motif :

- que l'arrêt de la chambre de l'instruction de Paris du 12 mai 2003 statuant sur la régularité des actes d'information ne tranchait pas sur le fond et n'avait donc pas en l'espèce autorité de la chose jugée au pénal sur le civil ou sur le disciplinaire ;
- que l'identité des parties, qui conditionne également l'autorité de la chose jugée, n'était pas réunie en la cause, les deux avocats poursuivis disciplinairement n'ayant pas été parties à l'arrêt pénal antérieur de la chambre de l'instruction ;
- qu'imposer l'autorité absolue de la chose jugée au pénal sur le civil ou le disciplinaire à l'égard de personnes qui n'ont pas été parties au procès pénal initial ne serait pas compatible avec le droit à un procès équitable et les exigences des articles 6, 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

II. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N^o 76

Action civile

Recevabilité. - Sécurité sociale. - Action faisant suite au contrôle médical de l'activité d'un professionnel de santé. - Dépassement du délai d'information du praticien par la caisse. - Effets sur l'action publique. - Défaut. - Portée.

Les dispositions de l'article D. 315-3 du code de la sécurité sociale, selon lesquelles la caisse d'assurance maladie doit, à l'expiration du contrôle médical et de la procédure qui le suit, informer dans un délai de trois mois le professionnel de santé des suites qu'elle envisage de donner aux griefs initialement notifiés, sont applicables aux seules procédures disciplinaires qui résultent des articles L. 315-1 et R. 315-1 du code de la sécurité sociale et qui sont régies par les articles L. 145-1 et suivants dudit code.

Crim. - 23 septembre 2008.

REJET

N^o 08-85.369. - CA Aix-en-Provence, 3 juin 2008.

M. Farge, Pt (f.f.). - M. Blondet, Rap. - M. Mouton, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Boutet, Av.

N^o 77

1^o Appel correctionnel ou de police

Appel de la partie civile. - Appel de la partie civile seule. - Intérêts civils. - Domaine d'application. - Retrait de l'autorité parentale.

2^o Juridictions correctionnelles

Composition. - Ministère public. - Présence. - Nécessité. - Cas.

1^o L'article 378 du code civil institue non pas une peine accessoire frappant le condamné, mais une mesure de protection de ses enfants, d'ordre purement civil.

Le représentant légal des enfants victimes de violences parentales, constitué partie civile en leur nom, a dès lors, en application de l'article 497 du code de procédure pénale, la faculté de relever appel du refus opposé à sa demande de retrait de l'autorité parentale, qui fait grief à leurs intérêts civils.

2^o Le ministère public doit assister aux débats devant la chambre correctionnelle de la cour d'appel qui statue, en

application de l'article 378 du code civil, sur le retrait de l'autorité parentale, même lorsqu'il n'est pas appelant du jugement de première instance.

Crim. - 23 septembre 2008.

CASSATION

N^o 08-80.489. - CA Colmar, 5 octobre 2007.

M. Farge, Pt (f.f.). - M. Blondet, Rap. - M. Mouton, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N^o 78

Appel correctionnel ou de police

Appel du ministère public. - Appel du procureur général. - Délai. - Délai d'appel plus long que celui ouvert aux autres parties. - Convention européenne des droits de l'homme. - Article 6. - Principe du procès équitable. - Compatibilité (non).

N'est pas compatible avec le principe de l'égalité des armes découlant de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme la disposition de l'article 505 du code de procédure pénale, qui ouvre au procureur général près la cour d'appel un délai d'appel plus long que celui accordé aux autres parties par l'article 498 de ce code.

Doit, dès lors, être annulé l'arrêt qui déclare un tel appel recevable.

Crim. - 17 septembre 2008.

ANNULATION SANS RENVOI ET IRRECEVABILITÉ

N^o 08-80.598. - CA Lyon, 13 décembre 2007.

M. Le Gall, Pt (f.f.). - Mme Lazerges, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n^o 11, novembre 2008, n^o 310, p. 24, note Jacques Buisson (« Est irrecevable l'appel du procureur général formé après l'expiration du délai d'appel offert au prévenu »). Voir également la revue la revue Actualité juridique Pénal, novembre 2008, Jurisprudence, p. 456 à 460, note Claire Saas (« L'égalité des armes sonne la fin du droit d'appel prolongé du ministère public »), le Recueil Dalloz, n^o 36, 16 octobre 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 2507, note C. Girault (« Le délai d'appel du procureur général méconnaît les règles du procès équitable ») et La semaine juridique, édition générale, n^o 48, du 26 novembre 2008, Jurisprudence, n^o 10195, p. 59 à 62, note Jérôme Turot (« Le délai d'appel reconnu à l'Etat méconnaît-il l'égalité des armes ? »), également publiée dans la Revue de droit fiscal, n^o 47, 20 novembre 2008, commentaire n^o 591.

N° 79

Appel correctionnel ou de police

Appel du prévenu. - Déclaration d'adresse par le prévenu libre. - Citation faite à parquet sans vérification effective de l'adresse déclarée. - Prévenu non comparant. - Arrêt rendu par défaut.

Doit être jugé par défaut, en application de l'article 412 du code de procédure pénale, le prévenu appelant non comparant, cité à parquet après que l'huissier chargé de délivrer l'acte à l'adresse déclarée lors de l'appel s'est borné à mentionner « *identification difficile, rien sur annuaire* ».

Faute de vérification effective, par l'huissier, de l'adresse déclarée, la cour d'appel ne peut faire application de l'article 503-1 du même code et prononcer par arrêt contradictoire à signifier.

L'arrêt attaqué n'étant pas définitif, le pourvoi doit être déclaré irrecevable.

Crim. - 16 septembre 2008.
IRRECEVABILITÉ

N° 08-81.351. - CA Bordeaux, 5 septembre 2007.

M. Joly, Pt (f.f.). - M. Guérin, Rap. - M. Fréchède, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit pénal, n° 11, novembre 2008, commentaire n° 148, note Albert Maron et Marion Hass (« Un commentateur pris en défaut »).

N° 80

1^o Atteinte à la vie privée

Éléments constitutifs. - Élément légal. - Captation sans son consentement des paroles d'une personne prononcées à titre privé ou confidentiel. - Caractérisation. - Nature, objet et durée des interceptions réalisées.

2^o Responsabilité pénale

Causes d'irresponsabilité ou d'atténuation. - Commandement de l'autorité légitime. - Obéissance à l'ordre d'un supérieur hiérarchique. - Exclusion. - Cas. - Ordre manifestement illégal.

3^o Séparation des pouvoirs

Agent d'un service public. - Délit commis dans l'exercice des fonctions. - Faute personnelle détachable. - Définition.

1^o Justifient leur décision les juges du fond qui, pour dire établi en tous ses éléments, y compris l'élément intentionnel, le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée prévu par l'ancien article 368 du code pénal, devenu l'article 226-1 du même code, retiennent que les interceptions pratiquées de façon clandestine et irrégulière sur les lignes téléphoniques du domicile ou du local professionnel des parties civiles ont, par leur conception, leur objet et leur durée, nécessairement conduit les auteurs desdites écoutes à pénétrer dans l'intimité de la vie privée des personnes concernées et de leurs interlocuteurs.

2^o Justifient également leur décision les juges du fond qui, pour refuser à des prévenus poursuivis pour atteinte à l'intimité de la vie privée le bénéfice du fait justificatif prévu par l'ancien article 327 du code pénal, devenu l'article 122-4 du même code, retiennent qu'à le supposer donné par le chef de l'Etat, l'ordre de procéder à des interceptions téléphoniques irrégulières pour protéger sa vie privée ne pouvait légitimer les actes commis dès lors qu'il émanait d'une autorité n'ayant pas le pouvoir de le faire, et qui ajoutent que le commandement de l'autorité légitime ne peut être retenu en faveur d'un officier

supérieur de la gendarmerie et de hauts fonctionnaires, dès lors que ne leur était imposée aucune obéissance inconditionnelle à des ordres manifestement illégaux.

3^o De même, est justifié l'arrêt qui, ayant rappelé qu'est détachable de la fonction d'un agent public la faute de cet agent impliquant une intention de nuire ou présentant une gravité particulière et révélant un manquement volontaire et inexcusable à des obligations d'ordre professionnel et déontologique, relève, pour statuer sur l'action civile engagée contre des agents publics déclarés coupables d'atteintes à l'intimité de la vie privée, que les prévenus, par la commission de faits illégaux procédant d'un système institutionnalisé, ont jeté le discrédit sur l'ensemble de la fonction publique civile et militaire en affaiblissant l'autorité de l'Etat dans l'opinion publique, méconnaissant ainsi l'intérêt général au seul profit d'intérêts particuliers n'excluant nullement leurs propres intérêts de carrière.

Crim. - 30 septembre 2008.
IRRECEVABILITÉ ET REJET

N° 07-82.249. - CA Paris, 13 mars 2007.

M. Pelletier, Pt. - Mme Guirimand, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Defrenois et Levis, SCP Lesourd, SCP Monod et Colin, SCP Piwnica et Molinié, SCP Choucroy, Gadiou et Chevallier, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

N° 81

Bail commercial

Preneur. - Obligations. - Clause du bail. - Obligation d'informer le bailleur en cas de sous-location. - Cession du bail. - Portée.

La cession du fonds de commerce qui comprend la cession du bail n'entraîne pas la transmission de l'obligation d'informer le bailleur de la sous-location intervenue antérieurement à la cession du fonds.

3^e Civ. - 17 septembre 2008.
CASSATION PARTIELLE

N° 07-10.170. - CA Nîmes, 10 octobre 2006.

M. Weber, Pt. - Mme Maunand, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - M^e Blondel, SCP Boullez, SCP Le Griel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 35, 9 octobre 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 2426-2427, note G. Forest (« Cession de fonds de commerce : information du bailleur d'une sous-location »).

N° 82

Bail commercial

Prix. - Fixation du loyer du bail renouvelé. - Action en fixation. - Recevabilité. - Conditions. - Détermination.

Dès lors que le bailleur a notifié un mémoire après expertise, conformément aux dispositions de l'article 29-1 du décret du 30 septembre 1953, avant que le juge ne statue et alors que le délai de la prescription biennale de l'article L. 145-60 du code de commerce a été interrompu, l'action en fixation du loyer du bail renouvelé est recevable.

3^e Civ. - 17 septembre 2008.
REJET

N° 07-16.973. - CA Versailles, 3 mai 2007.

M. Weber, Pt. - Mme Maunand, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - M^e Brouchet, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Loyers et copropriété, n° 10, octobre 2008, repère, n° 9, p. 1 (Joël Monéger, « Pour mémoire : à propos de deux arrêts

du 17 septembre 2008»). Voir également la même revue, n° 11, novembre 2008, commentaire n° 250, p. 17 à 19, note Emmanuelle Chavance (« Sur la couverture de l'irrégularité de fond affectant la procédure après expertise ») et le Recueil Dalloz, n° 34, 2 octobre 2008, *Actualité jurisprudentielle*, p. 2346-2347, note Y. Rouquet (« Bail commercial : régularisation d'une procédure sur mémoires après expertise »).

N° 83

Bail commercial

Prix. - Fixation du loyer du bail renouvelé. - Action en fixation. - Recevabilité. - Conditions. - Détermination.

Est recevable l'action en fixation du loyer renouvelé présentée par le bailleur qui, après expertise, a notifié un mémoire conformément à l'article 29-1 du décret du 30 septembre 1953 avant que le juge n'ait statué.

3^e Civ. - 17 septembre 2008.

REJET

N° 07-17.362. - CA Bastia, 16 mai 2007.

M. Weber, Pt. - Mme Maunand, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - SCP Tiffreau, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Loyers et copropriété, n° 10, octobre 2008, repère, n° 9, p. 1 (Joël Monéger, « Pour mémoire : à propos de deux arrêts du 17 septembre 2008 »).

N° 84

Bail d'habitation

Bail soumis à la loi du 23 décembre 1986. - Accords collectifs de location. - Accord proposé par le bailleur à chaque locataire. - Validité et opposabilité. - Conditions. - Détermination.

L'article 42 de la loi du 23 décembre 1986 permettant au bailleur de proposer directement aux locataires des accords collectifs réputés applicables dès lors qu'ils ont été approuvés par écrit par la majorité des locataires dans un délai maximum d'un mois à compter de la réception de la notification individuelle faite aux preneurs par le bailleur, un accord collectif approuvé par la majorité des locataires d'une résidence dans le délai d'un mois est valable et opposable à tous les locataires de la résidence, peu important qu'ils aient été invités à se prononcer sur la proposition du bailleur sous quinze jours.

3^e Civ. - 17 septembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-15.784. - CA Amiens, 15 février 2007.

M. Weber, Pt. - Mme Monge, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - SCP Tiffreau, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Loyers et copropriété, n° 11, novembre 2008, commentaire n° 239, p. 10-11, note Béatrice Vial-Pedroletti (« Charges locatives : détermination par accord collectif »).

N° 85

Banque

Responsabilité. - Faute. - Octroi abusif de crédit. - Conditions. - Situation irrémédiablement compromise du débiteur principal. - Sociétés d'un même groupe ayant fait l'objet d'une décision de confusion des patrimoines. - Appréciation par société.

Justifie légalement sa décision une cour d'appel qui, saisie par le liquidateur de différentes sociétés d'un même groupe d'une

action en responsabilité dirigée contre une banque pour soutien abusif à ces sociétés dont la confusion des patrimoines avait été constatée, ne retient la responsabilité du banquier qu'à l'égard d'une seule société, après avoir relevé que s'il convient de tenir compte des flux de capitaux entre ces sociétés à l'origine de la décision ayant ordonné la confusion des patrimoines, la recherche du soutien abusif et du crédit ruineux reprochés à la banque doit être effectuée par société en se plaçant à la date des décisions d'octroi des crédits et constaté qu'en l'espèce, il n'était pas établi que la situation des autres sociétés du groupe était irrémédiablement compromise lors de l'octroi ou du renouvellement des crédits litigieux, intervenus entre 1991 et 1995, ni que la banque ait pratiqué, à l'égard de chacune de ces sociétés, une politique de crédit ruineux.

Com. - 30 septembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-17.384. - CA Paris, 28 juin 2007.

Mme Favre, Pt. - Mme Orsini, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - M^e Spinosi, SCP Defrenois et Levis, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 37, 23 octobre 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 2596-2597, note A. Lienhard (« Confusion des patrimoines et condamnation en soutien abusif »).

N° 86

Cassation

Pourvoi. - Pourvoi incident. - Recevabilité. - Désistement du demandeur au pourvoi principal. - Moment. - Portée.

Le désistement du pourvoi doit être accepté s'il contient des réserves ou si le défendeur a formé un pourvoi incident préalablement à sa notification.

Aussi, un pourvoi incident qui a été formé le jour même de la signification du désistement du pourvoi principal étant, en l'absence de toute mention des heures respectives de ces actes, recevable, il s'ensuit que, faute d'acceptation, le désistement est non avenu.

Soc. - 24 septembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-41.383. - CA Limoges, 16 janvier 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Mariette, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, M^e Bertrand, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, décembre 2008, n° 1233, p. 1015.

N° 87

Chambre de l'instruction

Procédure. - Audience. - Date. - Notification. - Notification à l'avocat des parties. - Notification à l'avocat dernier désigné. - Défaut. - Portée.

Il résulte des dispositions de l'article 197 du code de procédure pénale que si le juge d'instruction est avisé de la désignation d'un nouvel avocat pour assister une personne mise en examen, c'est à ce dernier que doit être notifiée la date de l'audience à laquelle sera appelée l'affaire devant la chambre de l'instruction.

Le défaut de notification à cet avocat porte atteinte aux droits de la défense, dès lors qu'aucun mémoire n'a été déposé et qu'aucun avocat ne s'est présenté à l'audience pour assurer la défense de l'intéressé.

Crim. - 17 septembre 2008.

CASSATION

N° 08-84.985. - CA Paris, 20 mai 2008.

M. Pelletier, Pt. - Mme Chanut, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

N° 88

Chose jugée

Identité d'objet. - Définition. - Exclusion. - Cas. - Action en remboursement de sommes et paiement de dommages-intérêts intentée à la suite d'une action en suspension de poursuites de saisie immobilière.

L'action en suspension de poursuites de saisie immobilière n'a pas le même objet, au sens de l'article 1351 du code civil, qu'une action en remboursement de sommes et paiement de dommages-intérêts.

2^e Civ. - 18 septembre 2008.

CASSATION

N° 07-17.158 et 07-18.228. - CA Bordeaux, 20 février 2007.

