

Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 735



*Publication
bimensuelle*

*1^{er} février
2011*

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS



COUR DE CASSATION

internet

Consultez

sur

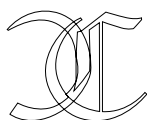
www.courdecassation.fr

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

Jurisprudence



Le 14 octobre 2010, la première chambre civile (*infra*, n° 106) a jugé que « Lorsque la responsabilité d'un professionnel de santé est engagée pour faute en vertu de l'article L. 1142-1 I du code de la santé publique, le préjudice de la victime présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable ». Dès lors, « ni l'incertitude relative à l'évolution de la pathologie dont la patiente était atteinte ni l'indétermination de la cause du syndrome (...) ayant entraîné son décès n'étaient de nature à faire écarter le lien de causalité entre la faute commise par le médecin, [ayant retardé] la prise en charge de cette patiente, et la perte pour elle d'une chance de survie ». Pour Pierre Sargos (*D.* 2010, p. 2682 et s.), cette solution, rappelant que « la perte de chance (...) n'est pas une forme d'atténuation du lien de causalité, mais un préjudice nouveau à part entière », conforte solennellement « l'abandon de la responsabilité contractuelle pour tous les faits dommageables commis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 ».

Le 12 octobre, la chambre criminelle (*infra*, n° 103) a jugé « qu'en matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours, si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate [et] que, dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28 ». Dans son commentaire, M. Lena (*D.* 2010, p. 2775) note que cet arrêt « pourrait constituer un premier pas vers l'évolution de [la] jurisprudence » en vertu de laquelle la Cour de cassation laissait toute liberté au juge pénal du fond, s'agissant de la fixation de la peine, en faveur notamment des peines alternatives à l'incarcération et des mesures d'aménagement de celles-ci.

Doctrines



La troisième chambre civile (*infra*, n° 73) a quant à elle jugé, le 6 octobre, que « *Le droit effectif au juge implique que l'associé d'une société civile, poursuivi en paiement des dettes sociales, dont il répond indéfiniment à proportion de sa part dans le capital social, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre de la décision condamnant la société au paiement, dès lors que cet associé invoque des moyens que la société n'a pas soutenus* ».

Commentant cette solution (JCP 2010, éd. E, n° 2026, p. 39 à 41), Stéphane Reifegerste note que l'assouplissement qu'elle consacre « *pourrait bien, par ricochet, bénéficier à d'autres tiers opposants* ». En effet, selon l'auteur, « *la règle devrait être la même pour tous les associés d'une société à risque illimité, notamment pour les associés en nom* », la jurisprudence devenant « *doucement mais sûrement (...) de plus en plus accueillante à l'égard de la tierce opposition et souple dans l'appréciation des conditions de l'article 583 du code de procédure civile* ».

Enfin, l'assemblée plénière de la Cour, examinant la question, selon les termes du conseiller rapporteur, de « *la production, par une partie, d'enregistrements de conversations téléphoniques professionnelles opérés à l'insu de l'auteur des propos, pour démontrer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle* » au regard du « *principe de loyauté qui doit présider à l'obtention des preuves* » (« *une obtention de preuves dans de telles conditions n'est-elle pas disproportionnée au but recherché par le droit de la régulation économique et ne devrait-elle pas n'être admissible que pour satisfaire à un impératif pour le plaignant de se défendre de fausses accusations dirigées à son encontre ?* »), a jugé le 7 janvier 2011, au visa des articles 9 du code de procédure civile et 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, que « *l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* ».

Table des matières

Jurisprudence

Droit européen	<i>Pages</i>
Actualités	6

Cour de cassation (*)

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

*Arrêt du 7 janvier 2011 rendu
par l'assemblée plénière*

Concurrence	21
Preuve	21

II. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS - ARRÊTS DES CHAMBRES

Numéros

4

•

Action civile	55
Action en justice	56
Administration à autrui de substances nuisibles à la santé	57
Aide juridictionnelle	58
Arbitrage	59 à 61
Assurance de personnes	62
Astreinte (loi du 9 juillet 1991)	63
Avocat	64
Chambre de l'instruction	65
Construction immobilière	66-67
Contrat de travail, durée déterminée	68-69
Contrat de travail, exécution	70
Contrat de travail, rupture	71
Contrats et obligations conventionnelles	72
Convention européenne des droits de l'homme	73
Copropriété	74
Cour d'assises	75

Dénonciation calomnieuse	76
Dépôt	77
Détention provisoire	78
Divorce, séparation de corps	79 à 82
Droit maritime	83-84
Élections professionnelles	85-86
Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)	87-88
Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)	89-90
Étranger	91-92
Filiation	93
Fonds de garantie	94
Fraudes et falsifications	95
Impôts et taxes	96
Intérêts	97
Intervention	98
Juridictions correctionnelles	99
Mesures d'instruction	100
Nom	101
Officiers publics et ministériels	102
Peines	103
Presse	104
Procédure civile	105
Professions médicales et paramédicales	106 à 108

* 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.

Protection des consommateurs	109	Statut collectif du travail	114-122 à 127
Référé	105	Statuts professionnels particuliers	128
Représentation des salariés	110 à 114	Syndicat professionnel	129
Sécurité sociale	115-116	Transports routiers	130
Sécurité sociale, assurances sociales	117	Travail réglementation, durée du travail	56-131
Sécurité sociale, contentieux	118	Travail réglementation, hygiène et sécurité	132
Séparation des pouvoirs	119-120	Vente	133
Sports	121		

Jurisprudence

Droit européen

Actualités

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

RAPPEL

Le bureau du droit européen publie une veille bimestrielle de droit européen disponible sur le site intranet de la Cour de cassation : <http://intranet.cour-de-cassation.intranet.justice.fr/>, sous la rubrique « Documentation », et sur le site internet : www.courdecassation.fr, sous la rubrique « Publications de la Cour ».

1. Droit à la vie (article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales), interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (article 3)

Dans l'arrêt **B.A. c/ France**, requête n° 14951/09, rendu le 2 décembre 2010, la Cour conclut, à l'unanimité, à la non-violation de l'article 2 et de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en cas de mise en œuvre de l'arrêté d'expulsion du requérant vers le Tchad.

Faits :

Le requérant est un ressortissant tchadien, originaire du sud-est du Tchad, à la frontière soudanaise.

Adjudant-chef dans l'armée tchadienne, il fut affecté sur la base de N'Djamena. Il prétend y avoir fait l'objet de discriminations, de persécutions, d'une tentative d'assassinat et de sanctions disproportionnées liées à son origine ethnique, le sud du Tchad étant une région connue pour ses factions rebelles opposées au gouvernement. À l'issue d'un stage militaire en 2004, il resta illégalement sur le territoire français, alors que sa femme et ses enfants étaient restés au Tchad.

Depuis son arrivée en France, le requérant milite en faveur d'un parti d'opposition à l'actuel gouvernement tchadien, basé à la frontière soudanaise.

En juin 2004, il déposa une demande d'asile auprès de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA). Il expliquait que son retour au Tchad l'exposait à la peine de mort pour désertion. Sa requête fut rejetée au motif que l'intéressé n'apportait pas d'élément permettant d'établir la véracité des faits allégués et que « *le code tchadien ne prévoit pas, pour le militaire coupable de désertion, de sanction disproportionnée ou constitutive de menace grave au sens des dispositions du code de l'entrée et du séjour et du droit d'asile* ». La décision fut confirmée en août 2008 par la Cour nationale du droit d'asile. Un arrêté préfectoral fut délivré en août 2008 à l'encontre du requérant, ordonnant son retour dans son pays d'origine. Son recours en annulation de l'arrêté formé devant le tribunal administratif fut rejeté. Il interjeta appel, mais ce recours n'a pas un caractère suspensif.

Parallèlement, il saisit la Cour européenne des droits de l'homme, en vertu de l'article 39 de son règlement (mesures provisoires). Le 20 mars 2009, les juges de Strasbourg firent droit à sa demande et demandèrent au gouvernement français de suspendre la mesure de renvoi pour la durée de la procédure devant la Cour.

Griefs :

Devant la Cour de Strasbourg, le requérant invoquait une violation des articles 2 (droit à la vie) et 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) de la Convention, exposant qu'en cas de renvoi au Tchad, il serait considéré déserteur et condamné à des tortures, voire à la peine de mort. Enfin, il soutenait que son expulsion constituerait une violation de l'article 8 de la Convention (droit au respect de sa vie privée et familiale).

Décision :

Sur la violation des articles 2 et 3 de la Convention :

La Cour décide d'examiner le grief tiré de la violation de l'article 2 dans le cadre de l'examen du grief connexe relevant de l'article 3 de la Convention.

Le requérant soutient qu'en raison de la crise politique du Tchad et des violents combats opposant les troupes fidèles au gouvernement aux rebelles après 2004 au Darfour, son retour l'expose à des traitements contraires à la Convention.

La Cour décide d'appliquer sa jurisprudence *NA c/ Royaume-Uni*¹. Elle reconnaît que le Tchad connaît depuis quelques années une instabilité politique, notamment dans la région de l'est. Cependant, si la situation générale est toujours préoccupante, celle-ci semble en voie d'amélioration, ainsi qu'en attestent les Accords de Dakar, conclus entre le Tchad et le Soudan en vue de mettre fin à la guerre entre ces deux pays, et la Résolution adoptée par le Conseil de sécurité de l'ONU le 25 mai 2010, organisant le retrait progressif des troupes de l'ONU sur le terrain et déléguant aux autorités tchadiennes le rôle d'assurer la sécurité des civils.

Les juges européens cherchent ensuite à déterminer si la situation particulière du requérant l'expose à des traitements inhumains ou dégradants ou à une mise en danger de sa vie. Ils constatent qu'il est établi que l'intéressé est un déserteur, qu'il fait probablement l'objet d'un avis de recherche et que « contrairement aux affirmations du gouvernement [...] le Tchad pratique une répression sévère à l'encontre des déserteurs afin de contrer la multiplication des groupes rebelles combattant contre le gouvernement » (§ 41). Ils notent également que la France a, notamment dans deux autres affaires, reconnu les risques encourus par certains déserteurs tchadiens en cas de retour au Tchad et qu'elle leur a accordé respectivement le bénéfice de la protection subsidiaire et l'annulation d'un arrêté préfectoral en raison des risques auxquels un retour au pays les exposait. Cependant, selon la Cour, dans ces deux affaires, « les profils des intéressés [...] étaient plus marqués que celui de la présente espèce ; le premier n'avait pas seulement décidé d'abandonner les rangs de l'armée tchadienne, mais avait participé à des manifestations de protestation et avait communiqué dans la presse sur cet événement ; le second était un militaire ayant le grade d'officier et qui avait fait l'objet d'une note ministérielle le désignant nommément comme un opposant politique et demandant qu'il soit immédiatement interpellé » (§ 42). Elle distingue enfin la présente espèce de l'affaire *Saïd c/ Pays-Bas*², dans laquelle le requérant « se distingua en prenant la parole lors d'une réunion de son bataillon et critiqua ouvertement le commandement. Il fut détenu pendant plusieurs mois sans être traduit devant un tribunal avant de réussir à s'enfuir » (§ 43).

En l'espèce, le requérant n'apporte pas d'éléments suffisants pour établir que les autorités tchadiennes sont toujours à sa recherche et « l'avis de recherche qu'il produit ne mentionne pas le délit de désertion comme cause du mandat. Ainsi, la Cour considère que le risque pour le requérant d'être arrêté dès son arrivée au Tchad et soumis à des mauvais traitements n'apparaît pas fondé » (§ 44).

Elle estime que, selon les mêmes considérations, l'allégation du requérant relevant de l'article 2 de la Convention n'apparaît pas non plus fondée et écarte enfin, pour absence de preuve, l'argument du requérant selon lequel l'activité politique qu'il mène en France depuis sa désertion l'exposerait à un risque de traitements contraires à l'article 3 de la Convention.

À l'unanimité, la Cour conclut à la non-violation des articles 2 et 3 de la Convention.

Sur la violation de l'article 8 de la Convention :

Le requérant expose être en France depuis 2004, avoir un contrat de travail et estime s'être parfaitement intégré à ce pays. La Cour constate que la famille du requérant réside toujours au Tchad et ne voit aucune raison de violation de l'article 8 de la Convention. Elle rejette ce grief comme manifestement mal fondé.

Sur l'application de l'article 39 du règlement de la Cour :

La Cour décide de maintenir, dans l'intérêt du bon déroulement de la procédure, la mesure provisoire qui a été indiquée au gouvernement jusqu'à ce que l'arrêt du 2 décembre 2010 devienne définitif ou que la Cour rende une autre décision à cet égard.

2. Interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)

Dans l'arrêt *Boutagni c/ France*, requête n° 42360/08, rendu le 18 novembre 2010, la Cour conclut, à l'unanimité, à la non-violation de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sous réserve du respect de l'engagement de la France de ne pas expulser le requérant, et à la non-violation de l'article 8 de la Convention.

Faits :

Le requérant est un ressortissant marocain né en 1966 au Maroc et résidant en France depuis 1978. Sa femme, ses trois enfants ainsi que ses parents et ses frères et sœurs résident régulièrement en France.

En juillet 2007, il fut condamné par le tribunal correctionnel de Paris à une peine d'emprisonnement et à une peine complémentaire d'interdiction du territoire français, pour avoir participé à la préparation des attentats perpétrés à Casablanca le 16 mai 2003. Il interjeta appel de la décision puis se désista de son recours.

Le 16 mai 2008, le requérant introduisit une requête aux fins du relèvement de l'interdiction du territoire mais, le 2 septembre 2008, il fut informé qu'un arrêté préfectoral fixait le Maroc comme pays renvoi.

Le requérant saisit la Cour européenne, conformément aux dispositions de l'article 39 de la Convention, qui indiqua au gouvernement qu'il serait souhaitable de ne pas procéder à l'exécution de la mesure d'expulsion vers le Maroc pour la durée de la procédure devant la Cour. Par arrêté préfectoral, le requérant fut assigné à résidence.

¹ CEDH, *NA c/ Royaume-Uni*, 17 juillet 2008, requête n° 25904/07.

² CEDH, *Saïd c/ Pays-Bas*, 5 juillet 2005, requête n° 2345/02.

Le 13 janvier 2009, la demande de relèvement fut rejetée par le tribunal de grande instance de Paris, décision confirmée en octobre 2009, sur appel interjeté par le requérant.

Parallèlement, le requérant présenta une demande d'asile devant l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA). Celle-ci fut rejetée au regard des faits pour lesquels le requérant avait été condamné mais, compte tenu notamment du profil de l'intéressé et des risques encourus au Maroc par les personnes arrêtées dans le cadre de la lutte antiterroriste, l'OFPRA considéra justifiées les craintes du requérant d'être exposé à des traitements pouvant être qualifiés de tortures en cas d'expulsion vers ce pays.

Un recours, non suspensif, est actuellement pendant devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA).

Le 27 avril 2010, le gouvernement informa la Cour européenne « *du fait que la reconnaissance par l'OFPRA que le requérant pourrait subir des mauvais traitements en cas de retour au Maroc s'oppose dorénavant, en droit français, à ce que soit exécutée la mesure d'expulsion vers ce pays. Suite à la demande de la Cour, le gouvernement confirma, dans un deuxième courrier en date du 25 juin 2010, qu'il garantissait que l'arrêté de reconduite à la frontière ne serait pas mis à exécution* » (§ 20).

Griefs :

Invoquant l'article 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants), le requérant alléguait qu'un renvoi vers son pays d'origine l'exposerait à des traitements inhumains et dégradants ainsi qu'à des actes de torture. Sur le fondement de l'article 8 de la Convention (droit au respect de la vie privée et familiale), il faisait également valoir qu'un retour forcé vers le Maroc, pays dans lequel il n'a plus aucune attache familiale, serait contraire au respect de sa vie privée et familiale.

Décision :

Sur la violation alléguée de l'article 3 de la Convention :

- Sur l'exception d'irrecevabilité

À titre liminaire, la Cour rejette l'exception d'irrecevabilité soulevée par le gouvernement, tirée du non-épuisement des voies de recours par le requérant. Elle constate en effet que « *l'OFPRA a statué, le 5 février 2010, rejetant la demande d'asile du requérant. Le 1^{er} mars 2010, le requérant a formé un recours contre cette décision. Celui-ci est toujours pendant devant la CNDA. Cependant, la demande d'asile du requérant étant traitée en procédure prioritaire en vertu de l'article L. 723-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), cet appel n'a pas d'effet suspensif* » (§ 35). Par ailleurs, le requérant a contesté l'arrêté préfectoral fixant le Maroc comme pays de renvoi.

Les juges de Strasbourg reconnaissent que « *la juridiction administrative exerce un contrôle sur les menaces auxquelles l'étranger serait exposé en cas de renvoi dans son pays et que ce recours est actuellement pendant, mais rappelle qu'il n'est pas suspensif* » (§ 36). Dès lors, ils estiment que « *ces deux voies de recours ne sont pas, en l'espèce, des recours à épuiser au sens de l'article 35 § 1 de la Convention* » (§ 37).

- Sur le fond

Sur la violation alléguée de l'article 3 de la Convention :

La Cour renvoie à son arrêt, rendu en Grande chambre, **Saadi c/ Italie**³, où elle expose les principes généraux relatifs à la responsabilité des États contractants en cas d'expulsion et les éléments à prendre en compte pour évaluer le risque d'exposer l'intéressé à des traitements inhumains ou dégradants. Elle rappelle avoir, à cette occasion, « *réitéré le caractère absolu de la prohibition de la torture ou des peines ou traitements inhumains et dégradants prévue par l'article 3 de la Convention, quels que soient les agissements de la personne concernée, aussi indésirables et dangereux soient-ils. Elle a également réaffirmé l'impossibilité de mettre en balance le risque de mauvais traitements et les motifs invoqués pour l'expulsion afin de déterminer si la responsabilité d'un État est engagée sur le terrain de l'article 3* » (§ 44).

En l'espèce, le requérant avait été condamné pour une participation à des actes de terrorisme, et la Cour rappelle avoir une conscience aiguë de l'ampleur du danger que cela constitue pour la collectivité et de l'enjeu de la lutte antiterroriste. Elle affirme que les États doivent pouvoir à cet égard faire preuve d'une grande fermeté. Cependant, se référant aux rapports internationaux sur la situation des droits de l'homme au Maroc, et notamment aux mauvais traitements réservés dans cet État aux personnes soupçonnées d'actes de terrorisme, elle estime, s'accordant en cela avec la position adoptée en France par l'OFPRA, « *qu'au vu du profil du requérant, le risque de violation de l'article 3 de la Convention en cas de retour est réel* » (§ 46).

La Cour précise néanmoins que le gouvernement français a pris l'engagement de ne pas expulser le requérant et qu'il a par ailleurs confirmé que, « *malgré le rejet de la demande d'asile du requérant, ce dernier ne sera pas expulsé, conformément aux dispositions de l'article L. 513-2 du CESEDA* » (§ 47). Elle y voit une différence fondamentale avec l'affaire **Daoudi c/ France**⁴, où le gouvernement ne souhaitait pas suivre l'avis de la CNDA selon lequel le requérant, condamné également pour des actes de terrorisme, risquait, en cas d'expulsion vers l'Algérie, d'être soumis à des mauvais traitements.

Dès lors, « *l'affirmation du gouvernement selon laquelle le requérant ne sera pas reconduit vers le Maroc suffit à la Cour pour conclure que ce dernier n'encourt plus de risque de subir des traitements contraires à l'article 3 de la Convention. En tout état de cause, la Cour observe que si la mesure de renvoi devait être mise à exécution, des recours demeurent ouverts au requérant, dans le cadre desquels sa situation pourrait*

³ CEDH, Grande chambre, *Saadi c/ Italie*, 28 février 2008, requête n° 37201/06.

⁴ CEDH, *Daoudi c/ France*, 3 décembre 2009, requête n° 19576/08.

être à nouveau examinée. En particulier, il pourrait saisir la Cour d'une nouvelle demande d'application de l'article 39 du règlement » (§ 48). Elle conclut donc, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 3 de la Convention.

Sur l'allégation de violation de l'article 8 de la Convention :

La Cour observe que le requérant, marié depuis 1994, père de trois enfants, réside légalement avec sa famille en France depuis plus de trente ans et qu'il était titulaire, jusqu'à sa condamnation, d'un titre de séjour de dix ans.

Elle déclare le grief recevable mais, « compte tenu de la conclusion à laquelle elle est parvenue concernant le grief relevant de l'article 3 de la Convention » (...), elle décide qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Sur l'application de l'article 39 de la Convention :

La Cour « considère que les mesures qu'elle a indiquées au gouvernement en application de l'article 39 de son règlement doivent demeurer en vigueur jusqu'à ce que le présent arrêt devienne définitif ou que le collège de la Grande chambre accepte la demande de renvoi de l'affaire devant la Grande chambre qui aurait été formulée par l'une des parties ou les deux, en vertu de l'article 43 de la Convention » (§ 54).

3. Droit à la liberté et à la sûreté - Droit d'être aussitôt traduit devant un juge (article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)

Dans l'arrêt **Moulin c/ France**, requête n° 37104/06, rendu le 23 novembre 2010, la Cour conclut, à l'unanimité, à la violation de l'article 5 § 3 de la Convention, la requérante arrêtée n'ayant pas été « aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ». À l'occasion de cette affaire, la Cour européenne se prononce sur la question de savoir si un membre du parquet est une « autorité judiciaire » au sens de cet article.

Faits :

La requérante, ressortissante française, exerce la profession d'avocat au barreau de Toulouse.

Mise en cause dans le cadre d'une procédure relative à un trafic de stupéfiants, elle fut arrêtée à Orléans, sur commission rogatoire des juges d'instruction d'Orléans, le 13 avril 2005, et placée en garde à vue, soupçonnée de « révélation d'informations issues de l'enquête ou instruction en cours », infraction prévue par l'article 434-7-2 du code pénal (créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, dite « loi Perben II »), texte modifié depuis cette affaire. Le lendemain, elle fut conduite à Toulouse, où son cabinet fut perquisitionné, en présence de deux juges d'instruction d'Orléans et du bâtonnier de l'ordre des avocats. Le même jour, un juge d'instruction du tribunal de grande instance de Toulouse prolongea la garde à vue sans entendre personnellement la requérante.

Le 15 avril 2005, les deux juges d'instruction d'Orléans se rendirent à l'hôtel de police, pour vérifier l'exécution de leur commission rogatoire et les modalités de la garde à vue de la requérante, mais ils ne rencontrèrent pas cette dernière.

La garde à vue de la requérante prit fin le 15 avril 2005, et elle fut également informée par les policiers de ce qu'un mandat d'amener avait été pris à son encontre par les juges d'instruction d'Orléans en charge de l'information suscitée. Elle fut donc présentée au procureur adjoint de Toulouse, qui ordonna sa conduite en maison d'arrêt en vue de son transfèrement ultérieur à Orléans, devant les juges d'instruction. Le 18 avril 2005 à 15 h 14, ces derniers procédèrent à son interrogatoire de « première comparution » et la mirent en examen. La requérante fut placée en détention provisoire par le juge des libertés et de la détention.

La requérante forma un recours en nullité d'actes. Celui-ci fut rejeté par la cour d'appel d'Orléans.

Son pourvoi en cassation, invoquant les articles 5 et 6 de la Convention, fut rejeté par un arrêt du 1^{er} mars 2006.

Griefs :

Invoquant l'article 5 § 3 de la Convention (droit à la liberté et à la sûreté), la requérante allègue que, détenue durant cinq jours avant d'être présentée à « un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires », elle n'a pas été « aussitôt traduite » devant une telle autorité. Sous l'angle de l'article 6 (droit à un procès équitable), elle se plaint de ne pas avoir bénéficié de l'assistance d'un avocat de son choix pendant sa garde à vue. Enfin, invoquant plusieurs autres articles, elle dénonce le déroulement de la perquisition à son domicile, ainsi que la palpation et la saisie d'effets personnels lors de son arrestation.

Décision :

Sur le grief tiré de l'article 5 § 3 de la Convention :

À titre liminaire, la Cour rappelle l'arrêt récent rendu en Grande chambre, **Medvedyev c/ France**⁵. À l'occasion de cette affaire, elle a souligné l'importance fondamentale que représente l'article 5 § 3 de la Convention pour la protection de la personne privée de liberté. Elle y a affirmé la nécessité de s'assurer que la personne détenue sera aussitôt conduite devant une autorité judiciaire, en distinguant deux périodes : la première concerne les premières heures suivant l'arrestation, durant lesquelles le contrôle juridictionnel doit permettre de « fournir des garanties effectives contre le risque de mauvais traitements » et « contre un abus des agents de la force publique [...] des pouvoirs qui leur sont conférés », la seconde concerne la période

⁵ CEDH, Grande chambre, *Medvedyev c/ France*, 29 mars 2010, requête n° 3394/03.

de détention avant le procès éventuel. Pour être conforme à l'article 5 § 3 de la Convention, le contrôle juridictionnel concernant la première période doit répondre à trois critères : la promptitude, l'automatisme et être effectué par « *un juge ou [...] autre magistrat habilité par la loi à exercer les fonctions judiciaires* ». La Cour précise que ce dernier « *doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties [...] et il doit avoir le pouvoir d'élargissement, après avoir entendu la personne et contrôlé la légalité et la justification de l'arrestation et de la détention* » (extraits de l'arrêt *Medvedyev*, § 124).