M. Gillet, Pt. - M. Moussa, Rap. - M. Marotte, Av. Gén. - SCP Capron, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° 89

Conflit de juridictions

Compétence internationale. - Règlement (CE) n° 1347/2000 du 29 mai 2000. - Compétence en matière matrimoniale. - Critères. - Nationalité des deux époux. - Nationalité française. - Application dans le temps.

Violent l'article 2 *b* du Règlement (CE) n° 1347/2000 du 29 mai 2000 (Bruxelles II), entré en vigueur le 1^{er} mars 2001, qui dispose que sont compétentes pour statuer sur les questions relatives au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage, les juridictions de l'Etat membre de la nationalité des deux époux, la cour d'appel qui, pour dire les juridictions françaises incompétentes en application de l'article 3 du Règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 (Bruxelles II *bis*), retient que le critère de la résidence prime sur celui de la nationalité, alors que la requête en divorce, ayant été déposée en septembre 2002, l'article 2 *b* du Règlement Bruxelles II était applicable en l'espèce et que l'époux demandeur pouvait opter pour le tribunal de l'Etat membre de la nationalité commune.

1^{re} Civ. - 24 septembre 2008.

CASSATION

N° 07-20.248. - CA Colmar, 24 octobre 2006.

M. Bague, Pt. - Mme Monéger, Rap. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 11, novembre 2008, n° 296, p. 16-17, note Cyril Nourissat (« Absence de hiérarchie des chefs de compétence en matière de divorce dans le Règlement Bruxelles II bis »). Voir également la revue Actualité juridique famille, novembre 2008, p. 432-433, note Alexandre Boiché (« Conflit de compétences : la résidence ne prime pas la nationalité »).

N° 90

1^o Contrat de travail, durée déterminée

Cas de recours autorisés. - Emploi pour lequel il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée. - Contrats à durée déterminée successifs. - Conditions. - Détermination.

2^o Contrat de travail, exécution

Salaires. - Egalité des salaires. - Atteinte au principe. - Défaut. - Conditions. - Eléments objectifs justifiant la différence de traitement. - Applications diverses.

1^o La seule qualification conventionnelle de contrat d'extra n'établit pas qu'il peut être conclu dans le secteur de l'hôtellerie-restauration des contrats à durée déterminée d'usage successifs pour ce type de contrats, pour tout poste et en toute circonstance.

Il appartient au juge de rechercher si, pour l'emploi considéré, il est effectivement d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée, et de vérifier si le recours à des contrats successifs est justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi.

Justifie dès lors légalement sa décision la cour d'appel qui constate que le caractère temporaire des emplois des salariés n'est pas établi.

2^o Au regard du principe « à travail égal, salaire égal », la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ou d'un engagement unilatéral de l'employeur ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux, pour autant que cet accord collectif ou cet engagement unilatéral n'a pas pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés lors de son entrée en vigueur. Tel est le cas lorsque des salariés présents lors de la dénonciation d'un accord collectif bénéficient d'un maintien partiel de leurs avantages individuels acquis, destiné à compenser la perte de rémunération subie à l'occasion du passage d'une rémunération en pourcentage à une rémunération fixe.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui fait bénéficier les salariés engagés postérieurement à la dénonciation d'un accord collectif des avantages individuels acquis par les salariés présents lors de la dénonciation de cet accord, alors qu'elle avait relevé que ces salariés avaient subi, à cette occasion, une diminution de leur rémunération, que la nouvelle grille qui leur était applicable visait à compenser partiellement.

Soc. - 24 septembre 2008.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 06-43.529 et 06-43.530. - CA Paris, 25 avril 2006.

Mme Collomp, Pt. - M. Gosselin, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Gatineau, M^e Haas, Av.

Note sous Soc., 24 septembre 2008, n° 90 ci-dessus

Par ses arrêts du 23 janvier 2008 (*Bull.* 2008, V, n° 16), la chambre sociale a encadré le recours à des contrats à durée déterminée successifs en imposant au juge de vérifier que ce recours était justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi.

La chambre fait ici application de cette nouvelle jurisprudence et, relevant que la cour d'appel avait estimé que le caractère temporaire des emplois des salariés n'était pas établi, elle rejette le pourvoi de l'employeur.

Les arrêts apportent également une précision intéressante concernant les contrats dits d'extra, très utilisés dans le secteur de l'hôtellerie-restauration, en énonçant que la seule qualification conventionnelle de « contrat d'extra » n'établit pas qu'il peut être conclu dans ce secteur des contrats à durée déterminée d'usage successifs pour ce type de contrats, pour tout poste et en toute circonstance. Il incombe à l'employeur de démontrer, pour chaque emploi considéré, qu'il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée et d'apporter la preuve du caractère par nature temporaire de l'emploi considéré.

Les arrêts confortent, enfin, la solution retenue par la chambre dans un arrêt précédent concernant la même société (Soc., 31 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 320), en jugeant qu'il peut être fait exception à l'application du principe «à travail égal, salaire égal» lorsque les avantages dont bénéficient les salariés présents lors de la dénonciation d'un accord collectif, et que réclament ceux engagés postérieurement à cette dénonciation, ont pour objet de compenser, ne serait-ce que partiellement, le préjudice subi à cette occasion.

N° 91

Communiqué

(commun aux n° 91 et 93 ci-dessous)

Par quatre arrêts rendus le 24 septembre 2008, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé les règles méthodologiques que les juges doivent suivre dans la recherche de la preuve de l'existence d'une situation de harcèlement dans l'entreprise.

Dans un précédent arrêt, rendu le 27 octobre 2004, elle avait considéré qu'elle n'avait pas à contrôler l'appréciation faite par les juges des éléments produits par les parties pour établir l'existence d'un harcèlement, estimant qu'une telle appréciation relevait du pouvoir souverain des juges du fond. Cependant, devant la montée en puissance de ce contentieux sensible, il lui est apparu nécessaire de renforcer la nature de son contrôle, d'harmoniser les pratiques des différentes cours d'appel et de préciser les règles qui conduisent la recherche de la preuve.

Dans ces arrêts, elle répartit la charge de la preuve des faits constitutifs de harcèlement entre le salarié et l'employeur.

Interprétant l'article L. 122-49 du code du travail, devenu L. 1152-1, à la lumière de la Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, elle affirme que dès lors que le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

La chambre sociale en déduit que s'il appartient au salarié d'établir la matérialité des faits qu'il invoque, les juges doivent, quant à eux, appréhender ces faits dans leur ensemble et rechercher s'ils permettent de présumer l'existence du harcèlement allégué. En ce cas, alors, il revient à l'employeur d'établir qu'ils ne caractérisent pas une situation de harcèlement.

C'est ainsi que, dans les affaires n° 06-45.747 et 06-45.794 (n° 91 ci-dessous), sur avis non conforme de l'avocat général, elle censure une cour d'appel qui avait débouté une salariée au motif que les pièces qu'elle produisait (des courriers échangés avec son employeur et des certificats médicaux) ne permettaient pas de faire présumer l'existence d'un harcèlement à son encontre, sans tenir compte de l'ensemble des éléments qu'elle établissait.

Sur avis non conforme de l'avocat général, elle adopte une solution identique à propos du pourvoi n° 06-45.579 (n° 91 ci-dessous). Une sage-femme réclamait à son employeur des dommages-intérêts pour harcèlement moral. Pour l'en débouter, la cour d'appel a retenu qu'il n'était pas établi que sa dépression était la conséquence d'agissements répétés de harcèlement moral émanant de l'employeur, que la médecine du travail n'avait pas été alertée et que l'allégation d'un malaise collectif des autres sages-femmes de la clinique ne permettait pas d'établir l'existence d'agissements répétés de harcèlement moral. Or, en statuant ainsi, sans rechercher, d'une part, si les autres faits allégués par la salariée étaient établis, notamment le retrait arbitraire de son statut de cadre, la stagnation de sa rémunération, la suppression de ses primes et la détérioration

de ses conditions de travail, et, d'autre part, si ces faits étaient de nature à faire présumer un harcèlement moral, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Au contraire, dans l'affaire n° 06-46.517 (n° 93 ci-dessous), la chambre sociale a, conformément à l'avis de l'avocat général, approuvé une cour d'appel qui, ayant relevé qu'un cadre avait eu un comportement, dénoncé par sa subordonnée mineure, consistant à tenter de l'embrasser contre son gré sur le lieu du travail, à l'emmener à son domicile en renouvelant à cette occasion des avances de nature sexuelle et à l'appeler fréquemment par téléphone en dénigrant la relation affectueuse qu'elle entretenait avec un ami, a considéré que ce cadre avait commis un harcèlement sexuel qui justifiait son licenciement pour faute grave.

Dans l'affaire n° 06-43.504 (n° 91 ci-dessous), elle rejette, conformément à l'avis de l'avocat général, le pourvoi en cassation formé cette fois-ci par une autre salariée déboutée de sa demande de dommages-intérêts. Si celle-ci rapportait bien la preuve d'un certain nombre de faits, l'employeur pouvait cependant démontrer qu'ils étaient justifiés par la situation économique de l'entreprise et la nécessité de sa réorganisation.

(Source : service de documentation et d'études)

1^o Contrat de travail, exécution

Harcèlement. - Harcèlement moral. - Existence. - Faits établis par le salarié la faisant présumer. - Effets. - Preuve à rapporter par la partie défenderesse.

2^o Contrat de travail, exécution

Harcèlement. - Harcèlement moral. - Éléments constitutifs. - Détermination. - Office du juge. - Portée.

1^o Il résulte de l'article L. 122-52, devenu l'article L. 1154-1 du code du travail, applicable en matière de discrimination et de harcèlement et interprété à la lumière de la Directive CE/2000/78 du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, que, dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

2^o Peuvent constituer un harcèlement moral des agissements ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé physique ou mentale, ou de compromettre son avenir professionnel.

Par suite, encourt la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui n'a pas recherché si de tels éléments étaient établis par la salariée, et, dans l'affirmative, s'ils étaient de nature à faire présumer un harcèlement moral, alors que celle-ci invoquait le retrait arbitraire de son statut de cadre, la stagnation de sa rémunération et la détérioration progressive de ses conditions de travail (arrêt n° 2, pourvoi n° 06-45.579).

Doit être également cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour débouter un salarié de sa demande en dommages-intérêts pour harcèlement moral, ne tient pas compte de l'ensemble des éléments établis par celui-ci et ne met pas ainsi la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur le point de savoir si les faits étaient de nature à faire présumer un harcèlement moral (arrêt n° 1, pourvois n° 06-45.747 et 06-45.794). En revanche, doit être approuvée la cour d'appel qui, pour débouter la salariée de ses demandes de dommages-intérêts pour harcèlement moral et discrimination syndicale, a relevé

N° 92

que chacune des mesures invoquées par celle-ci était justifiée par la situation économique de l'entreprise et la nécessité de sa réorganisation (arrêt n° 3, pourvoi n° 06-43.504).

Arrêt n° 1 :

Soc. - 24 septembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 06-45.747 et 06-45.794. - CA Paris, 12 septembre 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Martinel, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - M^e Odent, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Arrêt n° 2 :

Soc. - 24 septembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 06-45.579. - CA Toulouse, 21 septembre 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Martinel, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Gatineau, Av.

Arrêt n° 3 :

Soc. - 24 septembre 2008.

REJET

N° 06-43.504. - CA Angers, 18 avril 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Divialle, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, M^e Foussard, Av.

**Note sous Soc., 24 septembre 2008,
n° 91 et 93 ci-dessous**

La chambre sociale a rendu, le 24 septembre 2008, quatre arrêts pour préciser la nature et les limites de son contrôle en matière de harcèlement.

L'existence et la caractérisation d'un harcèlement relevaient, jusque-là et en principe, depuis un arrêt du 27 octobre 2004 (Soc., 27 octobre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 267), du pouvoir souverain des juges du fond. Cependant, les ambiguïtés de certaines décisions postérieures de la chambre et, surtout, la nécessité d'harmoniser, sur ce sujet sensible et qui monte en puissance, les solutions souvent disparates des cours d'appel a conduit à entreprendre une réflexion approfondie, à l'occasion de l'étude simultanée de plusieurs pourvois réunis pour une audience « thématique ». Il en résulte que, désormais, la chambre exercera un contrôle de qualification, ce qui aura pour corollaire qu'elle devra trouver dans les arrêts les motifs nécessaires à lui permettre de contrôler :

- 1) que le salarié a rapporté la preuve de faits ;
- 2) que ces faits, qui doivent être appréhendés par le juge dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence du harcèlement allégué.

C'est ainsi qu'ayant trouvé les motifs utiles à cette double preuve, la chambre rejette le pourvoi n° 06-46.517 (n° 93 ci-dessous), formé contre un arrêt ayant jugé établi le harcèlement sexuel reproché au salarié, que, dans les pourvois n° 06-45.747 et 06-45.794 (n° 91 ci-dessus), elle censure au contraire, faute de disposer des éléments suffisants à l'exercice de son contrôle, la cour d'appel qui s'était bornée à décider, dans un motif général, que les pièces produites par la salariée ne permettaient pas de faire présumer le harcèlement allégué, qu'elle adopte la même solution à propos du pourvoi n° 06-45.579 (n° 91 ci-dessus), faute pour le juge du fond d'avoir pris en compte l'ensemble des faits évoqués par la salariée et recherché si, ainsi appréhendés dans leur globalité, ces faits ne permettaient pas de présumer l'existence d'un harcèlement moral, et qu'enfin, dans la dernière affaire, elle rejette cette fois le recours dès lors que l'arrêt constate (soverainement cette fois) que les faits invoqués se trouvaient justifiés par la situation économique de l'entreprise et la nécessité de la restructurer.

Contrat de travail, rupture

Clause de non-concurrence. - Validité. - Conditions.

L'obligation au paiement de l'indemnité de non-concurrence, qui est liée à la cessation d'activité du salarié, au respect de la clause de non-concurrence et à l'absence de renonciation de l'employeur, ne peut être affectée par les circonstances de la rupture du contrat de travail et la possibilité pour le salarié de reprendre ou non une activité concurrentielle.

Doit être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'un voyageur représentant placier (VRP) tendant au paiement de la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence, retient que, le représentant ayant décidé de prendre sa retraite, il lui est désormais interdit d'exercer une activité professionnelle rémunérée, de sorte qu'il ne peut prétendre au versement d'un indemnité de non-concurrence.

Soc. - 24 septembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-40.098. - CA Rennes, 24 octobre 2006.

M. Texier, Pt (f.f.) et Rap. - M. Foerst, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition sociale, n° 47, 18 novembre 2008, Jurisprudence, n° 1598, p. 24 à 26, note Isabelle Beyneix (« Obligation au paiement de l'indemnité compensatrice de non-concurrence même en cas de départ à la retraite »).

N° 93

Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Cause. - Cause réelle et sérieuse. - Faute grave. - Applications diverses. - Harcèlement sexuel. - Caractérisation.

Caractérise un harcèlement sexuel (constitutif d'une faute grave) la cour d'appel, qui, appréciant la valeur et la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, a relevé que le salarié, cadre, avait eu un comportement, dénoncé par sa subordonnée mineure, consistant à tenter de l'embrasser contre son gré sur le lieu de travail, à l'emmener à son domicile en renouvelant à cette occasion des avances de nature sexuelle et à l'appeler fréquemment au téléphone en dénigrant la relation affectueuse que celle-ci entretenait avec un tiers, provoquant, par ces agissements, angoisse voire dépression.

Soc. - 24 septembre 2008.

REJET

N° 06-46.517. - CA Versailles, 19 octobre 2006.

Mme Collomp, Pt. - M. Funck-Brentano, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - M^e Bouthors, SCP Bachellier et Potier de la Varde, Av.

Note et communiqué sous Soc., 24 septembre 2008, n° 93 ci-dessus : voir supra, communiqué et note sous n° 91, p. 42 et 43.

Un commentaire des décisions commentées ci-dessus est paru au Recueil Dalloz, n° 35, 9 octobre 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 2423-2424, note Laurent Perrin (« Preuve du harcèlement : contrôle de la Cour de cassation, rôle du juge et des parties »). Voir également La semaine juridique, édition générale, n° 43, 22 octobre 2008, n° 10178, p. 40 à 44, note Céline Leborgne-Ingelaere (« Le contrôle de la qualification de harcèlement moral par la Cour de cassation »), et la Revue de jurisprudence sociale, novembre 2008, n° 1070, p. 890 à 893.

N° 94

Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Licenciement collectif. - Ordre des licenciements. - Fixation. - Critères. - Information du salarié. - Demande. - Réponse de l'employeur. - Défaut. - Préjudice. - Réparation. - Détermination.

Le manquement de l'employeur, qui a prononcé un licenciement pour motif économique, à son obligation d'indiquer au salarié qui le demande les critères retenus en application de l'article L. 321-1-1, devenu L. 1233-5 du code du travail, cause nécessairement au salarié un préjudice distinct de celui réparant l'absence de cause réelle et sérieuse.

C'est dès lors à bon droit qu'ayant accordé au salarié une indemnité au titre de son licenciement intervenu sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel lui a en outre alloué des dommages-intérêts pour défaut d'indication des critères d'ordre des licenciements.

Soc. - 24 septembre 2008.

REJET

N° 07-42.200. - CA Paris, 8 mars 2007.

Mme Perony, Pt (f.f.). - Mme Bobin-Bertrand, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, SCP Gatineau, Av.

N° 95

Copropriété

Syndicat de copropriétaires. - Assemblée générale. - Décision. - Décision relative à la suppression du poste de concierge. - Majorité requise. - Détermination.

Une cour d'appel ne peut exiger un vote à l'unanimité des copropriétaires pour supprimer le poste de concierge en application des dispositions de l'article 26, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965, après avoir constaté que le règlement de copropriété n'impose pas l'existence d'un concierge mais le rend simplement possible, en le laissant à la discrétion du syndicat.

3^e Civ. - 24 septembre 2008.

CASSATION

N° 07-17.039. - CA Colmar, 15 février 2007.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - Mme Renard-Payen, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 35, 9 octobre 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 2432-2433, note Y. Rouquet (« Majorité requise pour supprimer le poste de concierge »). Voir également la revue Loyers et copropriété, n° 11, novembre 2008, commentaire n° 255, p. 23-24, note Guy Vigneron (« Gardiennage de l'immeuble - Conditions de suppression »).

N° 96

Copropriété

Syndicat des copropriétaires. - Assemblée générale. - Feuille de présence. - Communication. - Obligation du syndic. - Limites. - Détermination.

Aucun texte n'imposant la communication de la feuille de présence tenue lors de chaque assemblée générale et les copropriétaires ayant la possibilité de la consulter et d'en obtenir copie dans les conditions de l'article 33 du décret du

17 mars 1967, une cour d'appel retient à bon droit qu'il n'est pas obligatoire de l'adresser à chacun des copropriétaires à l'issue de chaque assemblée générale.

3^e Civ. - 24 septembre 2008.

REJET

N° 07-16.334. - CA Aix-en-Provence, 23 février 2007.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - M. Rouzet, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Peignot et Garreau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 36, 16 octobre 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 2505, note Y. Rouquet (« La feuille de présence n'a pas à être adressée à chaque copropriétaire »). Voir également la revue Loyers et copropriété, n° 11, novembre 2008, commentaire n° 253, p. 21, note Guy Vigneron (« Assemblées générales - feuilles de présence »).

N° 97

Détention provisoire

Ordonnances. - Ordonnance du juge des libertés et de la détention. - Ordonnance rectifiant une erreur matérielle. - Validité. - Condition.

Saisie du seul appel d'une ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant rectifié l'erreur matérielle contenue dans une précédente ordonnance improprement qualifiée d'ordonnance de rejet de demande de mise en liberté, alors qu'il s'agissait d'une ordonnance de prolongation de la détention rendue après débat contradictoire régulier, la chambre de l'instruction est bien fondée à refuser d'annuler l'ordonnance rectificative, après cancellation des mentions relatives au délai prévisible d'achèvement de la procédure, omises dans la décision rectifiée.

En l'état de la saisine de la chambre de l'instruction, limitée à la seule question de savoir si l'ordonnance frappée d'appel, sous le couvert d'une rectification d'erreur matérielle, avait porté atteinte à l'autorité de la chose jugée, doivent être tenus pour surabondants les motifs de l'arrêt relatifs à la durée prévisible d'achèvement de la procédure.

Crim. - 16 septembre 2008.

REJET

N° 08-84.893. - CA Bordeaux, 19 juin 2008.

M. Pelletier, Pt. - M. Finidori, Rap. - M. Fréchède, Av. Gén. - M^e Luc-Thaler, Av.

N° 98

Divorce, séparation de corps

Règles spécifiques à la séparation de corps. - Devoir de secours. - Modalités d'exécution. - Mise à disposition gratuite d'un logement. - Nature. - Détermination.

La mise à disposition gratuite d'un logement en exécution du devoir de secours ne peut être assimilée à un droit réel d'usage et d'habitation, mais consiste en l'attribution de la jouissance gratuite du logement, constitutive d'un droit personnel.

1^{re} Civ. - 24 septembre 2008.

CASSATION

N° 06-21.198. - CA Saint-Denis de la Réunion, 16 décembre 2005.

M. Bargue, Pt. - Mme Trapero, Rap. - M. Pagès, Av. Gén. - SCP Le Griel, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue juridique Personnes et famille, n° 11, novembre 2008, p. 17-18, note Thierry Garé : « La Cour de cassation admet la jouissance gratuite du logement postérieurement au prononcé de la

séparation de corps ». Voir également la revue Actualité juridique famille, novembre 2008, p. 433-434, note Inès Gallmeister (« Séparation de corps et jouissance gratuite du logement »).

N° 99

Elections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Candidat. - Liste de candidatures. - Second tour de scrutin. - Candidature individuelle. - Pluralité de bulletins. - Insertion dans une même enveloppe. - Possibilité. - Conditions. - Détermination.

N'est pas contraire à la loi l'usage d'entreprise permettant à chaque électeur d'insérer dans la même enveloppe autant de bulletins de vote qu'il y a de sièges à pourvoir lorsque ces bulletins sont établis au nom de chacun des candidats se présentant individuellement.

Doit être dès lors rejeté le pourvoi formé contre un jugement ayant refusé d'annuler l'élection des membres d'un comité d'entreprise où des candidats libres se présentaient individuellement au second tour, après avoir constaté que chaque électeur avait effectivement disposé du droit d'insérer dans une enveloppe les bulletins de deux des quatre candidats correspondant aux deux sièges à pourvoir.

Soc. - 24 septembre 2008.

REJET

N° 08-60.004. - TI Neuilly-sur-Seine, 5 décembre 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Béraud, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La semaine juridique, édition sociale, n° 48, 25 novembre 2008, Jurisprudence, n° 1618, p. 35-36, note Jean-Yves Kerbourc'h (« Pluralité de bulletins de vote dans une enveloppe »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, décembre 2008, n° 1217, p. 1005.

N° 100

Elections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Opérations électorales. - Modalités d'organisation et de déroulement. - Liste électorale. - Inscription. - Conditions. - Salariés de l'entreprise. - Définition.

Remplissent les conditions pour être électeurs dans l'entreprise les salariés « intermittents » ou vacataires qui, ayant travaillé dans l'entreprise de manière habituelle au cours des trois derniers mois, sont intégrés de manière étroite et permanente à la communauté de travail.

Prive en conséquence sa décision de base légale le tribunal d'instance qui déclare valide une clause de protocole préélectoral conditionnant le droit de vote à une première vacation effectuée plus de trois mois avant le scrutin et à un total d'heures de travail minimum de 400 heures sur les six derniers mois et de 86 heures par mois au cours des trois derniers mois, sans rechercher si, en considération de la variation des effectifs dans l'entreprise et compte tenu du caractère et de la nature de l'emploi de ce personnel d'appoint, les exigences posées par la clause litigieuse dudit protocole sur la durée minimale d'heures de travail et leur date d'appréciation étaient conformes aux textes légaux.

Soc. - 24 septembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-60.310. - TI Paris 13^e, 3 mai 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén. - SCP Lesourd, Av.

Note sous Soc., 24 septembre 2008, n° 100 ci-dessus

La présente affaire posait la question de la prise en compte, en tant qu'électeurs, de salariés intervenant ponctuellement dans l'entreprise, en qualité d'« extras ».

La notion d'« extra » n'étant pas une notion juridique, la première difficulté venait de la nécessité de cerner quelles catégories de salariés étaient concernées. La chambre sociale a estimé que le terme pouvait recouvrir deux sortes de salariés, les « intermittents », travaillant en général très peu d'heures pour l'entreprise, mais de manière régulière, et les vacataires, appelés généralement à travailler de manière plus ponctuelle, mais un nombre d'heures plus élevé.

Dans quelle mesure ces catégories de salariés peuvent-elles être considérées comme remplissant la condition, posée par les articles L. 2314-15 et L. 2324-14 du code du travail pour être électeurs aux élections de représentants du personnel, d'avoir « travaillé trois mois au moins dans l'entreprise » ?

En réponse à cette question, la jurisprudence était jusqu'à présent relativement disparate. D'anciens arrêts, tels celui du 19 juillet 1979 (*Bull.* 1979, V, n° 652) ou celui du 18 juin 1981 (pourvoi n° 79-60.268), se référaient à la notion d'« activité habituelle ». En 1996, un arrêt avait semblé estimer suffisant le fait pour un salarié d'être « sous contrat à la date du scrutin » (Soc., 30 mai 1996, pourvoi n° 95-60.599). Dans deux arrêts postérieurs, cependant, l'un du 20 octobre 1999 (*Bull.* 1999, V, n° 389), l'autre du 6 février 2002 (pourvoi n° 00-60.309), la chambre sociale avait imposé la nécessité de considérer comme électeurs les salariés vacataires ayant travaillé dans l'entreprise « au moins à deux reprises dans les trois mois précédant l'élection ».

Un tel critère, qui s'expliquait logiquement par l'idée qu'un salarié qui a travaillé au moins deux fois dans l'entreprise au cours des trois derniers mois peut être considéré comme ayant un lien sérieux avec cette entreprise, paraissait cependant très figé au regard du texte légal et éloigné des critères généraux que la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel avaient tenté de dégager, pour que l'électeur soit, avant tout, un salarié intégré de façon étroite et permanente à la communauté de travail de l'entreprise.

C'est cette notion, dégagée par l'arrêt du 28 février 2007 s'agissant des salariés mis à disposition (*Bull.* 2007, V, n° 10), plus souple et plus adaptée aux conditions souhaitées pour que le salarié ait un intérêt à être électeur dans l'entreprise, que reprend l'arrêt du 24 septembre 2008, tout en précisant que l'intégration, s'agissant de ces vacataires ou « intermittents », doit être appréciée en considération de la variation des effectifs dans l'entreprise et compte tenu du caractère et de la nature de l'emploi de ce personnel d'appoint. Il censure donc un jugement qui avait reconnu valable une clause d'un protocole préélectoral qui conditionnait le droit de vote à la triple condition d'avoir effectué une première vacation avant le 24 juillet 2006, d'avoir travaillé au moins 400 heures au cours des six derniers mois, et d'avoir travaillé au moins 86 heures par mois au cours des trois derniers mois.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La semaine juridique, édition sociale, n° 48, 25 novembre 2008, Jurisprudence, n° 1618, p. 32 à 35, note Jean-Yves Kerbourc'h (« Durée de mandat et électoral »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, décembre 2008, n° 1205, p. 997-998.

N° **IOI**

Elections professionnelles

Procédure. - Décision du tribunal d'instance. - Contentieux de la régularité de l'élection. - Voies de recours. - Pourvoi en cassation. - Délai. - Augmentation en raison de la distance. - Possibilité (non).

En matière d'élections professionnelles, le délai de pourvoi en cassation est de dix jours, et aucune disposition spécifique ne prévoit de prorogation au profit des départements ou territoires d'Outre-mer.

Est par conséquent irrecevable le pourvoi formé le 13 juillet 2007 auprès du greffe du tribunal d'instance de Pointe-à-Pitre alors que l'auteur du pourvoi en avait reçu notification le 26 juin 2007.

Soc. - 24 septembre 2008.
IRRECEVABILITÉ

N° 07-60.420. - TI Pointe-à-Pitre, 15 juin 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén. - SCP Delvolvé, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La semaine juridique, édition sociale, n° 48, 25 novembre 2008, Jurisprudence, n° 1621, p. 38-39-5, note Thibault Lahalle («Délai pour former un pourvoi en cassation en matière d'élections professionnelles»). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, décembre 2008, n° 1245, p. 1022.

N° **IO2**

Entreprise en difficulté
(loi du 26 juillet 2005)

Généralités. - Loi du 26 juillet 2005. - Application dans le temps. - Débiteur personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante. - Effets. - Débiteur exclu du traitement des situations de surendettement des particuliers.

Toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, relève, à compter du 1^{er} janvier 2006, des procédures collectives de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, aux conditions prévues par cette loi. Il en résulte que cette personne se trouve dès lors exclue des dispositions relatives au traitement des situations de surendettement prévues aux articles L. 330-1 et suivants du code de la consommation.

En conséquence, viole les articles L. 631-2 et L. 640-2 du code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, l'article 190 de cette loi, ensemble l'article L. 333-3 du code de la consommation, la cour d'appel qui, saisie d'un recours contre les recommandations de la commission de surendettement concernant les dettes d'un masseur-kinésithérapeute exerçant à titre libéral, confirme le jugement ayant estimé que la situation de ce débiteur justifiait l'application des dispositions des articles L. 332-3 et L. 331-7 du code de la consommation, alors qu'au jour où elle se prononçait sur le recours, jour auquel le juge doit se placer pour apprécier si le débiteur relève de l'une des procédures collectives instituées par le code de commerce, ce masseur-kinésithérapeute relevait des dispositions de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

Com. - 30 septembre 2008.
CASSATION SANS RENVOI

N° 07-15.446. - CA Toulouse, 27 mars 2007.

Mme Favre, Pt. - Mme Vaissette, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 36, 16 octobre 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 2501-2502, note A. Lienhard («Professionnels indépendants : exclusion du traitement des situations de surendettement»).

N° **IO3**

1^o Entreprise en difficulté

Généralités. - Loi du 26 juillet 2005. - Application dans le temps. - Dispositions relatives à la responsabilité pour insuffisance d'actif et aux mesures d'interdiction. - Date de la convocation du dirigeant en vue de son audition. - Effet.

2^o Entreprise en difficulté

Responsabilité. - Dirigeant social. - Faillite et interdictions. - Cas. - Absence de déclaration dans les quinze jours de la cessation des paiements. - Procédure ouverte après résolution du plan de continuation. - Portée.

1^o Il résulte de l'article 361 du décret du 28 décembre 2005 que les dispositions des articles 318, alinéa 2, et 324 de ce décret, applicables aux procédures en cours, régissent, à compter du 1^{er} janvier 2006, les actions en paiement de l'insuffisance d'actif engagées sur le fondement de l'article L. 624-3 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, et celles tendant au prononcé de la faillite personnelle ou d'autres mesures d'interdiction introduites sur le fondement des articles L. 625-3 à L. 625-6 de ce code.

Viole ces dispositions l'arrêt qui prononce une condamnation à contribuer à l'insuffisance d'actif et une mesure d'interdiction de gérer à l'égard d'un dirigeant convoqué le 5 janvier 2006 en vue de son audition en chambre du conseil pour l'audience du 17 janvier 2006, alors que, s'agissant d'une convocation adressée après le 1^{er} janvier 2006, il aurait dû être convoqué un mois au moins avant cette audition.

2^o Viole les articles L. 625-3 1^o, L. 625-5 5^o et L. 625-8 du code de commerce, dans leur rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, l'arrêt qui, après avoir constaté que la liquidation judiciaire d'une société avait été ouverte par résolution d'un plan de continuation pour inexécution des engagements financiers, fonde la sanction de l'interdiction de gérer prononcée contre son dirigeant sur l'omission de faire, dans le délai de quinze jours, la déclaration de l'état de cessation des paiements.

Com. - 30 septembre 2008.
CASSATION

N° 06-21.895. - CA Versailles, 9 novembre 2006.

Mme Favre, Pt. - M. Albertini, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - SCP Bouleze, M^e Bertrand, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 36, 16 octobre 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 2500-2501, note A. Lienhard («Comblement de l'insuffisance d'actif : convocation du dirigeant»). Voir également la revue Droit des sociétés, décembre 2008, commentaire n° 250, p. 19-20, note Jean-Pierre Legros (Sociétés en difficulté - Sanctions civiles»).

N° 104

Etranger

Mesures d'éloignement. - Rétenion dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire. - Fin de la rétenion. - Critères. - Existence de circonstances nouvelles de droit ou de fait.

Excède ses pouvoirs le juge des libertés et de la détention qui se fonde sur des faits antérieurs à la décision du premier président prolongeant la rétenion, sans relever l'existence de circonstances nouvelles de droit ou de fait depuis cette décision, alors qu'en application de l'article R. 552-17 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ce n'est que lorsque des circonstances nouvelles de droit ou de fait le justifient que l'étranger en rétenion peut demander, par simple requête au juge des libertés et de la détention, qu'il soit mis fin à sa rétenion.

1^{re} Civ. - 24 septembre 2008.

CASSATION SANS RENVOI

N° 07-19.243. - TGI Lille, 27 août 2007.