Contrairement au gouvernement, qui souhaitait que l'on distingue, en l'espèce, trois périodes distinctes, à savoir, la garde à vue puis le mandat d'amener et, enfin, la décision de placement en détention provisoire du juge des libertés et de la détention, les juges de Strasbourg ne retiennent qu'une période reposant sur un fondement juridique unique, celui d'être soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre une ou des infractions. Ils constatent qu'en l'espèce, pendant le temps qui s'est écoulé entre le placement de la requérante en garde à vue, le 13 avril 2005 à 14 h 35, et sa présentation aux deux juges d'instruction d'Orléans, le 18 avril 2005 à 15 h 14, pour l'interrogatoire de « première comparution », l'intéressée n'a pas été entendue personnellement par les juges d'instruction. Or, cette première phase de cinq jours correspond bien, au regard de l'article 5 § 3 de la Convention, aux heures suivants l'arrestation. Ils précisent que la période de détention provisoire ordonnée après le 18 avril 2005 n'est pas en cause en l'espèce.

La Cour européenne relève que la requérante a été entendue par le procureur adjoint le 15 avril 2005, date à laquelle la mesure de garde à vue prenait fin, en raison de l'existence d'un mandat d'amener délivré par les juges d'instruction d'Orléans.

Elle juge donc nécessaire d'examiner si le procureur adjoint « *remplissait les conditions requises pour être qualifié, au sens de l'article 5 § 3 de la Convention et au regard des principes qui se dégagent de sa jurisprudence [...] de juge habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* » (§ 55).

À cet égard, la Cour constate qu'il ressort du droit français que les magistrats du siège et les membres du ministère public ne sont pas soumis statutairement à un même régime : « *Ces derniers dépendent tous d'un supérieur hiérarchique commun, le garde des sceaux, ministre de la justice, qui est membre du gouvernement, et donc du pouvoir exécutif. Contrairement aux juges du siège, ils ne sont pas inamovibles en vertu de l'article 64 de la Constitution. Ils sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques au sein du parquet, et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice. En vertu de l'article 33 du code de procédure pénale, le ministère public est tenu de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui lui sont données dans les conditions prévues aux articles 36, 37 et 44 du même code, même s'il développe librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice* » (§ 56).

Se détachant expressément du débat au plan national sur le lien de dépendance effective entre le ministère de la justice et le ministère public, elle explique qu'il lui appartient de se prononcer « *sous le seul angle des dispositions de l'article 5 § 3 de la Convention et des notions autonomes développées par sa jurisprudence au regard desdites dispositions* » (§ 57).

Elle en déduit que, « *du fait de leur statut ainsi rappelé, les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de "magistrat" au sens de l'article 5 § 3 (Schiesser, précité, § 31, et, entre autres, De Jong, Baljet et Van den Brink c/ Pays-Bas, 22 mai 1984, § 49, série A n° 77, ou, plus récemment, Pantea c/ Roumanie, n° 33343/96, § 238, CEDH 2003-VI - extraits)* » (§ 57).

La Cour relève également que les membres du ministère public peuvent se voir confier l'exercice de l'action publique. Or, elle « *rappelle que les garanties d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties excluent notamment qu'il [le juge habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires] puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale (voir, en dernier lieu, Medvedyev et autres, précité, § 124 ; paragraphe 46 ci-dessus)* » (§ 58).

Dès lors, les juges européens considèrent que « *le procureur adjoint de Toulouse, membre du ministère public, ne remplissait pas, au regard de l'article 5 § 3, les garanties d'indépendance pour être qualifié, au sens de cette disposition, de juge ou [...] autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* » (§ 59).

La Cour de Strasbourg constate donc que la requérante n'a été présentée à un « *juge ou [...] autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* », en l'espèce les juges d'instruction d'Orléans, en vue de l'examen du bien-fondé de sa détention, que le 18 avril 2005 à 15 h 14, soit plus de cinq jours après son arrestation et son placement en garde à vue.

Or, dans son arrêt **Brogan et autres c/ Royaume Uni**⁶, la Cour avait déjà jugé qu'une période de garde à vue de plus de quatre jours et six heures sans contrôle judiciaire était contraire à l'article 5 § 3 de la Convention.

Elle en déduit, à l'unanimité, une violation l'article 5 § 3 de la Convention.

Concernant les autres articles invoqués :

- Sur la violation alléguée de l'article 6 §§ 1 et 3 de la Convention :

La requérante soutenait n'avoir pu choisir son avocat durant sa garde à vue et y voyait une violation de l'article 6 §§ 1 et 3 de la Convention.

⁶ CEDH, Plénière, *Brogan et autres c/ Royaume Uni*, 29 novembre 1988, requêtes n° 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85.

La Cour note que la requérante avait souhaité s'entretenir avec M^e B., avocat au barreau d'Orléans, et que ce dernier, n'ayant pu se libérer de ses obligations, a contacté deux de ses confrères, dont son bâtonnier, qui s'est déplacé pour l'assister dans le cadre de sa garde à vue. Dès lors, elle rejette ce grief comme manifestement mal fondé.

- Sur la violation alléguée de l'article 6 §§ 1 et 3 et l'article 8 de la Convention :

La requérante se plaignait du déroulement de la perquisition réalisée à son cabinet.

La Cour, après avoir précisé que la perquisition effectuée constituait bien une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et du domicile de la requérante, considère cependant que la mesure avait une base légale et poursuivait le but légitime de la défense de l'ordre public et de la prévention des infractions pénales.

Elle souligne par ailleurs que, compte tenu des risques potentiels d'atteinte au secret professionnel, « *si le droit interne peut prévoir la possibilité de perquisitions ou de visites domiciliaires dans le cabinet d'un avocat, celles-ci doivent impérativement être assorties de garanties particulières* » (§ 71). En l'espèce, la Cour constate qu'il « *existait des raisons plausibles de soupçonner la requérante d'avoir commis ou tenté de commettre, en sa qualité d'avocate, une ou plusieurs infractions [...]* ». « *Par ailleurs, la perquisition s'est accompagnée d'une garantie spéciale de procédure, puisqu'elle fut exécutée en présence du bâtonnier de l'ordre des avocats, et que les observations formulées par celui-ci ont pu être ensuite discutées devant le juge des libertés et de la détention* ». Dès lors, « *la perquisition ne semble pas avoir été une mesure disproportionnée par rapport au but visé et elle ne relève aucune apparence de violation de l'article 8 de la Convention* » (§ 76). La Cour rejette ce grief comme manifestement mal fondé.

La requérante dénonçait la procédure de palpation réalisée lors de son arrestation et la saisie de ses effets personnels.

La Cour estime que la palpation réalisée lors de l'arrestation constituait « *une mesure de sécurité, uniquement destinée à détecter la présence éventuelle d'objets dangereux* », et elle juge que le grief soulevé par la requérante à cet égard n'est pas suffisamment étayé. S'agissant de la saisie des deux sacs lors de l'arrestation, les juges européens relèvent que la requérante les a en réalité conservés avec elle jusqu'au soir du jour de son arrestation. Ce grief est également rejeté comme manifestement mal fondé.

Au titre de l'article 41 de la Convention (satisfaction équitable), la Cour dit que la France devra verser à la requérante cinq mille euros pour dommage moral et sept mille cinq cents euros pour frais et dépens.

4. Droit à la liberté et à la sûreté (article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)

Dans l'arrêt ***X... c/ France***, requête n° 35935/03, rendu le 18 novembre 2010, la Cour conclut, à l'unanimité, à la violation de l'article 5 § 1 e de la Convention (droit à la liberté et à la sûreté) et à deux violations de l'article 5 § 4 (droit de bénéficier d'un recours pour qu'il soit statué à bref délai sur la légalité de sa détention). Dans cette affaire, une personne condamnée pour assassinat et tentative d'assassinat avait fait l'objet d'un internement d'office au sein d'une unité pour malades difficiles.

Faits :

Le requérant fut condamné en 1975 par la cour d'assises des Bouches-du-Rhône à une peine de vingt ans de réclusion criminelle pour assassinat et tentative d'assassinat. En 1983, il fit l'objet d'un internement d'office au sein d'une unité pour malades difficiles. En 1998, la cour d'appel de Nîmes décida de le remettre en liberté, mais, à la suite d'une altercation avec un gardien d'un établissement hospitalier, il fut appréhendé par la police et hospitalisé pour un mois. Par arrêté préfectoral du 16 juillet 2005, son hospitalisation d'office fut reconduite pour une durée de trois mois. Cette mesure fut ensuite renouvelée à plus de vingt reprises, le requérant demeurant hospitalisé à ce jour.

Souhaitant obtenir la mainlevée de la mesure d'hospitalisation d'office prise à son encontre, le requérant avait saisi les juridictions internes de trois types de recours : devant le juge administratif, il introduisit, d'une part, des recours en annulation des arrêtés reconduisant la mesure d'internement et, d'autre part, plusieurs recours en référé-suspension, afin d'obtenir la suspension de l'exécution de ces arrêtés. Enfin, il saisit, également à trois reprises, le juge judiciaire de demandes de sorties immédiates. Or, si, à plusieurs reprises, le juge administratif annula ou suspendit des arrêtés d'hospitalisation irréguliers, le juge judiciaire ne prononça pour autant aucune mesure de libération.

Griefs :

Devant la Cour européenne, le requérant invoque une violation de l'article 5 § 1 e de la Convention (droit à la liberté et à la sûreté), en raison de son maintien sous un régime d'hospitalisation forcée. Il se plaint d'être ainsi victime d'une détention arbitraire, non fondée en droit ni médicalement justifiée, puisqu'un grand nombre de ces arrêtés ont été annulés.

Sur le fondement de l'article 5 § 4 de la Convention, il prétend ne pas avoir disposé d'un recours effectif pour qu'il soit statué sur la légalité de la mesure d'hospitalisation d'office dont il fait l'objet. Sous l'angle de ce même article, il soutient qu'il n'a été statué à « bref délai » sur aucun de ses recours, tant devant les juridictions de l'ordre judiciaire que devant les juridictions administratives.

Décision :

Sur la demande du gouvernement français de rayer l'affaire du rôle :

La Cour rappelle que, dans certaines circonstances, il peut être indiqué de rayer une affaire du rôle en vertu de l'article 37 § 1 c de la Convention sur la base d'une déclaration unilatérale du gouvernement défendeur, même si le requérant souhaite que l'examen de l'affaire se poursuive, ce qui est le cas en l'espèce.

La Cour rejette cette demande, estimant que « *si le grief tiré de la violation de l'article 5 § 1 de la Convention relatif à l'illégalité de l'hospitalisation forcée du requérant demeure circonscrit à la période comprise entre le 21 octobre 2004 et le 9 novembre 2004, tel n'est pas le cas du grief tiré de la violation de l'article 5 § 4 de la Convention. En effet, ce dernier soulève une problématique générale qui, sans se limiter à la période précitée, concerne avant tout l'effectivité des recours disponibles en droit français en matière d'hospitalisation d'office. Or il s'agit d'une question de principe relative à la privation de liberté qui n'a pas encore été tranchée en tant que telle par la Cour dans des affaires précédentes* » (§ 81).

Sur la violation de l'article 5 § 1 e de la Convention :

À titre liminaire, la Cour rappelle qu'il ressort de sa décision sur la recevabilité dans cette affaire que le grief tiré de la violation de l'article 5 § 1 de la Convention relatif à l'illégalité de l'hospitalisation forcée du requérant demeure circonscrit à la période comprise entre le 21 octobre 2004 et le 9 novembre 2004. Par conséquent, elle doit déterminer si le requérant a été privé de sa liberté « *selon les voies légales* » pendant cette période.