M. Bague, Pt. - M. Pluyette, Rap. - M. Pagès, Av. Gén.

N° 105

Expropriation pour cause d'utilité publique

Rétrocession. - Conditions. - Immeuble n'ayant pas reçu la destination prévue. - Domaine d'application. - Cession amiable. - Limites. - Détermination. - Portée.

Une cession amiable consentie antérieurement à une déclaration d'utilité publique, sans que les cédants aient demandé au juge de l'expropriation de leur en donner acte en application des dispositions de l'article L. 12-2 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, ne pouvant avoir les mêmes effets qu'une ordonnance d'expropriation, une cour d'appel en déduit exactement que les cédants ne peuvent bénéficier du droit à rétrocession prévu par l'article L. 12-6 du même code.

3^e Civ. - 24 septembre 2008.

REJET

N° 07-13.972. - CA Grenoble, 20 novembre 2006.

M. Cachelot, Pt (f.f.). et Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - M^e Spinosi, SCP Choucroy, Gadiou et Chevallier, Av.

N° 106

Homicide et blessures involontaires

Lien de causalité. - Causalité directe. - Constatation. - Portée. - Recherche d'une faute caractérisée (non).

Justifient leur décision les juges qui, pour déclarer coupable d'homicide involontaire et d'infraction aux règles relatives à la sécurité des travailleurs le dirigeant d'une entreprise du bâtiment intervenu lors de la mise en place d'une dalle, retiennent que le prévenu a commis une imprudence caractérisée et un manquement à ses obligations en matière de sécurité, directement à l'origine de l'accident mortel dont a été victime le salarié.

Ayant constaté que le prévenu, personne physique, avait directement causé le dommage au sens de l'article 121-3, alinéa 3, du code pénal, la cour d'appel n'avait pas à rechercher si celui-ci avait commis une faute caractérisée qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne

pouvait ignorer, ou une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité entrant dans les prévisions de l'article 121-3, alinéa 4, dudit code.

Crim. - 16 septembre 2008.

REJET

N° 08-80.204. - CA Nouméa, 9 octobre 2007.

M. Joly, Pt (f.f.). - M. Finidori, Rap. - M. Fréchède, Av. Gén. - SCP Ancel et Couturier-Heller, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La semaine juridique, édition sociale, n° 47, 18 novembre 2008, Jurisprudence, n° 1596, p. 20 à 22, note Jean-François Cesaro (« Responsabilité pénale du chef d'entreprise qui a directement créé le dommage »).

N° 107

Instruction

Avis de fin d'information. - Réquisitions du procureur de la République. - Notification aux avocats des parties. - Notification après expiration du délai imparti d'un mois ou de trois mois. - Délai dont dispose l'avocat pour présenter des observations complémentaires. - Calcul. - Modalités. - Détermination. - Portée.

Il résulte des articles 175 et 803-1 du code de procédure pénale que, lorsque le juge d'instruction ayant estimé l'information terminée, le ministère public communique ses réquisitions à l'avocat d'une partie après l'expiration du délai d'un mois ou de trois mois qui lui est imparti pour le faire, le délai de dix jours ou d'un mois dont dispose cette partie pour présenter des observations complémentaires a pour point de départ la date de cette communication et est calculé, quel qu'en soit le mode, à compter du lendemain.

Crim. - 17 septembre 2008.

CASSATION

N° 08-84.928. - CA Versailles, 18 avril 2008.

M. Pelletier, Pt. - M. Arnould, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Pénal, novembre 2008, Jurisprudence, p. 469, note Lionel Ascensi (« Point de départ du délai de dix jours ou d'un mois de l'article 175 du code de procédure pénale »).

N° 108

1^o Instruction

Commission rogatoire. - Exécution. - Audition en qualité de témoin d'une personne soupçonnée. - Régularité. - Condition.

2^o Instruction

Pièces. - Versement au dossier de pièces extraites d'une autre procédure. - Jonction de procédures (non).

1^o Le juge d'instruction a la faculté de ne mettre en examen une personne déterminée qu'après s'être éclairé, notamment en faisant procéder à son audition, sur sa participation aux agissements incriminés dans des conditions pouvant engager sa responsabilité pénale.

Dès lors, n'encourt pas le grief de violation de l'article 105 du code de procédure pénale l'arrêt qui, pour rejeter la demande d'annulation prise de l'audition en qualité de témoin d'une personne gardée à vue en exécution d'une commission rogatoire du juge d'instruction sur des mouvements bancaires résultant de relevés sur lesquels ladite personne avait déjà été

entendue au cours d'une précédente information dans laquelle elle était mise en examen, retient que cette seconde audition a porté sur des faits distincts de ceux objet de la première information.

2° Ne constitue pas la jonction de deux informations le versement, dans une procédure d'instruction, à titre de renseignements, de copies de pièces issues d'un autre dossier d'information.

Crim. - 30 septembre 2008.

REJET

N° 08-83.064. - CA Paris, 15 février 2008.

M. Pelletier, Pt. - M. Straehli, Rap. - M. Mouton, Av. Gén. - M^e Bouthors, Av.

N° 109

Instruction

Pouvoirs du juge. - Ecoutes téléphoniques. - Transcription de la conversation entre un avocat et son client. - Validité. - Défaut. - Portée.

La retranscription d'une conversation téléphonique entre un avocat et son client doit être annulée si son contenu n'apparaît pas de nature à faire présumer la participation de cet avocat à une infraction.

Lorsque le contenu d'une telle conversation retranscrite a permis de localiser le client concerné et constitue le support nécessaire de son interpellation, de son placement en garde à vue et de ses auditions au cours de cette mesure, l'annulation subséquente de ces actes est justifiée.

Crim. - 17 septembre 2008.

REJET

N° 08-85.229. - CA Rennes, 13 juin 2008.

M. Pelletier, Pt. - M. Arnould, Rap. - M. Finielz, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Pénal, novembre 2008, Jurisprudence, p. 467-468, note Sabrina Lavric (« Confidentialité de l'entretien téléphonique avec son avocat : rappel »).

N° 110

Juridictions correctionnelles

Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. - Procédure. - Pièces. - Procès-verbal. - Production devant le juge saisi après échec de la procédure. - Interdiction. - Portée.

Selon l'article 495-14 du code de procédure pénale, le procès-verbal de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne peut être transmis à la juridiction de jugement; ni le ministère public ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure sur reconnaissance préalable de culpabilité.

Encourt la censure l'arrêt qui, pour déclarer le prévenu coupable de conduite d'un véhicule en état d'ivresse manifeste, énonce notamment que, lors de son audition par le procureur de la République, selon la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, l'intéressé a reconnu sa culpabilité.

Crim. - 17 septembre 2008.

CASSATION

N° 08-80.858. - CA Lyon, 14 décembre 2007.

M. Le Gall, Pt (f.f.). - Mme Ponroy, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, 9-13 novembre 2008, Jurisprudence, p. 8 à 13 (François Desprez, « La limitation par la Cour de cassation de la portée de l'aveu en cas d'échec d'une procédure de CRPC »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 37, 23 octobre 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 2602, note M. Lena (« Plaider-coupable : aveu en cas d'échec de la procédure ») et la même revue, n° 41, 27 novembre 2008, études et commentaires, p. 2904 à 2907, note Jérôme Lasserre Capdeville (« De l'usage limité de la reconnaissance de culpabilité »). Voir encore La semaine juridique, édition générale, n° 48, du 26 novembre 2008, Jurisprudence, n° 10194, p. 56 à 59, note Yannick Joseph-Ratineau (« L'aveu de culpabilité fait au cours de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne peut être repris devant la juridiction de jugement »).

N° 111

Juridictions correctionnelles

Débats. - Publicité. - Huis clos. - Motifs. - Nécessité.

La publicité des débats judiciaires est une règle d'ordre public à laquelle il ne peut être dérogé que dans les cas limitativement déterminés par la loi.

Méconnaît cette règle et l'article 400 du code de procédure pénale l'arrêt qui se borne à énoncer, au visa de cette dernière disposition, que « la cour, à la demande de la victime pour qui la publicité de l'audience paraissait dangereuse pour les mœurs, a ordonné que les débats aient lieu à huis clos », alors qu'il lui appartenait de vérifier par elle-même si la publicité était dangereuse pour l'ordre, la sérénité des débats, la dignité de la personne ou les intérêts d'un tiers.

Crim. - 17 septembre 2008.

CASSATION

N° 07-87.967. - CA Toulouse, 10 octobre 2007.

M. Le Gall, Pt (f.f.). - Mme Chanet, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Bachellier et Potier de la Varde, Av.

N° 112

Mesures d'instruction

Expertise. - Expert. - Mission. - Office du juge. - Etendue. - Détermination. - Portée.

Le juge chargé du contrôle des mesures d'instruction tient de l'article 236 du code de procédure civile le pouvoir d'accroître ou restreindre la mission confiée au technicien, même lorsque l'expertise a été ordonnée sur le fondement de l'article 145 du même code.

2^e Civ. - 18 septembre 2008.

REJET

N° 07-17.640. - CA Versailles, 9 mai 2007.

M. Gillet, Pt. - M. Lacabarats, Rap. - M. Marotte, Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Gatineau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 11, novembre 2008, n° 292, p. 13, note Roger Perrot (« Mesures d'instruction préventives - Extension de la mission »).

N° 113

Mesures d'instruction

Sauvegarde de la preuve avant tout procès. - Référé. - Saisine du juge des référés. - Recevabilité. - Conditions. -

Action en partage prévue par les articles 822 et suivants du code civil. - Exercice. - Moment. - Détermination. - Portée.

Les dispositions des articles 822 et suivants du code civil ne font pas obstacle à la saisine du juge des référés avant l'engagement de l'action en partage pour ordonner une mesure d'instruction, en application de l'article 145 du code de procédure civile.

2^e Civ. - 18 septembre 2008.

CASSATION

N° 07-18.972. - CA Poitiers, 6 juin 2007.

M. Gillet, Pt. - M. Lacabarats, Rap. - M. Marotte, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, M^e Balat, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 11, novembre 2008, n° 291, p. 13, note Roger Perrot (« Mesures d'instruction préventives - Domaine d'application ») et la Revue Lamy Droit civil, novembre 2008, n° 3199, p. 49.

N° **II4**

Nantissement

Valeurs mobilières. - Conditions de validité. - Disponibilité de la valeur mobilière affectée en nantissement. - Applications diverses. - Indisponibilité seulement temporaire. - Portée.

L'indisponibilité d'une valeur mobilière, quand elle est seulement temporaire, ne fait pas obstacle à son affectation en nantissement.

Se trouve dès lors justifié l'arrêt qui rejette la demande d'un emprunteur tendant à faire constater la responsabilité d'un prêteur pour l'octroi, en octobre 2000, d'une ouverture de crédit garantie par un gage de compte d'instruments financiers comprenant des titres frappés par un engagement d'incessibilité, après avoir relevé que ces titres étaient cessibles à compter du 20 avril 2004, ce dont il résultait que le gage était valable.

Com. - 30 septembre 2008.

REJET

N° 07-12.768. - CA Versailles, 8 décembre 2006.

Mme Favre, Pt. - M. Gérard, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 37, 23 octobre 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 2596, note X. Delpech (« Validité du nantissement de valeurs mobilières indisponibles »). Voir également La semaine juridique, édition générale, n° 48, 26 novembre 2008, Jurisprudence, n° 10192, p. 50 à 52, note Stéphane Piedelièvre (« L'indisponibilité temporaire d'une valeur mobilière ne fait pas obstacle à son affectation en nantissement ») et la Revue Lamy Droit civil, novembre 2008, n° 3188, p. 33-34.

N° **II5**

Preuve

Règles générales. - Éléments de preuve. - Insuffisance. - Applications diverses. - Travaux supplémentaires allégués sur la seule circonstance d'un règlement excédant les devis acceptés.

Il appartient au maître d'œuvre de rapporter la preuve de la commande et de l'exécution des travaux supplémentaires qu'il prétend avoir effectués ; cette preuve ne peut résulter de la seule circonstance que le maître de l'ouvrage lui a réglé une somme plus importante que celle résultant des devis acceptés.

1^{re} Civ. - 30 septembre 2008.

CASSATION

N° 07-12.705. - CA Aix-en-Provence, 22 mars 2006.

M. Bargue, Pt. - Mme Cassuto-Teytaud, Rap. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Richard, Av.

N° **II6**

Quasi-contrat

Enrichissement sans cause. - Conditions. - Absence d'intention libérale. - Appréciation souveraine.

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, après avoir souverainement estimé qu'un concubin n'avait pas agi dans une intention libérale en réalisant des travaux dans un immeuble appartenant à sa compagne, dès lors que ceux-ci excédaient par leur ampleur sa participation normale aux dépenses de la vie commune et ne pouvaient être considérés comme une contrepartie des avantages dont il avait profité pendant la période de concubinage, en a déduit que l'appauvrissement subi par celui-ci et l'enrichissement corrélatif de sa concubine étaient dépourvus de cause.

1^{re} Civ. - 24 septembre 2008.

REJET

N° 06-11.294. - CA Versailles, 28 octobre 2005.

M. Bargue, Pt. - Mme Chardonnet, Rap. - M. Pagès, Av. Gén. - M^e Georges, SCP Peignot et Garreau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 11, novembre 2008, n° 300, p. 19-20, note Méлина Douchy-Oudot (« Concubinage et action de in rem verso ») et la Revue Lamy Droit civil, novembre 2008, n° 3198, p. 47-48. Voir également la revue Actualité juridique famille, novembre 2008, p. 431-432, note François Chénéde (« Enrichissement sans cause au profit du concubin qui finance la rénovation d'un immeuble appartenant à sa concubine : renvoi à l'appréciation souveraine des juges du fond »).

N° **II7**

Quasi-contrat

Enrichissement sans cause. - Exclusion. - Appauvri ayant agi dans son intérêt personnel.

Justifie légalement sa décision de rejeter une demande d'indemnisation fondée sur l'enrichissement sans cause la cour d'appel qui constate souverainement que les travaux de rénovation litigieux avaient été réalisés par l'appauvri, dans son intérêt personnel.

1^{re} Civ. - 24 septembre 2008.

REJET

N° 07-11.928. - CA Douai, 27 novembre 2006.

M. Bargue, Pt. - Mme Chardonnet, Rap. - M. Pagès, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Defrenois et Levis, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 35, 9 octobre 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 2430, note I. Gallmeister (« Concubinage et enrichissement sans cause »). Voir également la revue Procédures, n° 11, novembre 2008, n° 300, p. 19-20, note Méлина Douchy-Oudot (« Concubinage et action de in rem verso »).

N° 118

Régimes matrimoniaux

Régimes conventionnels. - Séparation de biens. - Liquidation. - Créance d'un époux contre l'autre. - Evaluation. - Modalités. - Profit subsistant. - Défaut. - Portée.

Lorsque les fonds d'un époux séparé de biens ont servi à améliorer un bien personnel de l'autre, qui l'a aliéné avant la liquidation, sa créance ne peut être moindre que le profit subsistant au jour de l'aliénation; en l'absence de profit subsistant, la créance est égale au montant nominal de la dépense faite.

1^{re} Civ. - 24 septembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-19.710. - CA Rennes, 20 mars 2007.

M. Bague, Pt. - Mme Gorce, Rap. - M. Pagès, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique famille, novembre 2008, p. 437-438, note Patrick Hilt (« En l'absence de profit subsistant, la créance entre époux est égale au montant nominal de la dépense faite »).

N° 119

Représentation des salariés

Comité d'entreprise européen. - Membres. - Désignation. - Contestation. - Décision du tribunal d'instance. - Voies de recours. - Détermination.

Le jugement qui tranche une contestation relative à la désignation des représentants au comité d'entreprise européen est rendu, en l'absence de dispositions légales contraires, en premier ressort.

Il en résulte que le tribunal qui annule, dans un même jugement, les désignations d'un salarié en qualité de délégué syndical central, de représentant syndical au comité central d'entreprise et de représentant syndical au comité d'entreprise européen statue, en vertu des dispositions des articles 35 et 40 du code de procédure civile, en premier ressort sur l'ensemble des chefs du dispositif, dès lors que la décision s'appuie sur les mêmes faits pris de l'absence de représentativité du syndicat ayant procédé à ces désignations.

Est dès lors irrecevable en son entier le pourvoi formé à l'encontre de ce jugement, qui était susceptible d'appel.

Soc. - 24 septembre 2008.

IRRECEVABILITÉ

N° 07-60.350. - TI Rouen, 13 juin 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Darret-Courgeon, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

N° 120

Représentation des salariés

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. - Délégation du personnel. - Mandat. - Cessation. - Remplacement. - Modalités. - Détermination. - Portée.

Selon l'article R. 236-7, alinéa premier, devenu l'article R. 4613-5 du code du travail, si un représentant du personnel cesse ses fonctions pendant la durée normale de son mandat, il est remplacé dans le délai d'un mois, pour la période de ce mandat restant à courir.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre un jugement qui, ayant constaté que le représentant au comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) dont il convenait d'assurer le remplacement occupait un siège réservé aux cadres et agents de maîtrise, décide qu'il ne peut être remplacé que par un salarié appartenant à cette même catégorie, peu important qu'un autre élu du CHSCT, ouvrier au jour de sa désignation, ait, par suite d'une promotion, occupé un emploi d'agent de maîtrise lors du remplacement litigieux.

Soc. - 24 septembre 2008.

REJET

N° 07-60.463. - TI Nogent-sur-Marne, 6 novembre 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Béraud, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 121

Représentation des salariés

Délégué syndical. - Désignation. - Conditions. - Effectif de l'entreprise. - Entreprise employant moins de cinquante salariés. - Désignation d'un délégué du personnel. - Possibilité. - Limites.

Sous réserve de conventions ou accords d'entreprise comportant des clauses plus favorables, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, seul un délégué du personnel titulaire disposant d'un crédit d'heures à ce titre peut être désigné comme délégué syndical.

Justifie sa décision la cour d'appel qui, constatant qu'un syndicat avait désigné en qualité de délégué syndical un délégué du personnel suppléant et que l'employeur n'avait pas contesté la désignation dans le délai de quinze jours, en a déduit que le mandat de délégué syndical ne prenait pas fin du fait de la cessation du mandat électif.

Soc. - 24 septembre 2008.

REJET

N° 06-42.269. - CA Versailles, 7 mars 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén. - SCP Vuitton, SCP Didier et Pinet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, décembre 2008, n° 1209, p. 1000-1001.

N° 122

Représentation des salariés

Règles communes. - Statut protecteur. - Opposabilité. - Condition.

Selon les dispositions combinées de l'article L. 122-14, alinéa 3, et D. 122-3, alinéa 3, devenus respectivement les articles L. 1233-38 et D. 1232-5 du code du travail, la mise à disposition de la liste des conseillers du salarié arrêtée par le préfet du département, dans chaque section de l'inspection du travail et en mairie, a pour seul objet de permettre au salarié convoqué à un entretien préalable à son licenciement de la consulter. Seule la publication de la liste au recueil des actes administratifs du département la rend opposable à tous.

Par suite, lorsque l'absence de publication de la liste n'est pas contestée, une cour d'appel décide à bon droit qu'il appartient au conseiller du salarié inscrit sur cette liste de faire la preuve que son employeur avait connaissance de sa qualité lors de l'envoi de la lettre de licenciement, pour que la procédure spéciale de licenciement soit applicable.

Soc. - 24 septembre 2008.

IRRECEVABILITÉ ET REJET

N° 07-40.436 et 07-41.191. - CA Douai, 27 octobre 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Morin, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La semaine juridique, édition sociale, n° 49, 2 décembre 2008, Jurisprudence, n° 1635, p. 47 à 49, note François Dumont (« Preuve de la qualité de conseiller du salarié »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, décembre 2008, n° 1211, p. 1002-1003.

N° **I 23**

Restitution

Objets saisis. - Action en restitution. - Décision. - Compétence du ministère public. - Conditions. - Détermination.

Aux termes du premier alinéa de l'article 41-4 du code de procédure pénale, le procureur de la République ou le procureur général n'est compétent pour décider de la restitution des objets placés sous main de justice que lorsque la juridiction saisie a épuisé sa compétence sans avoir statué sur cette restitution.

Fait l'exacte application de ce texte l'arrêt qui prononce, pour cause d'incompétence, l'annulation des décisions du ministère public ayant statué sur une requête en restitution de biens saisis par le juge d'instruction en exécution d'une demande présentée par la procureur près le Tribunal pénal international pour le Rwanda, dans une procédure toujours pendante devant cette juridiction.

Crim. - 16 septembre 2008.

REJET

N° 07-85.108. - CA Paris, 6 juillet 2007.

M. Pelletier, Pt. - Mme Anzani, Rap. - M. Fréchède, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° **I 24**

Séparation des pouvoirs

Personne morale de droit public. - Faute commise à l'occasion de la gestion d'un service public administratif. - Action civile. - Compétence administrative.

Il résulte de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III que, sauf dispositions contraires, les tribunaux judiciaires ne sont pas compétents pour réparer les conséquences dommageables d'une faute engageant la responsabilité d'une personne morale de droit public à l'occasion de la gestion d'un service public administratif.

Crim. - 30 septembre 2008.

REJET

N° 07-87.734. - CA Aix-en-Provence, 17 septembre 2007.

M. Joly, Pt (f.f.). - Mme Degorce, Rap. - Mme Magliano, Av. Gén. - SCP Ghestin, Av.

N° **I 25**

Société

Société à responsabilité limitée. - Abus de biens sociaux. - Eléments constitutifs. - Intérêt personnel du dirigeant. - Preuve.

S'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les biens sociaux, cédés de manière occulte par un dirigeant social, l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel.

Crim. - 24 septembre 2008.

REJET

N° 08-80.872. - CA Aix-en-Provence, 19 décembre 2007.

M. Dulin, Pt (f.f.). - Mme Labrousse, Rap. - M. Charpenel, Av. Gén. - SCP de Chaisemartin et Courjon, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit des sociétés, novembre 2008, commentaire n° 234, p. 34-35, note Renaud Salomon (« Le dol spécial de l'abus de biens sociaux se déduit du caractère occulte des prélèvements opérés »).

N° **I 26**

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport. - Annexe I ouvriers. - Article 14. - Primes et respect des conditions de sécurité. - Prime d'efficacité. - Prohibition. - Cas.

Aux termes de l'article 14 de l'annexe I de la convention collective nationale des transports routiers, « dans un but de sécurité, les contrats de travail ne pourront contenir de clause de rémunération principale ou accessoire de nature à compromettre la sécurité, notamment par incitation directe ou indirecte au dépassement de la durée du travail ou des temps de conduite autorisés, telle que l'octroi de primes ou de majorations de salaire en fonction des distances parcourues et/ou du volume des marchandises transportées ».

Ayant relevé qu'une prime d'efficacité versée dans le cadre d'un système de rémunération des coursiers « aux bons » conduisait à une majoration du salaire en fonction des distances parcourues et des délais de livraison, ce qui incitait les salariés à dépasser la durée normale de travail et les temps de conduite autorisés, la vitesse jouant nécessairement un rôle dans le nombre de courses, une cour d'appel en a déduit à bon droit qu'un tel mode de rémunération, de nature à compromettre la sécurité du salarié, était prohibé par l'article susvisé.

Soc. - 24 septembre 2008.

REJET

N° 07-44.847. - CA Versailles, 18 septembre 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Blatman, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 36, 16 octobre 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 2508, note L. Perrin (« Transports routiers : illicéité des primes d'efficacité »). Voir également La semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 49, 4 décembre 2008, n° 2484, p. 45 à 48, note Matthieu Babin (« Est un mode de rémunération de nature à compromettre la sécurité du salarié la prime d'efficacité conduisant à une majoration du salaire en fonction des distances parcourues et des délais de livraison ») et la Revue de jurisprudence sociale, décembre 2008, n° 1249, p. 1023 à 1025.

N° **I 27**

1^o Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Dispositions générales. - Nullité. - Action en nullité. - Recevabilité. - Salarié. - Condition.

2^o Cassation

Moyen. - Moyen de pur droit. - Applications diverses. - Contrat de travail. - Caractère discriminatoire de l'énoncé d'une disposition conventionnelle.

3^o Contrat de travail, exécution

Employeur. - Discrimination entre salariés. - Discrimination directe. - Définition.

1^o Tout salarié qui y a intérêt est recevable à invoquer le caractère illicite d'une clause d'une convention collective qui lui est applicable.

2^o Est de pur droit et peut donc être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation le moyen fondé sur le caractère discriminatoire de l'énoncé d'une disposition conventionnelle.

3^o Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement notamment de ses convictions, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Tel est le cas d'une stipulation conventionnelle qui, dans le cadre d'un accord de progression de carrière des représentants du personnel et syndicaux, limite, pour ces seuls salariés, la progression de rémunération dont ils peuvent bénéficier à la suite d'une promotion ; cette stipulation est donc nulle.

Soc. - 24 septembre 2008.

CASSATION

N° 06-46.179, 06-46.180 et 07-40.935. - CA Versailles, 21 septembre 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Morin, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Gatineau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, novembre 2008, n° 1107, p. 913 à 915.

N° 128

52

Testament

Legs. - Legs à titre universel. - Légataire. - Légataire héritier réservataire. - Libéralité réductible. - Droit d'option du légataire. - Effets. - Applications diverses. - Indemnité d'occupation (non).

Encourt la cassation l'arrêt qui, après avoir constaté que la fille de la défunte, légataire de la quotité disponible avec faculté de choix, ayant fait porter le choix de son legs sur la pleine propriété de la maison d'habitation constituant l'essentiel de la succession et retenu que cette libéralité était réductible en valeur, met à sa charge une indemnité d'occupation depuis la date du décès.

En effet, si la légataire doit restituer une indemnité équivalente à la perte des fruits de ce qui excède la portion disponible à compter du jour du décès dès lors que la demande a été faite dans l'année, elle n'est redevable d'aucune indemnité d'occupation envers l'indivision, la propriété du bien légué lui restant définitivement acquise au jour du décès.

1^{re} Civ. - 24 septembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 06-21.445. - CA Lyon, 12 octobre 2006.

M. Bague, Pt. - Mme Bignon, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Note sous 1^{re} Civ., 24 septembre 2008, n° 128 ci-dessus

Dans cette affaire, soumise aux dispositions légales antérieures à la loi du 23 juin 2006, la défunte avait légué à l'un de ses quatre enfants la quotité disponible des biens composant sa succession et laissé à la légataire le droit de désigner ceux sur lesquels la quotité disponible serait prélevée. La succession était essentiellement composée d'une maison d'habitation, sur laquelle la légataire avait choisi de faire porter son legs et qu'elle occupait depuis le décès.

En sa double qualité de légataire et de successible, la légataire, investie de la saisine, n'avait pas eu besoin, pour prendre possession du bien légué, de demander la délivrance de son legs et, depuis le jour du décès, elle pouvait percevoir les fruits et revenus de la maison d'habitation léguée et prétendre à sa jouissance, cette jouissance étant exclusive de toute indemnité au profit de l'indivision (1^{re} Civ., 2 juin 1987, *Bull.* 1987, I, n° 181 ; 3 février 2004, *Bull.* 2004, I, n° 40 ; 6 décembre 2005, *Bull.* 2005, I, n° 483).

Toutefois, la valeur du bien légué excédant la quotité disponible, le legs était sujet à réduction et le legs étant, en l'espèce, réductible en valeur, la légataire était redevable d'une indemnité de réduction égale à la portion excessive de la libéralité réductible (article 868, alinéa premier, du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 23 juin 2006), payable au moment du partage.

Lorsqu'une donation est réductible, en valeur ou en nature, l'article 928 du code civil, dans sa rédaction applicable au litige, prévoyait que le donataire doit restituer l'équivalent des fruits perçus de la portion des biens donnés sur lesquels porte la réduction, à compter du jour du décès du donateur si la demande en réduction a été faite dans l'année, sinon, à compter du jour de la demande (1^{re} Civ., 21 juin 1989, *Bull.* 1989, I, n° 245 ; 2 juin 1992, *Bull.* 1992, I, n° 172 ; 3 février 2004, *Bull.* 2004, I, n° 36).

Or, selon la jurisprudence, l'indemnité d'occupation a pour objet de réparer le préjudice causé à l'indivision par la perte des fruits et revenus et de se substituer à ces derniers, dont elle emprunte le caractère (1^{re} Civ., 27 octobre 1993, *Bull.* 1993, I, n° 301 ; 3 octobre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 426).

Il paraît logique, en cas de réduction en valeur d'une donation portant par exemple sur un immeuble, d'imposer au donataire de restituer, non une indemnité d'occupation (la propriété du bien donné restant définitivement acquise au gratifié, le bien donné n'a jamais fait partie de la masse successorale, de sorte qu'il n'y a jamais eu d'indivision), mais une indemnité équivalente à la perte des fruits et revenus de la fraction de la donation excédant la quotité disponible.

Il en résulte qu'en cas de donation réductible, le donataire doit restituer, outre l'indemnité de réduction égale à la portion excessive de la libéralité réductible, l'équivalent des fruits afférents à la fraction réductible de la donation (à compter du décès si la demande de réduction a été faite dans l'année, sinon, à compter de la demande) ou, le cas échéant, une indemnité équivalente à la perte des fruits de la fraction excédentaire de la libéralité.

Aucune disposition légale n'envisage la restitution des fruits par le légataire en cas de réduction de son legs, alors qu'il paraît normal que le légataire restitue les fruits perçus, ou l'équivalent de la perte des fruits à proportion de l'étendue de la réduction depuis la date du décès.

Il se déduit donc de l'arrêt ci-dessus qu'en cas de réduction d'un legs, la Cour de cassation entend assimiler le légataire au donataire en ce qui concerne la restitution des fruits et, donc, lui imposer de payer, non une indemnité d'occupation, mais une indemnité correspondant au montant de la perte des fruits du legs, objet d'une réduction. C'est ce qu'a décidé l'arrêt rapporté.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 35, 9 octobre 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 2430, note V. Egéa (« Légataire universel et indemnité d'occupation du bien indivis ») et la Revue Droit civil, novembre 2008, n° 3201, p. 50-51. Voir également la revue Actualité juridique famille, novembre 2008, p. 439, note Frédéric Bicheron (« L'héritier-légataire ne doit aucune indemnité d'occupation à l'indivision, le bien légué lui étant acquis dès le décès »).

N° **I 29**

Travail réglementation, durée du travail

Congés non rémunérés. - Congé pour création ou reprise d'entreprise. - Congé à temps partiel. - Demande du salarié. - Temps partiel refusé mais congé à temps plein accordé. - Portée.

L'employeur qui accepte un congé à temps plein pour création d'entreprise, alors que le salarié avait demandé un tel congé, mais à temps partiel, prend une décision qui s'analyse en un refus, permettant notamment de saisir directement le bureau de jugement du conseil des prud'hommes pour le contester. Ce refus qui, en l'espèce, n'est pas motivé, est nul.

Aucun autre écrit motivé n'ayant été notifié aux salariés dans les trente jours, le conseil des prud'hommes a exactement décidé que la demande devait être considérée comme acceptée et qu'il lui appartenait dès lors de prendre les mesures nécessaires pour rendre cette décision effective.

Soc. - 24 septembre 2008.

REJET

N° 06-44.939. - CPH Lorient, 6 juillet 2006.

Mme Collomp, Pt. - M. Barthélemy, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, décembre 2008, n° 1204, p. 996-997.

N° **I 30**

Travail réglementation, durée du travail

Travail à temps partiel. - Demande d'attribution d'un emploi à temps complet. - Priorité d'embauche. - Conditions. - Etendue.

Il résulte de la combinaison de l'article L. 212-4-9, alinéa premier, devenu L. 3123-8 du code du travail, et de la clause 5 de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu le 6 juin 1997 et mis en œuvre par la Directive 1997/81/CE du 15 décembre 1997 que le salarié à temps partiel qui souhaite occuper ou reprendre un emploi à temps complet, ou obtenir un accroissement de son temps de travail dans le même établissement ou à défaut dans la même entreprise, a priorité pour l'attribution d'un emploi ressortissant à sa catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent, sans que l'égalité de traitement instaurée entre les salariés liés par un contrat de travail à durée indéterminée et ceux liés par un contrat de travail à durée déterminée par l'article L. 122-3-3, alinéa premier, devenu L. 1242-14 du code du travail, s'oppose à ce que cette priorité d'emploi puisse s'exercer sur un emploi à durée déterminée.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'indemnisation pour violation de cette priorité d'emploi, formée par une psychologue travaillant à mi-temps depuis plusieurs années au sein d'une association, retient que l'article L. 212-4-9, alinéa premier, devenu l'article L. 3123-8 du code du travail, ne permettrait pas à cette salariée de postuler pour le poste de psychologue clinicienne proposé par l'employeur dans le cadre d'un contrat à durée déterminée à trois quarts temps destiné à pourvoir au remplacement de la titulaire, en congé-maladie.

Soc. - 24 septembre 2008.

CASSATION

N° 06-46.292. - CA Montpellier, 11 octobre 2006.

Mme Collomp, Pt. - M. Marzi, Rap. - M. Petit, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Gatineau, Av.