En l'espèce, elle relève que, par jugement du 21 octobre 2004, le tribunal administratif de Bordeaux a annulé pour vice de forme l'arrêté d'hospitalisation d'office du 17 mai 2004, tout en se déclarant incompétent pour ordonner la sortie immédiate de l'intéressé. Or l'arrêté préfectoral de reconduction de la mesure d'hospitalisation n'a été pris que le 9 novembre 2004. Cette annulation pour vice de forme reposait sur un manquement aux exigences posées par la jurisprudence du Conseil d'État quant à la motivation des arrêtés. Or l'obligation faite par le Conseil d'État à l'autorité administrative d'indiquer les éléments de fait ou de droit justifiant une mesure d'hospitalisation forcée ou son maintien « *a pour objectif de renforcer la protection de l'individu contre l'arbitraire, ce qui est le but de l'article 5 de la Convention* » (§ 90).

La Cour observe donc qu'il y a eu une hospitalisation sans titre entre le 21 octobre 2004 et le 9 novembre 2004, alors que le droit français exige, pour toute hospitalisation d'office, que celle-ci soit fondée sur un arrêté préfectoral, renouvelé régulièrement (ainsi que l'impose l'article L. 3213-4 du code de la santé publique). Par conséquent, la discontinuité de la base légale de la mesure d'hospitalisation n'est pas conforme aux exigences posées par le droit français.

Les juges européens n'adhèrent pas au raisonnement du gouvernement français, qui soutient que cette illégalité aurait été purgée par l'arrêt rendu le 8 juillet 2005 par la cour d'appel de Bordeaux. En effet, ils relèvent que la cour d'appel s'est fondée sur l'état de santé du requérant et sur l'existence de l'arrêté pris le 10 mars 2005 pour apprécier la situation au moment de statuer, conformément au droit interne, ce qui l'a conduite à refuser la demande de sortie immédiate du requérant. Cette juridiction s'est déclarée incompétente pour apprécier la régularité des arrêtés préfectoraux des 9 novembre 2004, 7 décembre 2004 et 10 mars 2005. Ils estiment, en conséquence, que l'intéressé a fait l'objet d'une hospitalisation sans titre, contrairement aux dispositions du droit national pertinent.

Par conséquent, la Cour juge qu'en l'espèce, la privation de liberté du requérant entre le 21 octobre 2004 et le 9 novembre 2004 n'a pas été effectuée « *selon les voies légales* ». Elle conclut à l'unanimité à la violation de l'article 5 § 1 e de la Convention.

Sur la violation de l'article 5 § 4 de la Convention :

Le requérant dénonce, d'une part, une violation de son droit à un recours effectif permettant qu'il soit statué sur la légalité de la mesure d'hospitalisation d'office et, d'autre part, il estime qu'il n'a été statué à bref délai sur aucun de ses recours.

La Cour rappelle que l'article 5 § 4 de la Convention, qui garantit un recours aux personnes arrêtées ou détenues, consacre également le droit pour celles-ci d'obtenir dans un bref délai une décision judiciaire concernant la régularité de leur détention et mettant fin à leur privation de liberté, si celle-ci se révèle illégale.

Or, dans le cas de l'internement des aliénés, elle a jugé qu'outre le contrôle de la décision privative de liberté, « *il doit toujours y avoir place pour un contrôle ultérieur, à exercer à des intervalles raisonnables, car les motifs qui justifiaient à l'origine la détention peuvent cesser d'exister* » (§ 101). Il lui appartient donc de vérifier si, en l'espèce, le requérant a disposé d'un recours effectif lui permettant d'obtenir la mainlevée de la mesure d'hospitalisation d'office dont il faisait l'objet.

S'agissant des recours en référé que l'intéressé a utilisés, la Cour relève que « *ni le référé-suspension prévu par l'article L. 521-1-12 du code de justice administrative, qui doit être suivi d'un recours en annulation de l'arrêté contesté, ni le mécanisme de référé-liberté mis en place par la loi du 30 juin 2000, qui permet uniquement au juge de contrôler l'illégalité manifeste d'un acte de l'autorité administrative, ne peuvent donner lieu à un examen au fond de la légalité d'une décision d'internement* » (§ 102). Dès lors, elle considère que ces recours ne tombent pas sous l'empire de l'article 5 § 4 de la Convention.

S'agissant ensuite des recours en annulation, la Cour rappelle avoir estimé, dans l'affaire *X...*⁷, que ces recours ne permettent pas d'obtenir la sortie immédiate de l'établissement hospitalier. Il ne s'agit donc pas d'un recours pertinent sous l'angle de l'article 5 § 4, dans la mesure où il ne donne pas à l'intéressé la

⁷ CEDH, *X... c/ France*, 18 juin 2002, requête n° 43125/98.

possibilité d'être mis en liberté dans l'hypothèse où sa privation de liberté serait ensuite déclarée illégale. Pour la Cour, aucune raison ne lui permet de s'écarter de la conclusion à laquelle elle avait abouti dans cette affaire. En effet, elle constate qu'à plusieurs reprises les juges administratifs se sont déclarés incompétents pour ordonner sa sortie immédiate de l'hôpital, après avoir pourtant constaté l'illégalité de l'arrêté fondant l'internement de l'intéressé.

Enfin, la Cour relève que l'intéressé a effectivement fait usage de la possibilité ouverte aux personnes internées du recours à la voie judiciaire pour faire statuer sur leurs demandes de sorties immédiates. Cependant, elle constate que les juridictions judiciaires se sont attachées à déterminer si l'hospitalisation d'office du requérant était justifiée par son état de santé et n'ont abordé la question de la légalité externe des arrêtés d'hospitalisation que pour constater la compétence des juges administratifs en la matière. Le juge judiciaire n'était donc pas habilité à examiner les conditions de validité formelle des arrêts litigieux.

Si la Cour relève, à l'instar du gouvernement, la complémentarité des recours existants permettant de contrôler l'ensemble des éléments de la légalité d'un acte, toutefois, en l'espèce, elle « *ne peut que constater que les actes successifs fondant la privation de liberté du requérant ont été annulés par les juges administratifs, sans que jamais l'intéressé n'obtienne une décision des tribunaux judiciaires mettant fin à la mesure d'hospitalisation. Dès lors, la Cour parvient à la conclusion que, dans les circonstances très particulières de l'espèce, l'articulation entre la compétence du juge judiciaire et celle du juge administratif quant aux voies de recours offertes n'a pas permis au requérant d'obtenir une décision d'un tribunal pouvant statuer sur la légalité de sa détention et ordonner sa libération si la détention est illégale* » (§ 108).

Par conséquent, les juges strasbourgeois accueillent l'exception d'irrecevabilité du gouvernement français quant à l'inapplicabilité de l'article 5 § 4 de la Convention aux procédures introduites par le requérant devant les juridictions administratives. En outre, elle constate que le requérant n'a disposé d'aucun recours effectif qui lui aurait permis d'obtenir une décision judiciaire constatant l'irrégularité de l'acte fondant son internement et mettant fin à sa privation de liberté irrégulière. Elle conclut donc à la violation de l'article 5 § 4 de la Convention.

Enfin, la Cour examine la durée d'examen « à bref délai » des différents recours introduits par le requérant. Sur ce point, de la même manière que dans l'arrêt **X... c/ France**, 18 juin 2002, précité, elle limite son examen aux procédures judiciaires engagées par le requérant.

Elle rappelle avoir, en de maintes occasions, souligné que le souci principal exprimé par l'article 5 § 4 est celui d'une « certaine célérité », l'État ayant l'obligation de s'assurer que les procédures concernant la liberté d'un individu se déroulent en un minimum de temps. Or, s'agissant des trois procédures judiciaires, la Cour relève que la procédure la plus courte a duré plus de quatre mois, du 19 octobre 2005 au 20 février 2006, et estime que « *les délais litigieux sont imputables aux autorités, étant donné que rien ne permet de penser que le requérant, après avoir introduit ces recours, ait d'une manière quelconque retardé leur examen. Compte tenu de sa jurisprudence concernant la détention des aliénés, dans laquelle des durées de huit semaines posent problème, elle juge ces retards excessifs* » (§ 118). Dès lors, aucune des procédures judiciaires introduites par le requérant n'a respecté l'obligation d'examen à « bref délai ». La Cour conclut, à l'unanimité, à la violation de l'article 5 § 4 de ce chef.

Au titre de la satisfaction équitable, elle dit que l'État français doit verser au requérant vingt mille euros au titre du dommage moral et trois mille euros pour les frais et dépens.

5. Droit à un procès équitable (article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)

Dans l'arrêt **Lilly c/ France n° 2**, requête n° 20429/07, rendu le 25 novembre 2010, la Cour conclut, à l'unanimité, à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention : l'intervention rétroactive de l'article 73 de la loi du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale ne reposait pas sur d'impérieux motifs d'intérêt général.

Faits :

La requérante, la société Lilly France, est un laboratoire pharmaceutique.

En application du code de la sécurité sociale (notamment des articles L. 243-7 et L. 245-1 dudit code), les laboratoires pharmaceutiques, tel que celui de la requérante, sont redevables d'une taxe sur les dépenses qu'ils exposent au titre de l'information et de la prospection médicale.

En juillet 2000, la société requérante fit l'objet d'un redressement, après contrôle de deux agents de l'URSSAF, pour un montant total de 32 201 364 francs (4 909 066 euros), notifiée le 23 août 2001 par l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS). Après un recours gracieux infructueux, la requérante, devant le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS), souleva l'incompétence des agents de l'URSSAF, leurs agréments n'ayant, selon elle, pas été régulièrement délivrés. Elle invoqua à ce titre des procédures pendantes en annulation de ces agréments devant les juridictions administratives pour solliciter un sursis à statuer. Par un jugement du 10 juin 2003, le TASS refusa de surseoir à statuer, en invoquant le caractère non suspensif des recours administratifs, et rejeta sa demande sur le fond.

En cours d'instance, le 18 décembre 2003, le législateur adopta la loi de financement de la sécurité sociale pour 2004, dont l'article 73 prévoyait que, sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, les procès-verbaux mentionnés aux articles L. 243-7 du code de la sécurité sociale étaient réputés réguliers en tant qu'ils seraient contestés par le moyen tiré de l'illégalité de l'agrément des agents ayant procédé aux opérations de contrôle ou par le moyen tiré de l'incompétence de leur auteur.

Par un arrêt du 11 janvier 2005, la cour d'appel de Versailles, au visa de la loi du 18 décembre 2003, refusa de se prononcer sur l'illégalité invoquée des agréments. Quant à l'incompatibilité entre l'intervention de la loi de validation et l'article 6 § 1 de la Convention, soulevée par la société requérante, la cour d'appel estima qu'en l'espèce, l'intérêt général, qui s'attachait à sécuriser les recettes sociales, n'était pas seulement d'ordre financier. En effet, selon elle, la loi de validation avait pour but de faire obstacle à une remise en cause intempestive de la régularité des agréments des agents de contrôle, parfois très anciens, et dont la légalité n'avait jamais été mise en doute. Sur le fond, la société fut condamnée à payer, après une décharge partielle, une somme de quatre millions huit cent soixante deux mille euros à l'ACOSS.

La Cour de cassation, saisie par la requérante, dans un arrêt du 8 novembre 2006, estima que l'intervention du législateur obéissait à d'impérieux motifs d'intérêt général, dans la mesure où cette intervention, sans régler le fond du litige ni priver la requérante du droit de contester le bien-fondé du redressement, était destinée à éviter le développement d'un contentieux de nature à mettre en péril le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et, par suite, la pérennité du système de protection sociale. Sur ce point, elle confirma l'arrêt rendu par la cour d'appel.

Parallèlement, les recours en annulation des décisions d'agrément des agents de l'URSSAF exercés par la société requérante ne purent aboutir, les juridictions administratives et le Conseil d'État refusant de lui reconnaître un intérêt à agir. Un recours en responsabilité de l'État du fait des lois était toujours pendant devant le juge administratif.

Grief :

La requérante estime que l'adoption de l'article 73 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2004 du 18 décembre 2003 constitue une rupture du principe d'égalité des armes. Elle invoque l'article 6 § 1 de la Convention.

Décision :

Sur la recevabilité de la requête :

Invoquant la jurisprudence du Conseil d'État « Gardedieu » (arrêt du 8 février 2007), le gouvernement français soulevait le non-épuisement des voies de recours interne, la requérante pouvant selon lui, du fait de cette jurisprudence, disposer d'une voie de recours effective et efficace pour obtenir réparation du fait d'une loi de validation rétroactive, voie de recours qu'elle avait de fait exercé dans une instance encore pendante. La Cour écarte l'exception d'irrecevabilité de la manière suivante : « *La Cour constate qu'il existe une différence notable entre la présente espèce et l'affaire Gardedieu. En effet, dans cette dernière, le grief tiré de l'inconventionnalité de la législation litigieuse avait été soumis pour la première fois aux juridictions nationales dans le cadre de la procédure en responsabilité de l'État du fait des lois, tandis qu'en l'espèce, ce grief a été préalablement soumis et rejeté par les juridictions judiciaires, aussi bien en appel qu'en cassation. Or, selon la Cour, l'on ne saurait exiger de la requérante que, outre la procédure au fond, elle épuise d'autres voies de recours telles que l'action en responsabilité de l'État du fait des lois (voir Maurice, précitée)* » (§ 31). La requête est donc jugée recevable.