Note sous Soc., 24 septembre 2008, n° 130 ci-dessus

Selon l'article L. 212-4-9, alinéa premier, du code du travail, aujourd'hui codifié sous l'article L. 3123-8, les salariés à temps partiel qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps complet dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise, bénéficient d'une priorité pour l'attribution d'un emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent. La même priorité d'emploi est fixée pour les salariés travaillant à temps complet et souhaitant s'occuper à temps partiel. Et l'employeur s'expose, s'il ne respecte pas cette priorité, à des dommages-intérêts, l'article L. 121-4-9 du code du travail ne prévoyant pas de sanctions spécifiques au non-respect de cette priorité d'emploi (Soc., 29 mars 1995, *Bull.* 1995, V, n° 116).

Le législateur n'ayant pas défini les conditions dans lesquelles s'exercent ces priorités, la Cour de cassation, faisant prévaloir l'esprit du texte sur sa lettre, a admis la possibilité pour un salarié à temps partiel de réaliser sa priorité de travailler à temps plein en postulant à un deuxième contrat de travail à temps partiel, sous réserve que les conditions d'exercice de ces deux emplois soient compatibles entre elles, notamment en ce qui concerne l'horaire, la durée et la répartition du travail avec l'emploi occupé (Soc., 26 octobre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 414).

Par le présent arrêt, la chambre sociale apporte des précisions complémentaires intéressantes sur la priorité d'emploi que prévoit l'article L. 212-4-9, alinéa premier, devenu l'article L. 3123-8 du code du travail.

En l'espèce, une psychologue, travaillant depuis 1972 au sein d'une association, occupait, depuis le mois de juillet 2000, un emploi à mi-temps. Le 20 juillet 2004, elle s'est portée candidate à l'emploi de psychologue clinicienne proposé en interne par l'employeur, qui souhaitait remplacer la titulaire du poste en congé-maladie, en recourant à un contrat à durée déterminée à trois quarts temps. Sa candidature n'ayant pas été retenue, la salariée a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de dommages-intérêts pour non-respect de la priorité prévue par l'article L. 212-4-9, devenu l'article L. 3123-8 du code du travail.

Il s'agissait donc de déterminer, d'une part, si l'article précité autorisait la salariée, offrant d'ailleurs de quitter l'emploi à temps partiel qu'elle occupait, de passer à un temps partiel plus important (trois quarts temps au lieu de mi-temps), d'autre part, s'il lui était possible, bien que travaillant sans détermination de durée, d'exercer son droit de priorité pour un emploi précaire à durée déterminée.

Se référant d'abord, comme le lui suggérait le premier moyen du pourvoi de la salariée, à la clause 5 de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu le 6 juin 1997 et mis en œuvre par la Directive n° 1997/81/CE du 15 décembre 1997, qui énonce que les employeurs doivent, autant que possible, prendre en considération «...les demandes de transfert des travailleurs à temps partiel à un travail à temps plein ou d'accroissement de leur temps de travail...», la chambre décide que ces dispositions, combinées avec l'article L. 212-4-9 du code du travail, permettent à un salarié à temps partiel d'exercer son droit de priorité pour accroître son temps de travail dans l'entreprise, dès lors que sont remplies les conditions prescrites par ce dernier texte. Elle relève ensuite, au visa de l'article L. 122-3-3, alinéa premier, devenu L. 1242-14 du code du travail, instaurant l'égalité de traitement entre les salariés liés par un contrat de travail à durée indéterminée et ceux liés par contrat de travail à durée déterminée, qu'aucune disposition légale n'interdit au salarié, libre de ses choix, d'user de son droit de priorité sur un emploi à durée déterminée.

On voit l'intérêt de l'arrêt qui, élargissant les perspectives de l'article L. 212-4-9 du code du travail, offre à la population des

salariés à temps partiel ne travaillant que quelques heures par semaine le droit de prétendre au bénéfice d'un temps de travail accru lorsque l'employeur décidera d'augmenter la durée du travail dans l'entreprise.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, novembre 2008, n° 1107, p. 913 à 915.

N° **I31**

1^o Vente

Garantie. - Vices cachés. - Connaissance du vendeur. - Vendeur professionnel. - Définition. - Personne se livrant de façon habituelle, à une fréquence inhabituelle pour un particulier, à des opérations d'achat et de revente.

2^o Vente

Garantie. - Vices cachés. - Action rédhibitoire. - Résolution de la vente. - Effets. - Etendue. - Limites. - Détermination.

1^o Acquiert la qualité de vendeur professionnel, dès lors réputé connaître les vices de la chose vendue et tenu de tous les dommages-intérêts envers l'acheteur, la personne qui se livre de façon habituelle, à une fréquence inhabituelle pour un particulier, à des opérations d'achat et de revente de véhicules d'occasion dont elle tire profit.

2^o En matière de vices cachés, lorsque l'acheteur exerce l'action rédhibitoire, le vendeur, tenu de restituer le prix qu'il a reçu, n'est pas fondé à obtenir une indemnité liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure résultant de cette utilisation.

1^{re} Civ. - 30 septembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-16.876. - CA Rouen, 20 décembre 2006.

M. Bargue, Pt. - Mme Marais, Rap. - M^e Blanc, Av.

N° **I32**

Vente

Nullité. - Erreur. - Erreur sur la substance. - Œuvre d'art. - Authenticité. - Mentions insuffisantes du catalogue de vente. - Portée.

Ayant constaté qu'un catalogue de vente aux enchères publiques, s'il mentionnait bien l'existence d'un décor de scène, n'indiquait pas que l'œuvre mise en vente était seulement une partie de celui-ci et non une œuvre réalisée par l'artiste lui-même, intégrée dans ce décor, que le certificat établi par l'expert, qui précisait qu'il s'agissait d'une création originale

avec intervention de la main de l'artiste, n'y était pas reproduit et qu'il était au contraire indiqué que l'œuvre vendue était un « tableau », ce qui, s'agissant d'une simple partie de châssis de coulisse, était inexact, une cour d'appel a pu en déduire que, par leur insuffisance, ces mentions du catalogue avaient entraîné la conviction erronée que l'œuvre en cause était certainement de la main de l'artiste, quand, comme élément d'un décor conçu par celui-ci, elle pouvait ne pas l'être, et a prononcé à bon droit la nullité de la vente pour erreur sur les qualités substantielles de la chose vendue.

1^{re} Civ. - 30 septembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 06-20.298 et 06-21.254. - CA Orléans, 18 septembre 2006.

M. Bargue, Pt. - Mme Marais, Rap. - M. Legoux, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Vuitton, M^e Blanc, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 37, 23 octobre 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 2598 (« Nullité de la vente d'un tableau présumé de la main de Dali »).

N° **I33**

Vente

Promesse de vente. - Immeuble. - Modalités. - Condition suspensive. - Obtention d'un prêt. - Non-réalisation. - Non-réalisation imputable à l'acquéreur. - Indemnité égale au dépôt de garantie. - Clause pénale. - Distinction avec l'indemnité d'immobilisation. - Portée.

Viole l'article 1226 du code civil la cour d'appel qui accueille la demande des vendeurs en attribution du dépôt de garantie versé par l'acquéreur au motif qu'il s'agissait d'une indemnité forfaitaire réparant le préjudice subi par les vendeurs du fait de l'acquéreur, qui avait empêché la réalisation de la condition suspensive d'obtention d'un prêt, et non d'une pénalité, alors qu'il résultait de ses propres constatations que la stipulation avait pour objet de faire assurer par l'acquéreur l'exécution de son obligation de diligence.

3^e Civ. - 24 septembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-13.989. - CA Angers, 6 février 2007.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - Mme Nési, Rap. - M. Cuiinat, Av. Gén. - M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 36, 16 octobre 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 2497-2498, note Grégoire Forest (« Promesse de vente, indemnité d'immobilisation et clause pénale ») et la Revue Lamy Droit civil, novembre 2008, n° 3170, p. 10-11.

DÉCISIONS DES COMMISSIONS ET JURIDICTIONS INSTITUÉES AUPRÈS DE LA COUR DE CASSATION

Commission de révision des condamnations pénales

N° *I34*

Révision

Commission de révision - Demande - Recevabilité - Exclusion - Cas - Existence d'un autre moyen de droit permettant de réparer l'erreur commise.

La procédure de révision est une voie de recours extraordinaire, qui ne peut être exercée lorsqu'un autre moyen de droit, en l'espèce la procédure de rectification des mentions du casier judiciaire prévue par l'article 778 du code de procédure pénale, permet de réparer l'erreur commise.

29 septembre 2008
IRRECEVABILITÉ

N° 08-REV.037. - TGI Marseille, 9 avril 2003.

Mme Anzani, Pt. - M. Terrier, Rap. - M. Lucazeau, Av. gén.

N° *I35*

Révision

Commission de révision - Fait nouveau ou élément inconnu de la juridiction au jour du procès - Définition - Permis de conduire - Perte de points - Conduite malgré invalidation du permis - Révélation que le constat de la perte de l'intégralité des points résulte d'une erreur administrative.

Constitue un élément nouveau, au sens de l'article 622-4° du code de procédure pénale, la révélation, après la condamnation d'une personne pour conduite sans permis à la suite de l'annulation de son permis consécutive à la perte de tous les points l'affectant, qu'il n'avait été constaté la perte de l'intégralité des points qu'en raison d'une erreur administrative.

29 septembre 2008
SAISINE DE LA COUR DE RÉVISION

N° 08-REV.031. - TGI Lons-le-Saulnier, 16 août 2006.

Mme Anzani, Pt. - M. Guérin, Rap. - M. Lucazeau, Av. gén.

Cours et tribunaux

Service de documentation et d'études, cellule suivant le contentieux de la chambre commerciale

Etude de jurisprudence : *responsabilité et opérations boursières*

Si les marchés boursiers se sont principalement développés aux ^{xix}^e et ^{xx}^e siècles, la puissance publique a ressenti dès le ^{xvi}^e siècle la nécessité de réglementer ces derniers : en 1572, Charles IX rédigeait un édit fixant les règles de la profession des « courratiers », lesquels deviendront quelques années plus tard des « agents de change »¹.

Aujourd'hui, l'activité boursière ayant un impact majeur sur l'économie mondiale, les règles se sont précisées et le prestataire de services d'investissement engage sa responsabilité en cas de non-respect de celles-ci. Les juridictions judiciaires, civiles et commerciales traitent des difficultés soulevées par les particuliers qui recherchent notamment la responsabilité de leur banque dans le cadre d'opérations boursières malheureuses.

La responsabilité des établissements bancaires donne lieu en effet à de nombreuses saisines des tribunaux. Une recherche sur la base JURICA avec les seuls termes « banque » et « responsabilité » permet de recueillir 5 081 décisions à la date du 28 novembre 2008. Si l'on centre la recherche sur la responsabilité en matière d'opérations boursières, il apparaît, à la même date, 233 décisions récentes (la plus ancienne datant du 2 mars 2006). Une recherche identique sur la base JURINET permet de trouver 36 arrêts, publiés et non publiés, à partir de 2006.

Il s'agit ainsi d'une question récurrente posée aux juges du fond, dont la fréquence pourrait être accrue par une évolution défavorable de la situation économique et boursière. Cette matière a par ailleurs fait l'objet d'une réforme récente avec la publication de l'ordonnance du 5 décembre 2008, prise en application de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008.

Enfin, le montant des préjudices invoqués ou alloués reflète l'enjeu économique de la responsabilité bancaire en matière d'opérations boursières : dans la base JURICA, on trouve ainsi un arrêt qui alloue la somme de 1 400 000 euros². Quant aux montants sollicités, ils représentent souvent plusieurs millions d'euros.

L'étude de la jurisprudence révèle que la responsabilité du prestataire de services d'investissement est souvent fondée sur des dispositions légales (I). Elle peut également résulter d'un manquement spécifique à une obligation contractuelle (II)³.

I. - La responsabilité fondée sur le manquement à des règles générales

La jurisprudence s'est tout d'abord fondée sur des dispositions générales pour fonder la responsabilité des établissements bancaires ou des prestataires de services d'investissement, notamment sur l'article 1147 du code civil pour l'obligation d'information. Elle se fonde aujourd'hui de plus en plus sur les obligations légales spécifiques prévues aux articles L. 341-11 et suivants du code monétaire et financier⁴ : les règles de bonne conduite, complétées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF).

A. - L'obligation d'informer de l'investisseur

L'information de l'investisseur dans une acception large peut renvoyer à deux obligations différentes : d'une part, l'obligation d'information *stricto sensu*, c'est-à-dire d'expliquer objectivement les caractéristiques d'une opération d'investissement ; d'autre part, l'obligation de mise en garde, c'est-à-dire d'informer en attirant l'attention du destinataire de l'information sur les risques de l'opération. L'obligation d'information est à distinguer de l'obligation de conseil, qui implique d'orienter le choix du destinataire de l'information.

¹ Sur l'aspect historique de la question, voir Paul-Jacques Lehmann, *Histoire de la Bourse de Paris*, PUF, coll. Que sais-je ?

² CA Versailles, 12 octobre 2006, RG n° 05/03126.

³ Cette étude ne vise pas à traiter l'ensemble des questions dont les différentes juridictions ont à traiter ; il s'agit uniquement de s'arrêter sur certains moyens fréquemment soulevés par les justiciables, tels qu'ils apparaissent dans la base JURICA.

⁴ Anciennement les articles L. 533-4 et suivants du code monétaire et financier.

L'arrêt X... c/BPBA du 5 novembre 1991⁵ a consacré une obligation de mise en garde pour les opérations spéculatives des marchés à terme lorsque le client est non averti. Par un arrêt du 26 mars 2008⁶, la Cour de cassation a étendu cette protection à certaines opérations au comptant. Les deux questions fréquemment tranchées par les juridictions concernent ainsi la qualification de l'opérateur et la nature de l'opération.

1. - Le client non averti

L'étude des arrêts de cours d'appel permet de mieux cerner la notion de client non averti tel que déterminé par les juridictions du fond. Ainsi, selon la cour d'appel de Versailles, « être un investisseur averti suppose l'habitude de la passation d'ordres spécifiques, et ce en nombre important, ou encore l'acquisition d'une bonne expérience boursière dans la période précédant le moment où s'apprécie le caractère "averti" ou non de l'opérateur »⁷. Les cours d'appel sont unanimes pour considérer que le moment où s'apprécie ce caractère est nécessairement antérieur ou concomitant à la souscription du contrat en cause⁸. La jurisprudence des cours d'appel s'attache en général examiner trois points : la profession, l'expérience et, parfois, la convention de services.

La **profession** apparaît souvent comme un premier critère, souvent pour rejeter la qualification d'opérateur averti. Il a ainsi été jugé que l'intérêt porté par un médecin à la gestion boursière ne suffisait pas à démontrer ni que la banque n'était pas tenue de ses obligations de teneur de compte et de mandataire professionnel, ni qu'il était averti⁹. La même solution a été admise pour un chirurgien-dentiste qui « n'était sans doute plus un néophyte », mais dont les « interventions compulsives sur le marché avec SRD n'en faisaient pas pour autant un acteur averti »¹⁰. De même, un professeur de collège, n'ayant jamais opéré sur le marché avant l'ouverture de son compte-titre, n'a pas été considéré comme un investisseur averti¹¹. La même solution a été retenue pour un commercial ou un chef de publicité¹².

A été considéré en revanche comme un opérateur averti un gestionnaire de sociétés civiles et commerciales exerçant ainsi une activité le mettant en rapport avec le monde des affaires et de nature à lui donner une culture financière minimale. Dans cet arrêt, la cour d'appel de Nancy relève également que cet opérateur avait eu une activité boursière particulièrement soutenue et intense, l'état des plus ou moins-values cumulées faisant mention d'un montant des cessions toutes valeurs de 9 509 268,30 francs¹³.

Cette question peut être rapprochée de la qualification de l'emprunteur¹⁴. En effet, par deux arrêts de la chambre mixte rendus le 29 juin 2007, la Cour de cassation a retenu un devoir de mise en garde dont est bénéficiaire l'emprunteur non averti en raison de ses capacités financières et des risques nés de l'endettement. Dans ce cadre, il a été admis qu'un professionnel pouvait ne pas être un emprunteur averti¹⁵.

L'**expérience** de l'investisseur est par ailleurs souvent mise en avant et constitue un second critère. La cour d'appel d'Amiens a ainsi considéré qu'un opérateur qui « se livrait directement et de façon régulière depuis plus de six ans à des opérations d'achat et de cession de titres sur le marché boursier à terme, où il engageait de manière tout aussi régulière des sommes très importantes, ne [pouvait] sérieusement prétendre qu'il n'aurait pas été parfaitement informé de ses règles de fonctionnement et des risques encourus par des opérations aussi spéculatives »¹⁶. Dans le même sens, la cour d'appel de Grenoble a, par un arrêt en date du 7 janvier 2008, considéré que le client de la banque « gérait seul un important portefeuille de valeurs et réalisait de nombreuses opérations ; tous éléments qui établissent qu'il était un boursier parfaitement expérimenté et qu'il connaissait exactement les avantages espérés et les risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme, et dans le fonctionnement du mode de paiement différé qui avait été choisi »¹⁷.