Sur le fond :

Le gouvernement fait valoir que, au moment de l'adoption de la loi du 18 décembre 2003, aucune décision de justice définitive et défavorable à l'État n'avait encore été prononcée, cette loi n'avait donc pas selon lui pour finalité de mettre un terme à une jurisprudence contraire. Il précise que le nombre de recours introduits par les laboratoires pharmaceutiques mettant en cause les procédures d'agrément des contrôleurs de l'URSSAF lui faisaient craindre d'éventuelles annulations d'agréments par les juridictions nationales, ce qui risquait de fragiliser le recouvrement des recettes de sécurité sociale. Minimisant la portée de la mesure, qui, selon elles, n'affecte pas la faculté pour les sociétés concernées de contester le bien-fondé des redressements, les autorités françaises soulignent à ce sujet que la procédure d'agrément des agents chargés du contrôle a été modifiée à compter du 1^{er} janvier 2004, afin de supprimer le risque de nouveaux contentieux sur le même fondement.

La Cour européenne, renvoyant à sa jurisprudence **Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c/ France**⁸, rappelle que « *si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer, en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige* » (§ 46). Elle relève que la requérante était l'une des premières sociétés pharmaceutiques à se prévaloir de l'incompétence des contrôleurs de l'URSSAF, aucune décision juridictionnelle n'étant venue trancher cette question auparavant.

La question est de savoir si l'intervention de la loi du 18 décembre 2003 a porté atteinte au caractère équitable de la procédure et à l'égalité des armes, en modifiant, en cours d'instance, l'issue de celle-ci. La Cour considère que cette intervention, destinée à sécuriser l'issue de la procédure, constitue bien une ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice. En effet, elle rappelle que s'il « *ne lui appartient pas de se substituer aux juridictions internes quant aux chances de succès des actions engagées par la requérante* », elle se borne à constater « *que l'intervention de la loi litigieuse a fait obstacle à ce que la cour d'appel et la Cour de cassation puissent se prononcer sur la validité des agréments de G. et C., donc sur la régularité du*

⁸ CEDH, Grande chambre, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c/ France*, 28 octobre 1999, requêtes n° 24846/94, 34165/96 et 34173/96.

contrôle qu'ils ont effectué et, par voie de conséquence, sur la validité du redressement infligé à la requérante, alors que le gouvernement reconnaît dans ses observations qu'un doute persistait, avant l'entrée en vigueur de la loi, sur la régularité de ces agréments » (§ 49).

Vérifiant l'existence d'impérieux motifs d'intérêt général, elle souligne que le motif tiré du seul intérêt financier de l'État n'est pas suffisant pour justifier l'intervention rétroactive d'une loi de validation et ne paraît pas très réaliste en l'espèce : selon les juges de Strasbourg, la somme avancée par le gouvernement français, soit cent trente et un millions d'euros, correspondant aux redressements réellement contestés devant les juridictions nationales en raison de l'illégalité des agréments des agents de contrôle pour la seule région parisienne, « *ne saurait remettre en cause, à elle seule, la pérennité du système de sécurité sociale, comme le soutient le gouvernement, et [...] n'autorise donc pas le législateur à intervenir en cours de procédure afin d'en sécuriser l'issue* » (§ 54). Aucun des autres arguments présentés par le gouvernement ne convainc la Cour de la légitimité de l'ingérence.

De l'avis de la Cour, l'intervention rétroactive de l'article 73 de la loi du 18 décembre 2003 ne reposait pas sur d'impérieux motifs d'intérêt général. Partant, à l'unanimité, elle conclut à la violation de l'article 6 de la Convention.

La Cour européenne décide de rejeter la demande au titre de la satisfaction équitable formée par la société requérante.

6. Droit à un procès équitable (article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)

Dans l'arrêt *X... c/ France*, requête n° 76182/05, rendu le 18 novembre 2010, la Cour conclut, à l'unanimité, à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Faits :

La requérante est une ressortissante polonaise résidant en Pologne. Elle a saisi la Cour européenne en son nom et au nom de ses deux enfants, nés respectivement en 1989 et 1990 de son mariage avec un ressortissant polonais dont elle a divorcé le 25 juin 1999. Par ce jugement, le père des enfants, qui vivait en France, fut condamné à verser une pension alimentaire de cinq cents zlotys polonais par mois (environ cent dix-huit euros), mais il n'effectua aucun versement. La requérante se prévalut de la Convention de New York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger (« la Convention de New York ») et, le 16 décembre 1999, elle adressa, par l'intermédiaire des autorités polonaises, une demande de recouvrement de la pension alimentaire aux autorités françaises (ministère des affaires étrangères).

En juillet 2000, les autorités françaises sollicitèrent de leurs homologues polonais la production de certaines pièces, dont la preuve de l'assignation en justice de l'ex-mari de la requérante et de la signification du jugement de divorce. Le 20 mai 2004, les autorités polonaises adressèrent à leurs homologues français la preuve de la notification du jugement de divorce, précisant que l'ex-mari de la requérante n'avait effectué aucun versement. Entre-temps, une décision du tribunal de district de Sosnowiec avait augmenté le montant de la pension alimentaire à 450 zlotys polonais pour chaque enfant (soit environ deux cent cinquante-quatre euros au total).

Le 12 juillet 2004, les autorités françaises reçurent le courrier contenant la preuve de la notification du jugement de divorce et, le 1^{er} septembre 2004, l'ex-mari de la requérante fut entendu par la police française. Il s'engagea par écrit à verser cent huit euros par mois, ce dont les autorités françaises informèrent leurs homologues polonais, mais il ne respecta pas son engagement. En janvier 2005, la requérante se plaignit auprès des autorités judiciaires de son pays de l'absence de versement de la pension alimentaire. Les autorités françaises en furent informées par lettre du 18 janvier 2005, qui leur parvint le 7 mars 2005, mais elles n'y donnèrent pas suite. La requérante se plaignit encore, à plusieurs reprises, de l'inefficacité de la procédure en recouvrement auprès des autorités polonaises. Celles-ci n'ayant reçu aucune réponse de la part des autorités françaises depuis leur dernière lettre, datée du 15 septembre 2004, elles informèrent la requérante, à plusieurs reprises, en 2005, 2006 et 2007, que la procédure de recouvrement demeurait sans effet.

Entre-temps, le 16 février 2005, la requérante saisit la Cour européenne des droits de l'homme ; la requête fut communiquée au gouvernement français le 22 octobre 2008. Le 17 décembre 2008, les autorités françaises relancèrent la procédure de recouvrement. Le 26 avril 2009, l'ex-mari fut entendu par la police ; il expliqua qu'il se trouvait dans une situation financière très précaire et ajouta que dès qu'il trouverait un emploi il verserait la pension ainsi que les intérêts de retard. La teneur de cet entretien fut communiquée aux autorités polonaises ; en retour, celles-ci informèrent leurs homologues français des observations formulées par les enfants de la requérante, qui, devenus majeurs, demandaient en leur propre nom l'exécution forcée du jugement de 2003, qui avait révisé à la hausse le montant de leur pension alimentaire. Les autorités françaises demandèrent que de nouvelles pièces soient fournies à l'appui de cette demande. En octobre 2009, la Pologne leur fit parvenir la copie de la signification du jugement inexécuté ainsi que les coordonnées bancaires, précisant qu'elles les avaient déjà transmises en mai 2004, puis en février 2009.

Les autorités françaises communiquèrent aux enfants diverses informations tenant à la procédure de recouvrement des impayés ainsi qu'à leur droit de demander le bénéfice de l'aide juridictionnelle. Elles précisèrent également que le débiteur, à nouveau entendu par les autorités, affirmait que sa situation financière était toujours précaire ; sans emploi, il vivait d'allocations familiales. Il prétendait enfin qu'il avait laissé à la requérante l'appartement qu'il avait acquis en Pologne. En février 2010, devant le tribunal de grande instance de Perpignan, les enfants obtinrent l'aide juridictionnelle totale dans le cadre d'une action en *exequatour* du jugement de 2003 ayant réévalué la pension alimentaire.

Griefs :

Invoquant l'article 6 § 1 de la Convention, la requérante se plaignait de n'avoir pu obtenir des autorités françaises, saisies sur le fondement de la Convention de New York, l'exécution du jugement lui accordant une pension alimentaire, ainsi que de la durée excessive de la procédure de recouvrement de cette pension.

Décision :

La Cour examine les griefs soulevés par la requérante et considère que, en dénonçant l'impossibilité d'obtenir des autorités françaises l'exécution du jugement polonais et la durée excessive de la procédure, la requérante se plaint en réalité de leur manque de diligence pour l'assister dans le recouvrement de ses créances alimentaires.

Elle « rappelle que le droit à un tribunal serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure - équité, publicité et célérité - accordées aux parties et qu'il ne protège pas la mise en œuvre des décisions judiciaires ; si cet article devait passer pour concerner exclusivement l'accès au juge et le déroulement de l'instance, cela risquerait de créer des situations incompatibles avec le principe de la prééminence du droit que les États contractants se sont engagés à respecter en ratifiant la Convention. L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du "procès" au sens de l'article 6 » (§ 53).

En l'espèce, les juges européens estiment que la requérante, en demandant l'application de la Convention de New York, demandait l'intervention des autorités françaises pour permettre l'exécution de son jugement. Or, même si la responsabilité des États membres ne peut être engagée du fait du défaut de paiement d'une créance exécutoire dû à l'insolvabilité d'un débiteur « privé », ils « ont toutefois l'obligation positive de mettre en place un système qui soit effectif en pratique comme en droit et qui assure l'exécution des décisions judiciaires définitives entre personnes privées (Fouklev c/ Ukraine, n° 71186/01, § 84, 7 juin 2005) » (§ 55).

Contrairement à la position défendue par le gouvernement français, qui soutient qu'il ne pèse sur l'État adhérent à la Convention de New York qu'une obligation subsidiaire limitée à faciliter le recouvrement de créances alimentaires, la Cour de Strasbourg constate que ce texte « met en place un système de coopération entre États, et ce, afin de surmonter les difficultés légales et pratiques que posent la poursuite des actions alimentaires ou l'exécution des décisions à l'étranger. L'article 1 de cette Convention précise qu'elle a pour objet de faciliter à une personne [...], qui se trouve sur le territoire d'une des parties contractantes, le recouvrement d'aliments auxquels elle prétend avoir droit de la part d'une personne qui est sous la juridiction d'une autre partie contractante » (§ 57).

Elle en déduit qu'il repose, sur l'État du débiteur régulièrement saisi d'une demande, une obligation positive à cet égard : il doit prendre, « au nom du créancier, toutes les mesures propres à assurer le recouvrement des aliments ; notamment, il transige et, lorsque cela est nécessaire, intente et poursuit une action alimentaire et fait exécuter tout jugement, ordonnance ou autre acte judiciaire » (§ 58).

La Cour, après avoir relevé l'enjeu particulièrement important pour la requérante d'obtenir le recouvrement de sa pension alimentaire, recherche si, dans la présente affaire, les mesures prises par les autorités françaises pour assister l'intéressée dans l'exécution du jugement ont été adéquates et suffisantes. À cette fin, elle examine les diligences accomplies depuis juillet 2004, date à laquelle les autorités françaises ont reçu la preuve que le jugement fixant la pension alimentaire avait été notifié à l'ex-mari. Après avoir noté que les autorités françaises ont entendu le débiteur dès septembre 2004 et que celui-ci s'était engagé par écrit à verser la pension alimentaire, elle constate néanmoins que les autorités n'ont jamais donné suite à la lettre du 18 janvier 2005, dans laquelle les autorités polonaises les avaient informées que le débiteur ne s'acquittait pas de ses obligations.

Le gouvernement français soutenait que, sauf à méconnaître la haute fonction de la Convention et de la Cour chargée de l'interpréter, la Convention européenne n'avait pas vocation à sanctionner un État pour une erreur de classement du courrier imputable à l'un de ses agents. Il reprochait à la requérante son manque de diligence, exposant que celle-ci n'avait effectué aucune démarche autre que la saisine de la Cour de Strasbourg pour remédier à ses difficultés.

Les juges européens admettent qu'une erreur de classement ne peut constituer à elle seule une violation de la Convention. « Cependant, cet "impair administratif" invoqué par le gouvernement, outre qu'il ne saurait être opposé à la requérante et qu'il relève de la seule responsabilité des autorités françaises, a eu pour conséquence d'empêcher l'exécution du jugement et, ainsi, le recouvrement de la pension alimentaire. En outre, cette erreur s'est accompagnée d'un manque de diligence de la part des autorités, qui auraient pu soit constater par elles-mêmes la défaillance du débiteur - qui s'était engagé par écrit à leur faire parvenir les justificatifs de paiement de la pension -, soit relancer l'autorité expéditrice. Ces diligences les auraient certainement conduites à corriger « l'impair administratif » et à poursuivre la procédure en recouvrement » (§ 64). S'agissant du manque de diligence reproché à la requérante par le gouvernement, la Cour, après avoir rappelé que « l'obligation d'agir pesait sur l'État du débiteur », constate que la requérante correspondait régulièrement avec les autorités polonaises et s'était plainte à de nombreuses reprises de l'absence de versement de la pension (§ 65).

La Cour conclut donc, à l'unanimité, que les autorités françaises n'ont pas déployé les efforts suffisants pour assister la requérante dans l'exécution du jugement et le recouvrement de ses créances alimentaires, et que l'article 6 § 1 de la Convention a donc été violé.

Au titre de la satisfaction équitable, la Cour dit que la France doit verser à la requérante quatre mille cinq cents euros au titre du préjudice moral.

7. Protection de la propriété (article premier du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)

Dans l'arrêt **Sud Est Réalisations c/ France**, requête n° 6722/05, rendu le 2 décembre 2010, la Cour conclut, à l'unanimité, à la violation de l'article premier du Protocole additionnel n° 1 à la Convention.

Faits :

La requérante est une SARL qui exerce une activité de marchand de biens. Par un jugement en date du 19 novembre 1992, elle a acquis une propriété agricole aux enchères publiques. Ce jugement d'adjudication était revêtu de la formule exécutoire et ordonnait aux possesseurs ou détenteurs du bien de le délaisser au profit de l'adjudicataire, sous peine d'y être contraints. Malgré une mise en demeure, les anciens propriétaires refusèrent de quitter les lieux.

Ayant constaté qu'il y avait occupation abusive des lieux, le tribunal de grande instance fixa une indemnité d'occupation mensuelle au profit de la requérante, mais ce jugement demeura également inexécuté. Un commandement de quitter les lieux fut délivré aux anciens propriétaires, mais il resta sans suite. Le propriétaire étant réputé agressif et dangereux, l'huissier de justice saisit le procureur de la République d'une demande d'assistance de la force publique pour procéder à une tentative d'expulsion. La demande fut transmise au préfet, mais aucune suite n'y fut donnée. Malgré des demandes répétées en ce sens, le concours de la force publique ne fut jamais octroyé. Pour justifier de ce refus, le préfet faisait valoir que l'expulsion entraînerait des risques de troubles graves à l'ordre public, dans la mesure où l'ancien propriétaire avait toujours prétendu qu'il se défendrait par les armes.

En 1994, la société requérante vendit une grande partie des terrains litigieux et, en 1997, elle conclut une vente pour la partie subsistante. Mais cette vente devint caduque faute de libération des lieux. Les nouvelles demandes d'octroi de la force publique restèrent sans effet.

En 1994, la requérante engagea un recours devant les juridictions administratives afin que l'État soit condamné à lui payer des indemnités en réparation de son préjudice. Les indemnités accordées par le tribunal administratif et par la cour d'appel administrative étant bien moindres que les sommes demandées par la requérante, cette dernière se pourvut en cassation devant le Conseil d'État. Par un arrêt du 22 septembre 2006, son pourvoi fut rejeté. Parallèlement, la requérante avait saisi le juge des référés d'une demande visant à enjoindre sous astreinte au préfet de lui accorder le concours de la force publique. La requête fut rejetée, le juge des référés du Conseil d'État confirma ce rejet.

Griefs :

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, la société requérante invoquait l'article premier du Protocole additionnel n° 1 à la Convention, se plaignant d'avoir été privée de ses droits sur sa propriété en raison du défaut d'octroi de la force publique depuis plus de seize ans.

Elle invoquait également l'article 6 § 1 de la Convention en raison d'un défaut d'équité de la procédure au fond devant la cour administrative de Marseille et le Conseil d'État, du fait de la non-communication avant l'audience des conclusions du commissaire du gouvernement. Enfin, elle se plaignait de la durée de la procédure, qu'elle estimait déraisonnable.

Décision :

Sur la recevabilité :

Le gouvernement français estimait que la requête était irrecevable. Selon lui, le grief tiré de l'absence d'exécution d'un jugement ordonnant l'expulsion des époux ne pouvait prospérer dans la mesure où un tel jugement n'existait pas, puisque le jugement d'adjudication n'avait jamais prononcé expressément l'expulsion des époux.

La Cour ne suit pas ce raisonnement. Elle rappelle qu'il appartient en premier lieu aux juridictions internes d'apprécier les faits et d'appliquer le droit interne. Or, elle relève que le jugement d'adjudication du 19 novembre 1992 comportait, dans son dispositif, la formule suivante : « *à tous détenteurs ou possesseurs de délaisser les biens dont s'agit [...] sous peine d'y être contraints par voie d'expulsion [...]* ». En outre, elle note que les juridictions internes ont, pour leur part, estimé que ce jugement constituait effectivement un titre exécutoire permettant de demander le concours de la force publique pour l'expulsion.

Par conséquent, la Cour rejette cette exception d'irrecevabilité.

Le gouvernement soutenait enfin que la société requérante n'avait pas épuisé les voies de recours internes. La Cour relève que la société requérante a fait usage de tous les recours qui lui étaient ouverts devant les juridictions administratives pour remédier à la situation qui lui faisait grief. La requête en référé qu'elle a formée visait à obtenir une ordonnance enjoignant au préfet sous astreinte d'accorder le concours de la force publique, tandis que le recours au fond avait pour but de faire reconnaître la responsabilité de l'État et d'obtenir une indemnisation de son préjudice. Enfin, la requérante avait soulevé devant le Conseil d'État les griefs tirés d'une violation des articles 6 § 1 de la Convention et premier du Protocole additionnel n° 1 à la Convention. Au regard de ces éléments, la Cour rejette également cette exception et déclare la requête recevable.

Sur le fond :

- Sur l'article premier du Protocole additionnel n° 1 à la Convention :

La société requérante estime que l'ingérence qu'elle a subie constituait une privation absolue de son droit de propriété, dans la mesure où, sur la parcelle dont la vente a été annulée faute de libération des lieux, elle ne dispose nullement de son bien, qu'elle ne peut ni vendre ni louer.

La Cour se réfère aux décisions sur la recevabilité qu'elle a rendues dans les affaires **Matheus c/ France**, 18 mai 2004, requête n° 62740/00, **R.P. c/ France**, 3 juillet 2007, requête n° 10271/02, **Barret et Sirjean c/ France**, 3 juillet 2007, requête n° 13829/03, et **Fernandez c/ France**, 3 juillet 2007, requête n° 28440/05, et estime qu'en l'espèce le refus de concours de la force publique ne découlait pas de l'application d'une politique sociale et économique particulière, mais provenait d'un refus des autorités locales de prêter main-forte à la requérante pour lui permettre de libérer ses terres, et ce, pendant un laps de temps très long.

Elle relève ensuite que les motifs avancés par les autorités internes pour refuser le concours de la force publique étaient de deux ordres : d'une part, ils visaient à éviter des troubles à l'ordre public, d'autre part, les autorités ont également mis en avant des considérations d'ordre social.

Sur les motifs tirés des troubles à l'ordre public, les juges européens relèvent qu'à de nombreuses reprises le préfet et le sous-préfet ont fait valoir que l'expulsion des époux C. provoquerait des troubles graves à l'ordre public, M. C. ayant fait savoir qu'il se défendrait par les armes. Des éléments du dossier tels que la lettre de l'huissier corroboraient d'ailleurs ce risque. Or, à la différence de l'affaire **Matheus**, où les juridictions administratives avaient considéré que l'administration avait commis une faute en refusant le concours de la force publique, tel ne fut pas le cas en l'espèce. Ils admettent que, dans le cadre de la marge d'appréciation dont les autorités internes jouissent, elles ont pu estimer que les nécessités de l'ordre public imposaient de différer le concours de la force publique. Toutefois, si, dans de nombreuses affaires, la Cour a considéré « *qu'un sursis à l'exécution d'une décision de justice pendant le temps strictement nécessaire pour trouver une solution satisfaisante aux problèmes d'ordre public peut se justifier dans des circonstances exceptionnelles, [...] un laps de temps de plus de seize ans ne correspond pas à la notion de temps strictement nécessaire* » (§ 55).

S'agissant ensuite des motivations d'ordre social, celles-ci furent soulevées par l'administration devant les juridictions et reposaient sur le fait que les époux C. ne disposaient pas de solution de logement, qu'ils étaient dans une situation sociale et financière très difficile et que l'épouse avait de graves problèmes de santé. Ces affirmations furent considérées établies par la cour administrative d'appel et par le juge des référés du Conseil d'État. La Cour estime toutefois que ces considérations, « *aussi louables fussent-elles en leur temps [...], ne sauraient justifier une aussi longue période d'occupation sans titre. [...] Le temps écoulé aurait dû permettre de trouver une solution au logement des époux C. [...] Or, la Cour constate qu'il ne ressort pas du dossier que les autorités aient fait tout ce qui était en leur pouvoir afin de trouver une solution de logement satisfaisante pour les occupants et de sauvegarder ainsi les intérêts patrimoniaux de la requérante. La Cour relève en outre que les autorités internes n'ont pas contesté l'argument de la requérante selon laquelle M. C. disposait, pour se reloger, d'une maison en indivision proche de l'habitation qu'il occupait illégalement, et que le gouvernement ne s'est pas davantage expliqué sur ce point* » (§ 57).

Par conséquent, la Cour estime que si les motifs avancés par les autorités françaises revêtaient un caractère sérieux pouvant différer la mise en œuvre de l'expulsion pendant un laps de temps raisonnable, ils n'étaient pas suffisants pour justifier le refus de concours de la force publique pendant une aussi longue période. En outre, elle considère que les indemnités versées dans le cadre de l'action en responsabilité sans faute de l'État n'étaient pas de nature à compenser l'inaction des autorités. Elle souligne que « *force est de constater que le refus prolongé d'apporter le concours de la force publique en l'espèce a eu pour conséquence, en l'absence de toute justification d'intérêt général, d'aboutir à une sorte d'expropriation privée dont l'occupant illégal s'est retrouvé bénéficiaire. Cette situation renvoie au risque de dérive - en l'absence d'un système d'exécution efficace -, rappelé dans la Recommandation du Comité des ministres en matière d'exécution des décisions de justice, d'aboutir à une forme de "justice privée" contraire à la prééminence du droit* » (§ 60).

À l'unanimité, la Cour conclut à la violation de l'article premier du Protocole additionnel n° 1.

- Sur le grief tiré d'une violation de l'article 6 § 1 de la Convention :

Concernant l'absence de communication avant l'audience des conclusions du commissaire du gouvernement, la Cour rappelle que la requérante ne saurait tirer du droit à l'égalité des armes, reconnu par l'article 6 § 1 de la Convention, celui de se voir communiquer avant l'audience lesdites conclusions. En effet, celles-ci étant présentées pour la première fois oralement à l'audience publique de jugement de l'affaire, elles ne sont pas davantage transmises à l'autre partie à l'instance, ni au rapporteur ni aux juges de la formation de jugement avant l'audience. Par conséquent, aucun manquement à l'égalité des armes n'est établi et la Cour rejette ce grief.

S'agissant du grief tiré de la durée de la procédure, la Cour rappelle que, depuis le 1^{er} janvier 2003, tous les recours introduits devant elle sur ce fondement doivent avoir été préalablement soumis aux juridictions internes dans le cadre d'un recours en responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du service public de la justice. En l'espèce, la requête a été introduite le 19 janvier 2005 sans que ce recours ait été formé. Ce grief est donc rejeté pour non-épuisement des voies de recours.

Au titre de la satisfaction équitable, la Cour dit que l'État doit verser à la requérante trois mille euros pour dommage moral et huit mille cinq cent quatre-vingt huit euros pour frais et dépens.