L'expérience doit cependant être suffisamment importante pour justifier la qualification d'opérateur averti, distinguant ainsi celui-ci de l'« amateur habile »¹⁸.

Ces décisions sont à rapprocher de l'arrêt précité de la Cour de cassation en date du 26 mars 2008¹⁹, qui a considéré que ni la qualification d'avocat titulaire d'un DEA de droit des affaires ni l'expérience acquise sur le marché au comptant ne permettaient de qualifier la cliente de la banque d'opérateur averti.

Enfin, la **convention d'ouverture de compte** est parfois mise en avant. Par exemple, la cour d'appel de Versailles a considéré que la clause selon laquelle « le titulaire reconnaît avoir une parfaite connaissance de la réglementation et du fonctionnement des marchés sur lesquels il souhaite intervenir », et selon laquelle il était « conscient des fluctuations rapides qui peuvent intervenir sur certains marchés, et de leur caractère spéculatif », constituait une « reconnaissance, explicite et dépourvue d'ambiguïté », et « conserv[ait] sa portée dès lors que X... ne produ[is]ait aucun élément susceptible d'en démentir le contenu ». Cependant, cette juridiction ne s'est

⁵ Com., 5 novembre 1991, Bull. 1991, IV, n° 327.

⁶ Com., 26 mars 2008, Bull. 2008, IV, n° 69.

⁷ CA Versailles, 12 octobre 2006, RG n° 05/03126 : artisan décorateur sans compétence particulière en matière boursière.

⁸ Voir, par exemple, CA Paris, 21 décembre 2007, RG n° 06/03207.

⁹ CA Paris, 25 octobre 2007, RG n° 06/01325.

¹⁰ CA Colmar, 13 septembre 2007, RG n° 04/05088.

¹¹ CA Paris, 15 septembre 2006, RG n° 05/04481.

¹² CA Toulouse, 15 octobre 2008, RG n° 07/00325.

¹³ CA Nancy, 21 mai 2007, RG n° 05/01805.

¹⁴ Voir sur ce sujet notamment : Hervé Guyader, « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti » in *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, avril 2008, étude 5.

¹⁵ Com., 12 déc. 2006, Bull. 2006, IV, n° 243 ; JCP éd. E, 2007, II, 1310, note D. Legeais.

¹⁶ CA Amiens, 11 janvier 2007, RG n° 04/04769 ; voir également sur la question de l'expérience acquise : CA Paris, 31 octobre 2006, RG n° 05/16105.

¹⁷ CA Grenoble, 7 janvier 2008, RG n° 05/03379.

¹⁸ CA Rennes, 8 novembre 2007, RG n° 05/01931 : « Monsieur X..., qui se déclarait responsable commercial, ou simple vendeur comme soutenu dans le cadre de la procédure, n'était pas totalement ignorant du monde des affaires ; que néanmoins qualifié par [la banque] "d'amateur habile", il n'était pas le spéculateur averti, rompu aux marchés boursiers. »

¹⁹ Com., 26 mars 2008, Bull. 2008, IV, n° 69.

pas fondée uniquement sur cette clause et a tenu compte également de la nature et du nombre des opérations réalisées sur ses comptes, pour un montant d'un peu moins de quinze millions de francs, de même que de la teneur des courriers adressés à la banque²⁰.

D'autres juridictions ont écarté cette clause. Par exemple, la cour d'appel de Toulouse a jugé que « *la clause de style de la rubrique "Transmission des ordres de bourse" par laquelle "le titulaire déclare s'être personnellement informé sur les risques pécuniaires que peuvent comporter les opérations" est à cet égard inopérante dès lors qu'elle ne fait nullement référence à une quelconque information donnée par la banque elle-même* »²¹.

Cette jurisprudence est à rapprocher d'un arrêt de la Cour de cassation du 12 février 2008 selon lequel encourt la cassation pour défaut de base légale l'arrêt qui se fonde notamment sur une telle convention en considérant qu'il résulte de ces motifs « *ni que la société prestataire avait, lors de l'ouverture du compte, procédé à l'évaluation de la compétence de sa cliente s'agissant de la maîtrise des opérations spéculatives envisagées et des risques encourus dans ces opérations, ni qu'elle lui avait fourni une information adaptée en fonction de cette évaluation* »²².

2. - Les opérations à caractère spéculatif

La « spéculation »²³ peut être définie comme une opération sur valeurs, immeubles ou marchandises, faite en vue de réaliser un gain en profitant des fluctuations du marché.

Toutefois, l'opération spéculative ne fait l'objet d'aucune définition légale²⁴ dans le code monétaire et financier. Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers (article 322-31) et le code de commerce (article L. 522-5) font référence à cette notion sans l'expliquer.

Il ressort de l'étude de la jurisprudence que la qualification de l'opération spéculative dépend de la méthode d'investissement opérée sur le marché et de la nature des sociétés cotées en bourse.

La **méthode d'investissement sur le marché, à terme ou au comptant**, a été longtemps le seul critère retenu par la jurisprudence pour qualifier une opération spéculative. Depuis l'arrêt X... c/ BPBA du 5 novembre 1991 précité (*Bull.* 1991, IV, n° 327), il est classiquement admis que les opérations sur le marché à terme constituent des opérations spéculatives auxquelles s'applique l'obligation de mise en garde²⁵.

L'investisseur encourt en effet un risque important en réalisant des opérations sur les marchés à terme, car les règlements se font à une échéance ultérieure à la date de conclusion de la transaction, l'objectif étant soit de garantir à l'avance le prix d'achat ou de vente (couverture de risque), soit de spéculer sur la variation du cours (spéculation).

Par un arrêt en date du 30 novembre 2007²⁶, la cour d'appel de Paris a précisé que les opérations à terme constituaient « *des opérations spéculatives présentant des risques liés au mécanisme de couverture partielle autorisée de ces opérations, particulièrement dans la vente à découvert* ».

Les opérations à terme peuvent être réalisées sur deux types de marchés réglementés : le MATIF (marché à terme international de France, créé en 1986) et le MONEP (marché des options négociables de la Bourse de Paris, créé en 1987).

La jurisprudence a imposé au banquier le devoir d'informer le client non averti sur les risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme tels que le MONEP²⁷.

De même, la jurisprudence a indiqué que les opérations à terme réalisées sur le marché à règlement mensuel constituaient des opérations spéculatives impliquant un devoir de mise en garde²⁸.

Le marché à règlement mensuel a cessé d'exister en septembre 2000, pour être remplacé par le système de règlement différé (SRD). Il a été jugé que les ordres de service à règlement différé (OSRD) étaient des opérations complexes, assorties d'une obligation de couverture, et présentaient un caractère plus spéculatif et plus risqué que les opérations au comptant, sinon pour le marché au moins pour le donneur d'ordres, auquel elles permettent de différer jusqu'à la fin du mois le paiement ou la livraison des titres avec, en outre, une faculté de report de mois en mois²⁹.

La méthode d'investissement sur le marché boursier constitue ainsi le premier critère permettant de qualifier l'opération de spéculative ou non. Toutefois, si toutes les opérations à terme constituent des opérations spéculatives, cette qualification n'est pas exclue pour toutes les opérations au comptant. Est apparu en effet un nouveau critère, lié à la **nature des sociétés cotées en bourse**, critère qui permet de considérer que certaines opérations au comptant constituent des opérations spéculatives.

²⁰ CA Versailles, 21 septembre 2006, RG n° 05/05607.

²¹ CA Toulouse, 15 octobre 2008, RG n° 07/00325.

²² Com., 12 février 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 31.

²³ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF 2000.

²⁴ Alain Couret, Hervé Le Nabasque, *Droit financier*, Précis Droit Privé, Dalloz, 1^{re} édition, 2008.

²⁵ Voir par exemple CA Colmar, 13 septembre 2007, RG n° 04/05088 : « *il appartenait à la CCM de mettre en garde son client contre les risques financiers que lui faisait prendre la succession de ses ordres avec SRD et de ses reports ; que l'un des atouts du SRD est en effet de permettre des achats pour une valeur supérieure au montant des liquidités détenues par le client* ».

²⁶ Com., 12 février 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 31 ; CA Paris, 30 novembre 2007, RG n° 06/05963.

²⁷ Com., 4 mars 2008, pourvoi n° 06-17.150, précité ; Com., 14 décembre 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 221 ; CA Aix-en-Provence, 29 mai 2008, RG n° 06/10182 ; CA Paris, 3 mai 2007, RG n° 05/23610 ; CA Paris, 15 septembre 2006, RG n° 05/04227.

²⁸ Com., 12 février 2008, pourvoi n° 06-21.974 ; Com., 8 juillet 2003, *Bull.* 2003, IV, n° 118 ; Com., 23 février 1993, *Bull.* 1993, IV, n° 68 ; CA Paris, 13 septembre 2007, RG n° 06/03537 ; CA Paris 15 mars 2007, RG n° 05/15901.

²⁹ CA Paris, 15 septembre 2006, RG n° 05/04481 ; CA Nancy, 21 mai 2007, RG n° 05/01805 ; Com., 26 février 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 42.

Par un arrêt du 26 mars 2008, la Cour de cassation a considéré que le Nouveau marché présentait un caractère spéculatif, les négociations comportant des risques liés à la nature même des sociétés cotées³⁰. Le Nouveau marché est en effet un marché risqué puisque les sociétés qui s'y font admettre sont essentiellement jeunes et sont appelées à connaître de fortes restructurations.

De même, la cour d'appel de Paris a qualifié de spéculatives les opérations sur les marchés des hautes technologies et des communications (entreprises à fort potentiel de croissance), et ce dans le cadre de SICAV³¹.

A l'inverse, des cours d'appel ont pu estimer que les placements boursiers en actions (PEA) correspondaient à celles d'entreprises de grande notoriété et ne pouvaient donc être qualifiées de spéculatives³². La cour d'appel de Besançon a par ailleurs jugé que les fonds communs de placement ne correspondaient pas, par leur structure financière, à des placements spéculatifs³³. Enfin, selon les cours d'appel de Paris et d'Aix-en-Provence, un investissement sur OPCVM ne constitue pas une opération spéculative³⁴.

3. - L'indemnisation du préjudice subi

L'obligation d'information est rarement invoquée comme seul fondement de la responsabilité d'une banque ; néanmoins, il existe des espèces où elle seule est invoquée.

Le préjudice est analysé comme une « *perte de chance qui constitue un préjudice distinct de celui qui résulte des opérations* [que l'investisseur a effectuées] *et des pertes subies. L'intermédiaire financier a seulement privé son client d'une chance de ne pas initier des opérations à terme, d'échapper par une décision plus judicieuse au risque qui s'est finalement réalisé et d'éviter, ainsi, un appauvrissement* »³⁵.

Dans le cadre du manquement à l'obligation d'information, les sommes demandées sont comprises entre 10 000 euros³⁶ et 216 187,05 euros³⁷. Cependant, une seule décision contenue dans la base JURICA a donné lieu à l'octroi de dommages-intérêts sur le fondement d'un manquement à l'obligation d'information : 15 345,95 euros au titre du préjudice financier et 5 000 euros au titre du préjudice moral³⁸.

B. - L'obligation de couverture du marché à terme

1. - Les bénéficiaires de l'obligation de couverture

Par un arrêt en date du 26 février 2008³⁹, la Cour de cassation a jugé que la réglementation relative à l'obligation de couverture étant édictée tant dans l'intérêt de l'opérateur et de la sécurité du marché que dans celui du donneur d'ordres, ce dernier peut, par application des articles 1147 du code civil et L. 533-4 du code monétaire et financier dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 12 avril 2007, invoquer à son profit le non-respect de cette obligation pour engager la responsabilité de la banque. L'article L. 533-4 (devenu L. 341-11) du code monétaire et financier dispose en effet que les prestataires de services d'investissement sont tenus de respecter les règles de bonne conduite destinées à garantir la protection des investisseurs et la régularité des opérations.

On trouve quelques arrêts antérieurs à cette décision qui retenaient la même solution⁴⁰. Celle-ci est aujourd'hui retenue par les arrêts contenus dans la base JURICA⁴¹.

2. - L'indemnisation du préjudice

Le préjudice est analysé comme une perte de chance car « *à l'appel à couverture [le] client aurait eu la possibilité de constituer cette couverture ou réaliser également qu'il n'avait pas les fonds suffisants pour la constituer ou pu mesurer par cette exigence le risque attaché aux opérations initiées ; il n'est donc pas sûr qu'un appel à couverture aurait conduit à la non-réalisation des opérations* »⁴².

L'obligation de couverture n'est référencée qu'une seule fois comme le moyen unique d'une prétention en responsabilité d'une banque. Souvent associée à l'obligation d'information, elle a donné lieu aux sommes demandées et allouées les plus importantes (respectivement 2 941 448 euros et 1 400 000 euros⁴³). Pourtant, dans de nombreux cas, aucune indemnisation n'a été allouée⁴⁴.

II. - La responsabilité découlant des obligations conventionnelles

Les investisseurs qui choisissent de déléguer la gestion de leur patrimoine dans le cadre d'un mandat de gestion peuvent invoquer des moyens propres découlant du contrat conclu avec le prestataire de services d'investissement (A). De même, des questions nouvelles ont été posées avec le développement des contrats de gestion des comptes à distance (B).

³⁰ Com., 26 mars 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 69 ; voir, sur cet arrêt, la rubrique Droit bancaire, chronique sous la direction de Jean Stoufflet, in *La Semaine juridique. Entreprise et affaires*, n° 24, 12 juin 2008, 1768.

³¹ CA Paris, 22 juin 2007, RG n° 05/23507.

³² CA Paris, 4 mai 2007, RG n° 05/21015.

³³ CA Besançon, 17 septembre 2008, RG n° 07/01572.

³⁴ CA Aix-en-Provence, 22 mars 2007, RG n° 05/03903 ; CA Paris, 22 mai 2008, RG n° 06/02385.

³⁵ CA Toulouse, 15 octobre 2008, RG n° 07/00325.

³⁶ CA Rennes, 7 décembre 2007, RG n° 06/07169.

³⁷ CA Rennes, 6 septembre 2007, RG n° 05/08502.

³⁸ CA Rennes, 6 septembre 2007, RG n° 05/08502.

³⁹ Com., 26 février 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 42.

⁴⁰ CA Versailles, 12 octobre 2006, RG n° 05/03126.

⁴¹ CA Toulouse, 15 octobre 2008, RG n° 07/00325.

⁴² CA Toulouse, 15 octobre 2008, RG n° 07/00325.

⁴³ CA Versailles, 12 octobre 2007, RG n° 05/03126.

⁴⁴ Voir, par exemple, CA Paris, 30 novembre 2007, RG n° 05/04660.

A. - Une responsabilité traditionnelle dans le cadre d'un mandat de gestion

1. - L'obligation d'information spécifique au mandat de gestion

Dans le cadre spécifique d'un mandat de gestion, le prestataire de services d'investissement est débiteur, d'une part, d'une obligation d'information précontractuelle qui soulève des difficultés au regard de l'orientation du mandat et, d'autre part, au cours du mandat, d'une obligation de rendre compte.

Tout d'abord, les investisseurs mécontents font souvent valoir le défaut d'**information quant à l'orientation du mandat**, celle-ci pouvant être sécurisée mais avec un rendement faible ou encore « dynamique », c'est-à-dire avec un rendement aussi élevé que le risque.

Il a été admis que le mandant a clairement été informé dès lors que le contrat prévoyait trois modes de gestion, que ces modes étaient décrits en termes clairs faisant ressortir, dans chaque cas, l'orientation de la gestion, le type de placement et le choix des valeurs⁴⁵. Dans le même sens, il a été jugé que la banque avait rempli ses obligations contractuelles de mise en garde et d'information par la remise de documents expliquant clairement les différents types de gestion proposés⁴⁶.

Dans tous les cas, au cours du mandat, **le gestionnaire doit rendre compte au mandant**. L'ensemble des opérations effectuées doivent être portées à la connaissance du client⁴⁷. Cette obligation résulte de l'article 23 du règlement COB n° 96-03, qui dispose que le mandataire informe le mandant sur la gestion du portefeuille, et notamment par le biais d'un arrêté trimestriel du portefeuille ainsi qu'un compte rendu de gestion semestriel.

Par conséquent, le défaut d'information constitue une faute. Il a ainsi été jugé que l'absence de relevé pendant une période de six mois était constitutive d'une faute pour la banque, engageant sa responsabilité au titre de la perte de chance pour le mandant de réorienter le mandat⁴⁸.