8. Protection de la propriété (article premier du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)

Dans l'arrêt **Tunnel Report Limited c/ France**, requête n° 27940/07, rendu le 18 novembre 2010, la Cour conclut, à l'unanimité, à la non-violation de l'article premier du Protocole additionnel n° 1 à la Convention et à la non-violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Faits :

La requérante, *Tunnel Report Limited*, est une société de droit britannique enregistrée à Farnborough (Royaume-Uni). Elle a été créée par le président d'une autre société, *Combined Transport Limited* (CTL), et un cadre supérieur de cette entreprise, dans l'unique but de poursuivre la procédure entamée par cette dernière contre l'État français devant la juridiction administrative. Elle déclara donc venir aux droits de CTL, dont l'objet social était l'organisation du ferroutage (transport combiné rail-route) entre le Royaume-Uni et le continent, via le tunnel sous la Manche.

En 2001, la Société nationale des chemins de fer français (SNCF) réduisit le trafic ferroviaire via le tunnel, invoquant un cas de force majeure : les problèmes de sécurité créés par des immigrants clandestins retenus au centre de Sangatte, qui tentaient en nombre de monter à bord des trains de fret pour rejoindre le Royaume-Uni. Lorsque le trafic ferroviaire put reprendre normalement, après la mise en place de mesures de sécurité par les autorités françaises, la situation financière de CTL s'était dégradée dramatiquement, aboutissant à sa liquidation.

En avril 2002, la CTL saisit le préfet du Pas-de-Calais d'une demande d'indemnisation de son préjudice financier, mais sa demande fut refusée. Elle contesta cette décision devant le tribunal administratif, mais sa requête fut rejetée. La société requérante, ayant acquis du liquidateur amiable de CTL la créance de réparation de cette société sur l'État, interjeta appel devant la cour administrative d'appel, en vain. La juridiction d'appel considéra en effet que « *l'État avait pris des mesures de sécurité appropriées en déployant sur le terrain [...] plusieurs centaines d'agents relevant de la police ou des armées afin de prévenir les troubles à l'ordre public, ainsi que pour assurer le contrôle et la sécurité des biens et des personnes [...]* ». Elle ajouta par ailleurs que, « *si ces contrôles avaient inévitablement eu pour effet de provoquer des retards, la mesure consistant à réduire de manière significative le nombre de trains autorisés à emprunter le lien fixe transmanche n'apparaissait pas avoir été imposée par l'État, résulter d'une carence dans l'exercice des pouvoirs de police par ce dernier ou avoir été rendue inéluctable du fait de l'exercice de ces mêmes pouvoirs* ». Enfin, elle considéra que « *l'État ne saurait être tenu pour responsable au titre de crimes ou de délits déterminés, commis par des attroupements ou rassemblements précisément identifiés* ».

La société requérante forma un pourvoi devant le Conseil d'État en invoquant une violation de l'article premier du Protocole additionnel n° 1 à la Convention, mais son pourvoi fut déclaré non admis.

Griefs :

Devant la Cour de Strasbourg, la société requérante soutient que les autorités françaises n'ont pas pris les mesures nécessaires pour protéger le droit au respect de ses biens. Elle invoque l'article premier du Protocole additionnel n° 1 à la Convention.

Invoquant enfin l'article 6 § 1 de la Convention, elle se plaint également de l'iniquité de la procédure devant le Conseil d'État.

Décision :

Sur la recevabilité :

Le gouvernement contestait la qualité de victime de la société requérante, estimant que celle-ci ne pouvait se prévaloir ni d'un préjudice direct et personnel ni même d'un préjudice indirect. Il rappelle que la société requérante ne relève pas du domaine d'activité concerné par ce préjudice et soutient qu'elle ne saurait subir de préjudice par ricochet du rachat d'actifs d'une société en faillite.

La Cour donne une interprétation extensive de la notion de victime. Elle rappelle que, dans son arrêt **Stukus et autres c/ Pologne**⁹, elle avait ainsi jugé que « *pour qu'un requérant puisse se prétendre victime d'une violation de la Convention, il doit exister un lien suffisamment direct entre la requérante et la violation alléguée [...]. La notion de « victime » est interprétée de façon autonome et indépendante des règles de droit interne telles que l'intérêt à agir ou la qualité pour agir [...]. Cette notion n'implique pas l'existence d'un préjudice* ». Elle estime que lorsqu'une société commerciale est directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux, la saisine se fait par les organes dirigeants de cette société ou par ses liquidateurs, sauf circonstances exceptionnelles. Par conséquent, la requérante peut se prétendre victime et le grief n'est pas manifestement mal fondé.

Sur le fond :

- Sur la violation alléguée de l'article premier du Protocole additionnel n° 1 :

À titre liminaire, la Cour rappelle que l'article premier du Protocole n° 1 a pour objectif de prémunir l'individu contre toute atteinte de l'État au respect de ses biens, ce qui implique, pour l'État, des obligations positives et d'adopter les mesures nécessaires à la protection du droit de propriété. Le terme de « droits de propriété » inclut les biens corporels et certains droits et intérêts constituant des actifs.

⁹ CEDH, *Stukus et autres c/ Pologne*, 1^{er} avril 2008, requête n° 12534/03.

Elle expose ensuite qu'une « *atteinte au respect des biens ou une abstention d'agir doivent ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu* » (§ 37). Elle précise qu'il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure appliquée par l'État. Tout en reconnaissant que l'État dispose d'une certaine marge d'appréciation, il incombe aux juges européens de vérifier que l'individu n'a pas dû supporter une charge disproportionnée et excessive. Pour cela, ils examinent les divers intérêts en jeu et recherchent la réalité de la situation litigieuse, tout en prenant en compte l'incertitude législative, administrative ou pratique pour apprécier le comportement de l'État.

La Cour constate la dégradation des conditions de sécurité et d'ordre public pendant plus de deux ans et estime que cette situation n'a pas pu échapper à la responsabilité de l'État. Elle écarte la possibilité, avancée par le gouvernement pour dispenser l'État d'assurer la sécurité du tunnel sous la Manche, de retenir l'implication du centre de la Croix-Rouge, qui avait fermé et dans lequel se trouvaient tous les migrants. La Cour considère par ailleurs que les exploitants ont assumé leur responsabilité et ont tenté de sécuriser le tunnel par un renforcement des dispositifs de contrôle de surveillance des accès et clôture, mais elle réalise que l'ampleur de la situation dépassait la cadre de leur compétence et nécessitait l'intervention de l'État. Enfin, la Cour reconnaît que le contexte difficile lié à l'immigration clandestine a eu un réel impact sur le trafic dans le tunnel sous la Manche, lequel a connu un véritable ralentissement.

En l'espèce, la société requérante était liée par contrat à ces sociétés et à la compagnie de chemins de fer, dont les wagons passaient par le tunnel, sans alternative. La Cour en déduit que la société *Combined Transport Limited* était directement affectée par les mesures de restriction du trafic. Cependant, elle relève que ce constat ne saurait suffire à établir un lien de causalité entre le préjudice subi par CTL et sa liquidation. Elle estime en effet que si le niveau d'incursions est resté très fort entre novembre 2001 et août 2002, « *aucun élément ne vient corroborer l'imputabilité de l'État français d'une réduction d'activité de cette ampleur* » (deux tiers par rapport au volume prévu) (§ 45).

Enfin, la Cour note la réaction tardive des autorités françaises et la présence intermittente des forces de l'ordre, mais, selon elle, « *aucun élément ne révèle le caractère durable et l'ampleur des perturbations subies du fait de l'État. Au contraire, les sociétés exploitantes du tunnel, adversaires de l'État français dans le litige arbitral, ont elles-mêmes relevé que la réaction des gouvernements en mai 2002 avait été, selon les termes de la sentence, rapide et efficace* » (§ 46).

La Cour en conclut qu'il n'est donc pas établi, « *dans les circonstances de l'espèce, que l'État aurait manqué à son obligation d'assurer à CTL la jouissance effective de son droit de propriété en s'abstenant de prendre les mesures nécessaires dans la situation litigieuse décrite* » (§ 47). À l'unanimité, elle conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article premier du Protocole additionnel n° 1 à la Convention.

•
- Sur la violation alléguée de l'article 6 § 1 de la Convention :

Compte tenu de l'ensemble des éléments en sa possession, et dans la mesure où elle était compétente pour connaître des allégations formulées, la Cour n'a relevé aucune apparence de violation des dispositions de l'article 6 § 1 et rejette donc ce grief.

Cour de cassation

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

ARRÊT DU 7 JANVIER 2011 RENDU PAR L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Communiqué	Page 21
Titre et sommaire	Page 22
Arrêt	Page 23
Rapport	Page 25
Avis	Page 43

Communiqué

Dans un arrêt rendu le 7 janvier 2011 (pourvois n° 09-14.316 et n° 09-14.667), l'assemblée plénière de la Cour de cassation réaffirme qu'une juridiction civile ne peut fonder sa décision sur des enregistrements de conversations téléphoniques opérés à l'insu de l'auteur des propos.

Cette affaire concernait la procédure autonome suivie devant l'Autorité de la concurrence, à laquelle les dispositions du code de procédure civile et du code de commerce sont applicables, mais qui peut aboutir au prononcé de sanctions pécuniaires dont la nature les rapproche de sanctions pénales.

De façon constante, les chambres civiles de la Cour de cassation, se fondant sur l'article 9 du code de procédure civile et les articles 6 ou 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, prohibent l'utilisation, à titre de preuve, d'enregistrements de conversations téléphoniques ou vidéos faits à l'insu de leurs auteurs, en raison de leur caractère déloyal.

La cour d'appel de Paris estimait cependant que la procédure suivie en matière de concurrence dérogeait à cette règle et appliquait, en ce domaine, la jurisprudence de la chambre criminelle, qui, se fondant sur les dispositions de l'article 427 du code de procédure pénale, juge que, dès lors qu'ils ne sont pas produits par des agents investis de la force publique, les moyens de preuve produits par les parties ne peuvent être écartés des débats au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; il appartient seulement aux juges d'en apprécier la force probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire.

Un distributeur, s'estimant victime de pratiques anticoncurrentielles de la part de fournisseurs et de distributeurs de produits d'électronique grand public, avait saisi l'Autorité de la concurrence. Par une décision du 5 décembre 2005, l'Autorité a dit établi que les sociétés mises en cause avaient commis une entente prohibée avec leurs distributeurs, relative à l'application de prix conseillés sur un certain nombre de ces produits. Afin d'établir la matérialité des faits reprochés aux fournisseurs, l'Autorité de la concurrence s'est fondée sur des enregistrements de communications téléphoniques réalisés par le plaignant, à l'insu des personnes enregistrées. Elle a infligé en conséquence une amende de 16 millions d'euros à l'encontre de chaque société.

Les sociétés condamnées ont contesté cette sanction. La cour d'appel de Paris a rejeté leurs recours le 19 juin 2007, estimant qu'en l'absence de texte réglementant la production de preuves par les parties à l'occasion de procédures suivies devant l'Autorité de la concurrence, celle-ci, qui bénéficie d'une autonomie procédurale tant à l'égard du droit judiciaire privé national qu'à l'égard du droit communautaire, avait retenu à bon droit que les enregistrements de communications téléphoniques, produits par la partie plaignante et non par les enquêteurs ou le rapporteur, ne pouvaient être écartés au seul motif qu'ils avaient été obtenus de façon déloyale. Ils étaient donc recevables dès lors qu'ils avaient été soumis à la contradiction, le juge en appréciant la valeur probante.

Cette décision a été cassée par un arrêt du 3 juin 2008 de la chambre commerciale de la Cour de cassation, au visa de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, au motif que « l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ».

L'affaire a alors été renvoyée devant la cour d'appel de Paris, autrement composée, qui, par un arrêt du 29 avril 2009, a rendu une décision identique à son premier arrêt, rejetant les recours des sociétés condamnées.

Saisie d'un nouveau pourvoi, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 7 janvier 2011, a cassé l'arrêt de la cour d'appel.

Visant les articles 9 du code de procédure civile et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais aussi le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, l'assemblée plénière a affirmé que « sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de

procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence [et] que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ».

En statuant ainsi, la plus haute formation de la Cour de cassation marque son attachement au principe de la loyauté, qui participe pleinement à la réalisation du droit fondamental de toute partie à un procès équitable et s'applique en tout domaine, y compris en droit de la concurrence. Si les enjeux économiques ne doivent pas être ignorés du juge, ils ne peuvent cependant le détourner de l'obligation de statuer suivant les principes fondamentaux qui fondent la légitimité de son action.

En rappelant que les règles générales du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence, sauf dispositions expresses contraires du code de commerce, l'assemblée plénière de la Cour de cassation clarifie ainsi la nature du recours formé contre les décisions de celle-ci. En fondant la cassation sur le visa de l'article 9 du code de procédure civile, elle affirme aussi sans ambiguïté son attachement au maintien de la jurisprudence de la chambre criminelle tenant compte de la spécificité de la procédure pénale.