Cependant, la doctrine considère que cette faute n'emporte pas pour la banque la perte du droit de réclamer le solde débiteur du compte. Le préjudice qui résulte de cette faute est distinct de celui résultant de la perte financière résultant des opérations effectuées et est analysé comme une perte de chance⁴⁹.

2. - Les obligations découlant de la gestion du portefeuille financier

Les arrêts contenus dans la base JURICA révèlent que le prestataire de services d'investissement se voit fréquemment reprocher une faute de gestion ou un dépassement des limites du mandat.

Sans outrepasser son mandat, le mandataire peut néanmoins engager sa responsabilité s'il commet une **faute de gestion** lors de l'exécution de celui-ci, responsabilité fondée sur l'article 1992 du code civil. Cependant, les cours d'appel retiennent que l'obligation découlant de cet article constitue une obligation de moyens⁵⁰ : « *le mandataire s'engage seulement à gérer conformément à la science ou à l'art de son temps* »⁵¹. C'est également en ce sens que se prononce la Cour de cassation⁵².

Le fait pour le mandataire, partant à l'étranger pendant quelques jours, de ne pas mettre en place un relais en son absence a pu également caractériser une faute⁵³.

De manière plus générale, il y a faute dans le mandat dès lors que la gestion du portefeuille est contraire au mandat donné et non adaptée à l'évolution du marché⁵⁴.

En second lieu, l'investisseur malheureux peut reprocher au prestataire de services d'investissement le **dépassement des limites du mandat**.

En effet, si le mandat de gestion confère à la banque le pouvoir d'agir d'office, « de manière discrétionnaire », c'est à condition de se conformer aux stipulations contractuelles et aux orientations de gestion qu'il définit⁵⁵.

La cour d'appel d'Orléans en a déduit qu'« *en signant un mandat de gestion d'un portefeuille boursier, les mandants ont renoncé à choisir eux-mêmes la nature des investissements effectués avec leurs capitaux et ont délégué purement et simplement ce choix au mandataire, lequel n'avait pas à obtenir leur agrément avant chaque achat ou vente de titre* »⁵⁶. Dès lors, le prestataire de services d'investissement n'a pas, sauf disposition contractuelle contraire, à obtenir l'accord de son client pour chacun des actes accomplis en vertu du mandat dont il dispose.

La liberté de gestion est toutefois limitée par les termes mêmes du mandat. Par conséquent, le gestionnaire qui outrepassa le mandat qui lui a été confié commet une faute qui engage sa responsabilité⁵⁷.

Il convient de préciser que la réception des avis d'opéré, si elle fait présumer l'existence et l'exécution des opérations indiquées, n'interdit pas au client de reprocher au banquier d'avoir excédé les limites du mandat⁵⁸.

⁴⁵ Cf., par exemple, CA Paris, 3 mai 2005, RG n° 05/16072.

⁴⁶ CA Rennes, 21 septembre 2007, RG n° 06/05304.

⁴⁷ Bernard Bouloc, « La responsabilité en matière de gestion de titres », *Mélanges Michel Cabrillac*, p. 446.

⁴⁸ CA Paris, 31 mai 2007, RG n° 05/18072.

⁴⁹ Bernard Bouloc, *op. cit.*, p. 447.

⁵⁰ CA Toulouse, 25 juin 2008, RG n° 06/03091. Cet arrêt est également intéressant en ce qui concerne la définition de l'orientation du mandat en l'absence de mandat écrit.

⁵¹ Michel Germain, « La responsabilité en matière de gestion individuelle sous mandat », *in Banque et Droit*, n° 70, mars-avril 2000, p.14.

⁵² Voir, par exemple, Com., 7 octobre 1997, *Bull.* 1997, IV, n° 243.

⁵³ CA Versailles, 5 juin 2008, RG n° 07/05165. En l'espèce cependant, la preuve d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice allégué n'étant pas rapportée, le mandant a été débouté de l'ensemble de ses demandes.

⁵⁴ CA Orléans, 24 septembre 2007, RG n° 06/02294.

⁵⁵ J.J. Essombe Moussio, *op. cit.*, p. 38 et suiv.

⁵⁶ CA Orléans, 24 septembre 2007, RG n° 06/02294.

⁵⁷ J.J. Essombe Moussio, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁸ Com., 13 juin 1995, *Bull.* 1995, IV, n° 173.

Un abus de mandat a lieu lorsqu'une « société gestionnaire de portefeuilles de clients a acquis, puis maintenu dans leurs comptes, des titres de deux sociétés non pas dans leur intérêt mais pour exécuter des obligations qu'elle avait contractées envers un tiers, ce dont il résultait que chacune de ces opérations ayant été accomplie dans un intérêt autre que celui du mandant avait constitué un abus de mandat »⁵⁹.

Enfin, il a été jugé que le mandataire engage sa responsabilité en cas de non-respect de la nouvelle orientation du contrat de mandat puisque le mandant peut toujours demander une redéfinition des objectifs⁶⁰.

Dans les deux hypothèses, faute de gestion et dépassement du mandat, le préjudice retenu consiste en général en la perte supportée par le mandant⁶¹.

B. - Une responsabilité renouvelée par le développement des nouvelles technologies

La transmission des ordres de bourse à distance, hier par téléphone, télécopie ou minitel et aujourd'hui par internet, est à l'origine d'un certain nombre d'arrêts qui révèlent que les fautes invoquées sont multiples. Elle soulève de nouvelles questions, notamment quant à la charge de la preuve, qui est parfois difficile à rapporter.

1. - Typologie des fautes invoquées

En dehors de l'hypothèse maintenant classique de la transmission des ordres de bourse par téléphone, la plupart des fautes invoquées concernent des dysfonctionnements du site permettant de passer des opérations par internet ; ces dysfonctionnements ont pour conséquence la non-exécution ou la mauvaise exécution d'ordres de bourse, ou le dépassement des plafonds fixés au contrat.

Les quelques décisions qui retiennent la responsabilité de l'établissement bancaire en raison des dysfonctionnements du site internet⁶² envisagent ce problème sous l'angle de l'exécution du contrat conformément aux stipulations de la convention.

A côté du dysfonctionnement du site, a été invoquée la mauvaise conception de celui-ci, qui permet par exemple le dépassement des plafonds autorisés ; celui-ci a parfois été considéré par les cours d'appel comme une faute⁶³, parfois non⁶⁴. La Cour de cassation a eu à se prononcer sur cette question, par un arrêt en date du 4 novembre 2008⁶⁵. Elle a rappelé que, en application de l'article 321-62 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers, le prestataire habilité qui fournit les services de réception et transmission d'ordres via internet devait, lorsqu'il tient lui-même le compte d'espèces et d'instruments financiers de son client, disposer d'un système automatisé de vérification du compte et que, en cas d'insuffisance des provisions et des couvertures, le système devait assurer le blocage de l'entrée de l'ordre.

Enfin, certains contrats prévoient des clauses de non-responsabilité en cas de dysfonctionnement du site internet. Celles-ci ont été jugées valables par la cour d'appel de Colmar⁶⁶.

Ces arrêts, à l'exception de l'arrêt du 4 novembre 2008, ont été peu ou pas commentés⁶⁷. Par ailleurs, peu d'articles ont été écrits à ce sujet⁶⁸. Enfin, la consultation de la base JURINET ne met en évidence qu'un seul arrêt de la Cour de cassation, à savoir celui du 4 novembre 2008⁶⁹.

2. - Le risque de la preuve

Le risque de la preuve est d'abord apparu pour les ordres passés par téléphone : qui doit prouver, et comment, la réalité des ordres transmis par téléphone ?

Les arrêts disponibles dans la base JURICA considèrent que la charge de la preuve de la réalité de l'ordre repose sur la banque⁷⁰. La plupart des arrêts précisent cependant que la preuve est rapportée, ou que du moins la charge de la preuve est inversée, lorsqu'un avis d'opération a été envoyé et n'a pas fait l'objet d'une contestation ; en cas de litige ultérieur, c'est alors au client de rapporter la preuve de l'absence d'ordre⁷¹.

Il a ainsi été jugé que « si la réception sans protestation ni réserve de l'avis d'opéré ne les prive pas d'apporter la preuve du caractère injustifié de l'inscription en compte et ne peut, sauf stipulation expresse, être tenue pour une renonciation de leur part à soutenir une telle contestation, même plusieurs années après, elle fait présumer de l'existence et de l'exécution des opérations indiquées »⁷². En l'espèce, cette présomption a été écartée en

⁵⁹ Com., 27 mai 1997, *Bull.* 1997, IV, n° 155.

⁶⁰ CA Paris, 6 mars 2008, RG n° 06/06918 ; en l'espèce, le préjudice résultant de la perte de chance a été évalué à 80 000 euros.

⁶¹ CA Paris, 21 décembre 2007, RG n° 06/03207.

⁶² CA Paris, 23 juin 2006, RG n° 05/01631 ; CA Nancy, 1^{er} octobre 2007, RG n° 05/00710 ; CA Colmar, 18 octobre 2007, RG n° 06/01725.

⁶³ CA Nancy, 1^{er} octobre 2007, RG n° 05/00710 : cet arrêt retient la conception défectueuse du système, mais écarte en l'espèce l'existence d'un préjudice lié à celle-ci.

⁶⁴ CA Dijon, 11 octobre 2007, RG n° 06/01720 : il ne peut être reproché à la banque « de ne pas avoir mis en oeuvre des moyens techniques dont elle ne disposait pas nécessairement à l'époque afin d'éviter que les règles figurant au contrat, portées à la connaissance des signataires et qu'ils avaient l'obligation de respecter, ne soient pas transgressées ».

⁶⁵ Com., 4 novembre 2008, pourvoi n° 07-21.481, en cours de publication.

⁶⁶ CA Colmar, 13 septembre 2007, RG n° 04/05088 : « La validité de cette clause exonératoire de responsabilité n'est pas contestable dans la mesure où M. X... avait toujours la possibilité de passer ses ordres en bourse en contactant le chargé de clientèle, faculté qu'il a mise en oeuvre en l'espèce ».

⁶⁷ Voir cependant un commentaire sur l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 janvier 2004 : Eric A. Caprioli, « Bourse en ligne », in *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1, janvier 2007, 32.

⁶⁸ Voir cependant Luc Grynbaum, « Ordres de bourse par minitel », in *Communication Commerce électronique*, n° 7, juillet 2004, commentaire 94.

⁶⁹ Selon une recherche large avec les termes « bourse » et « internet » : aucun arrêt pertinent.

⁷⁰ CA Versailles, 29 mars 2007, RG n° 05/04756.

⁷¹ CA Aix-en-Provence, 24 janvier 2008, RG n° 06/00312 ; CA Rennes, 29 juin 2007, RG n° 06/04562 : « aucun élément du dossier ne permet de remettre en cause l'allégation [de la banque] selon laquelle les ordres du 25 juillet 2001 ont été passés par Monsieur X... par la voie du téléphone, les écritures de la banque faisant foi entre les parties, jusqu'à preuve contraire apportée par le titulaire du compte selon la convention ».

⁷² CA Paris, 22 juin 2007, RG n° 05/24628.

raison d'une lettre contestant l'ordre, bien que cette lettre soit postérieure de plusieurs mois à la réception de l'avis d'opération : « *la présomption simple bénéficiant à la banque doit être écartée en raison de la lettre de protestation relative à l'ordre litigieux que M. X... avait adressée à la banque le 13 juin 2001 ; [...] par ailleurs, la convention de compte passée entre les parties ne prévoyait pas la possibilité de passer des ordres de bourse par téléphone ; qu'il n'est pas soutenu que la pratique instaurée en aurait introduit l'usage ; qu'ainsi la preuve d'un ordre exécuté, qui incombe à la banque, n'est pas rapportée par le document émanant de la banque* ».

Cette jurisprudence est à rapprocher de celle de la Cour de cassation selon laquelle « *si la réception sans protestation ni réserve des avis d'opéré et des relevés de compte fait présumer l'existence et l'exécution des opérations qu'ils indiquent, elle n'empêche pas le client, pendant le délai convenu ou, à défaut, pendant le délai de prescription, de reprocher à leur auteur, l'irrégularité de ces opérations* »⁷³.

En ce qui concerne la charge de la preuve de dysfonctionnements liés au site internet, les cours d'appel dans leur ensemble rappellent que celle-ci repose sur les clients de la banque⁷⁴, étant observé que la banque doit pouvoir prouver la réalité des ordres transmis^{75 76}.

La preuve de dysfonctionnements techniques du site internet est particulièrement difficile à rapporter.

Ainsi, un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 30 novembre 2007 rejette la demande d'investisseurs se prévalant d'un dysfonctionnement du site internet pendant un jour, en relevant que « *des difficultés de fonctionnement peuvent venir soit d'erreurs de manœuvre de l'opérateur soit d'encombrement des lignes, tout autant que de fautes dans la conception du logiciel [...] mis à disposition* »⁷⁷.

Cette preuve n'est cependant pas impossible, d'autant que les établissements bancaires reconnaissent parfois eux-mêmes la réalité des difficultés rencontrées⁷⁸. La désignation d'un expert peut permettre d'établir⁷⁹ ou d'infirmer les dysfonctionnements allégués. Cela suppose cependant la consignation d'une provision que les clients du service de bourse en ligne hésitent parfois à verser⁸⁰.

La difficulté consiste alors à déterminer le préjudice induit par ce dysfonctionnement ; si les sommes demandées peuvent aller jusqu'à 81 552,60 euros⁸¹, le montant du préjudice retenu est souvent bien inférieur au montant du préjudice allégué⁸², voire parfois inexistant⁸³.

⁷³ Com., 23 janvier 2007, pourvoi n° 06-10975.

⁷⁴ Voir, par exemple, CA Amiens, 18 octobre 2007, RG n° 06/02267 : la cour d'appel d'Amiens a jugé qu'il n'était pas démontré que « *les dysfonctionnements allégués tenant à la connexion au service en ligne ne proviennent pas simplement d'une difficulté à se connecter à internet ; qu'à cet égard, le premier juge n'a pas inversé la charge de la preuve de la cause des dysfonctionnements, qui repose bien sur les époux X...* ».

⁷⁵ Voir sur ce sujet le commentaire de l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 24 juin 2005 : Hervé Lecuyer, « Exécution d'ordres de bourse via internet », in *Communication Commerce électronique*, n° 2, février 2006, commentaire 29.

⁷⁶ Pour pallier cette difficulté, l'article 321-57 du règlement AMF dispose désormais que la convention de services doit préciser de manière expresse les modes de preuve propres à la réception d'ordres *via* internet.

⁷⁷ CA Paris, 30 novembre 2007, RG n° 05/04660.

⁷⁸ CA Colmar, 18 octobre 2007, RG n° 06/01725.

⁷⁹ CA Paris, 23 juin 2006, RG n° 05/01631 : le préjudice a été évalué à 12 000 euros.

⁸⁰ CA Paris, 30 novembre 2007, RG n° 06/05963.

⁸¹ CA Dijon, 11 octobre 2007, RG n° 06/01720.

⁸² CA Colmar, 10 octobre 2007, RG n° 06/01725 : l'investisseur prétendait que les dysfonctionnements du site internet étaient à l'origine de ses pertes en bourse, soit 48 000 euros. Le montant du préjudice retenu a été de 1 500 euros.

⁸³ CA Nancy, 1^{er} octobre 2007, RG n° 05/00710.

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la **Direction des Journaux officiels**, 26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **120,90 €²**
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an
(référence d'édition 97) : **22,60 €²**
- Abonnement annuel D.O.M.-T.O.M. : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

Numéro d'abonné (*si déjà abonné à une autre édition*) :

Numéro de payeur :

Date : Signature :

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2009, frais de port inclus.

191086950-000209



Imprimerie des Journaux officiels, 26, rue Desaix,
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le conseiller à
la Cour de cassation, directeur du service de
documentation et d'études : Alain Lacabarats

Reproduction sans autorisation interdite -
Copyright Service de documentation et d'études
Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur
le site internet de la Cour de cassation :
<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS

intranet

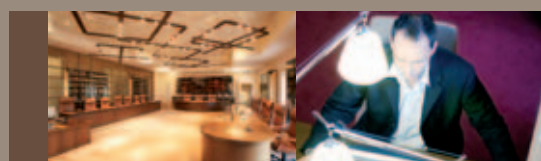
l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



**Direction
des Journaux
officiels**

26, rue Desaix
75727 Paris
cedex 15

renseignements :
01 40 58 79 79

info@journal-officiel.gouv.fr

Commande :
par courrier
par télécopie :
01 45 79 17 84
sur Internet :

www.journal-officiel.gouv.fr

Prix : 7 €
ISSN 0750-3865