1^o Concurrence

Autorité de la concurrence. - Procédure. - Textes applicables. - Code de procédure civile. - Limite. - Disposition expresse contraire du code de commerce.

2^o Preuve

Règles générales. - Moyen de preuve. - Administration. - Principe de loyauté. - Applications diverses. - Enregistrement d'une communication téléphonique à l'insu de l'auteur des propos tenus. - Irrecevabilité.

1^o Sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence.

Dès lors, viole la loi la cour d'appel de Paris qui, pour rejeter le recours formé contre une décision du Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) ayant prononcé une sanction pour entente contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, retient que les dispositions du code de procédure civile ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui exerce des poursuites à des fins répressives, le conduisant à prononcer des sanctions punitives.

2^o Il résulte des articles 9 du code de procédure civile, 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve que l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve.

Dès lors, une société ayant saisi le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) de pratiques qu'elle estimait anticoncurrentielles, en produisant des cassettes contenant des enregistrements téléphoniques mettant en cause deux fournisseurs qui ont demandé la mise à l'écart de ces enregistrements au motif qu'ils avaient été obtenus de façon déloyale, et le Conseil de la concurrence ayant dit établi que ces deux fournisseurs avaient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce en mettant en œuvre avec leurs distributeurs une entente relative à l'application de prix conseillés et prononcé une sanction pécuniaire à leur encontre, la cour d'appel ne peut, sans violer les textes et le principe précités, rejeter les recours formés par ces deux fournisseurs contre cette décision du Conseil en retenant que si les enregistrements opérés ont constitué un procédé déloyal à l'égard de ceux dont les propos ont été insidieusement captés, ils ne doivent être écartés du débat que seulement s'il est avéré que la production de ces éléments a concrètement porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe de la contradiction et aux droits de la défense de ceux auxquels ils sont opposés.

ARRÊT

La cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, a rendu l'arrêt suivant :

I. - Sur le pourvoi n° 09-14.316, formé par la société Philips France, dont le siège est 33, rue de Verdun, 92150 Suresnes, contre l'arrêt (RG n° 2008 11907) rendu le 29 avril 2009 par la cour d'appel de Paris (1^{re} chambre, section H), dans le litige l'opposant :

1° au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, 59, boulevard Vincent Auriol, 75013 Paris ;

2° au président de l'Autorité de la concurrence, 11, rue de l'Echelle, 75001 Paris ;

3° à la société Avantage Enseigne TVHA, société à responsabilité limitée, dont le siège est 24, rue du Docteur Mazet, 38000 Grenoble ;

4° à M. Joseph X..., domicilié (...) (aide juridictionnelle totale, décision du bureau d'aide juridictionnelle près la Cour de cassation du 11 août 2009) ;

5° à l'association FO consommateurs, dont le siège est 141, avenue du Maine, 75014 Paris ;

6° au procureur général près la cour d'appel de Paris, 4, boulevard du Palais, 75001 Paris ;

7° à la société Sony France, société anonyme, dont le siège est 20-26, rue Morel, 92110 Clichy-la-Garenne, défendeurs à la cassation.

II. - Sur le pourvoi n° 09-14.667, formé par la société Sony France, contre le même arrêt rendu dans le litige l'opposant :

1° au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi ;

2° au président de l'Autorité de la concurrence,

défendeurs à la cassation.

La société Philips France, demanderesse au pourvoi n° 09-14.316, et la société Sony France, demanderesse au pourvoi n° 09-14.667, se sont pourvues en cassation contre un arrêt rendu le 19 juin 2007 par la cour d'appel de Paris (1^{re} chambre, section H) ;

La chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a ordonné la jonction des deux pourvois et cassé, le 3 juin 2008, l'arrêt rendu le 19 juin 2007 ;

La cause et les parties ont été renvoyées devant la cour d'appel de Paris autrement composée, qui a statué, par arrêt du 29 avril 2009, dans le même sens que l'arrêt du 19 juin 2007, par des motifs qui sont en opposition avec la doctrine de l'arrêt de cassation ;

Deux pourvois ayant été formés contre l'arrêt rendu le 29 avril 2009, le premier président, par deux ordonnances en date du 24 février 2010, a renvoyé la cause et les parties devant l'assemblée plénière ;

La demanderesse au pourvoi n° 09-14.316 invoque, devant l'assemblée plénière, 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 la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat de la société Philips France ;

La demanderesse au pourvoi n° 09-14.667 invoque, devant l'assemblée plénière, 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 la SCP Thomas-Raquin et Benabent, avocat de la société Sony France ;

Des observations complémentaires en demande ont été déposées, pour la société Sony France, par la SCP Hémary et Thomas-Raquin ;

Des observations et des observations complémentaires en défense ont été déposées dans les deux pourvois par la SCP Baraduc et Duhamel, avocat de l'Autorité de la concurrence ;

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

(...)

Sur le rapport de M. Bargue, conseiller, assisté de M. Barbier, greffier en chef au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SCP Célice, Blancpain et Soltner, la SCP Hémary et Thomas-Raquin, la SCP Baraduc et Duhamel, l'avis de Mme Petit, premier avocat général, tendant au rejet du pourvoi, auquel, parmi les parties invitées à le faire, la SCP Célice, Blancpain et Soltner a répliqué, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Donne acte à la société Philips France du désistement partiel de son pourvoi à l'égard de la société Avantage-TVHA, de M. X..., de l'association FO consommateurs et de la société Sony France ;

Joint les pourvois n° 09-14.316 et n° 09-14.667, qui sont connexes ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, du pourvoi formé par la société Sony et le premier moyen, pris en ses première et deuxième branches, du pourvoi formé par la société Philips, réunis :

Vu l'article 9 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ;

Attendu que, sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence ; que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, 3 juin 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 112), que la société Avantage-TVHA a saisi le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence), de pratiques qu'elle estimait anticoncurrentielles sur le marché des produits d'électronique grand public, en produisant des cassettes contenant des enregistrements téléphoniques mettant en cause les sociétés Philips France et Sony France ; que ces sociétés ont demandé au Conseil de la concurrence d'écarter ces enregistrements au motif qu'ils avaient été obtenus de façon déloyale ;

Attendu que, pour rejeter leur recours formé contre la décision du Conseil de la concurrence qui a prononcé une sanction pécuniaire à leur encontre, l'arrêt retient que les dispositions du code de procédure civile, qui ont essentiellement pour objet de définir les conditions dans lesquelles une partie peut obtenir du juge une décision sur le bien-fondé d'une prétention dirigée contre une autre partie et reposant sur la reconnaissance d'un droit subjectif, ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui, dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerce des poursuites à fins répressives, le conduisant à prononcer des sanctions punitives ; qu'il retient encore que, devant le Conseil de la concurrence, l'admissibilité d'un élément de preuve recueilli dans des conditions contestées doit s'apprécier au regard des fins poursuivies, de la situation particulière et des droits des parties auxquelles cet élément de preuve est opposé ; qu'il ajoute enfin que si les enregistrements opérés ont constitué un procédé déloyal à l'égard de ceux dont les propos ont été insidieusement captés, ils ne doivent pas pour autant être écartés du débat et ainsi privés de toute vertu probante par la seule application d'un principe énoncé abstraitement, mais seulement s'il est avéré que la production de ces éléments a concrètement porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe de la contradiction et aux droits de la défense de ceux auxquels ils sont opposés ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes et le principe susvisés ;

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

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 29 avril 2009, 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 (...).

Ass. plén. - 7 janvier 2011.
CASSATION

N° 09-14.316 et 09-14.667. - CA Paris, 29 avril 2009.

M. Lamanda, P. Pt. - M. Bargue, Rap., assisté de M. Barbier, greffier en chef. - Mme Petit, P. Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, la SCP Hémeury et Thomas-Raquin, la SCP Baraduc et Duhamel, Av.

Rapport de M. Bargue

Conseiller rapporteur

Rappel des faits et de la procédure :

La société Avantage-TVHA, distributeur local situé à Grenoble, ayant pour objet social la vente de produits électroniques grand public dits « produits bruns », comprenant les téléviseurs, les produits vidéo, les produits haute fidélité et les produits audio, a saisi le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence, de pratiques qu'elle estimait anticoncurrentielles et qui auraient été mises en œuvre par les principaux fabricants et par des grossistes pour entraver sa politique de « prix cassés ». Au soutien de sa saisine, la société Avantage a remis au Conseil de la concurrence onze cassettes contenant des enregistrements de conversations que son responsable, M. X..., avait tenues, à l'insu des fabricants, avec les représentants des fournisseurs ou de grossistes avec lesquels il était entré en relation. Ces cassettes étaient accompagnées de leur transcription sur support papier. Ainsi que le révélait la discontinuité dans leur numérotation, sept autres cassettes n'ont pas été remises au Conseil, pour un motif ignoré. Par décision du 5 décembre 2005, le Conseil de la concurrence a dit établi que plusieurs sociétés, notamment les sociétés Philips France (la société Philips) et Sony France (la société Sony), avaient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce en mettant en œuvre avec leurs distributeurs, de novembre 1997 à fin 1998, une entente relative à l'application de prix conseillés sur un certain nombre de « produits bruns » et a prononcé à l'encontre de chacune de ces deux sociétés une sanction pécuniaire de 16 millions d'euros.

La cour d'appel de Paris a, par arrêt du 19 juin 2007, rejeté le recours formé contre cette décision par les fabricants. Cet arrêt ayant été cassé par la Cour de cassation (chambre commerciale, 3 juin 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 112), la cour d'appel de Paris, saisie sur renvoi, a de nouveau rejeté les recours par arrêt du 29 avril 2009.

C'est l'arrêt attaqué par deux pourvois formés par la société Philips le 15 mai 2009 et par la société Sony le 28 mai 2009.

L'examen de ces pourvois, chacun articulé en trois moyens, sera divisé en trois parties.

La première partie sera consacrée au premier moyen de chacun des deux pourvois, ayant pour objet la question de la loyauté de l'obtention des preuves, justifiant le renvoi en assemblée plénière par suite de la résistance de la cour d'appel de Paris.

Dans les deuxième et troisième parties sont regroupées les questions relatives, d'abord, à la caractérisation de l'entente (deuxième moyen de chaque pourvoi), enfin, à la justification des sanctions prononcées (troisième moyen de chaque pourvoi).

PREMIÈRE PARTIE

L'obligation de loyauté dans l'administration de la preuve

1.1. Analyse du premier moyen de chacun des deux pourvois

Première branche du premier moyen des deux pourvois :

Il est reproché à la cour d'appel une violation des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14 du Pacte international des droits civils et politiques, ensemble le principe de la loyauté qui doit présider à l'obtention des preuves, l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de son interlocuteur constituant un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve devant le Conseil de la concurrence, peu important que les propos enregistrés aient été tenus par une personne distincte de celle à laquelle ils sont opposés.

Deuxième branche du premier moyen du pourvoi de la société Philips :

La cour d'appel aurait violé les mêmes textes et le même principe en jugeant que la production aux débats d'enregistrements de conversations téléphoniques réalisés par le plaignant à l'insu de ses interlocuteurs n'était pas disproportionnée aux fins poursuivies par le droit de la régulation économique, au motif inopérant que les pratiques anticoncurrentielles caractérisent des « manœuvres déloyales de partenaires économiques puissants connaissant bien les lois du marché » et « présentent le plus souvent un caractère occulte », quand seul un impératif tenant à la nécessité pour le plaignant de se défendre de fausses accusations dirigées à son encontre aurait pu exceptionnellement justifier l'admission d'éléments obtenus dans de telles conditions.

Deuxième branche du premier moyen du pourvoi de la société Sony :

Nul ne peut être mis en accusation sans avoir été préalablement entendu ou dûment appelé ; si la procédure devant le Conseil de la concurrence est assimilable à une procédure répressive, nul ne peut alors recevoir de notification de griefs sans avoir été préalablement entendu ou appelé, de sorte que la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard du principe précité et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en ne recherchant pas, comme l'y invitait la société Sony, si celle-ci, au stade de l'enquête ou au stade de l'instruction, avant de recevoir l'acte d'accusation que constitue la notification des griefs, avait été mise régulièrement en accusation.

Troisième branche du pourvoi de la société Philips :

Les droits de la défense et le principe de l'égalité des armes commandent d'écarter des débats les enregistrements de conversations privées réalisés par le plaignant à l'insu de ses interlocuteurs lorsque le juge n'est pas mis en mesure de s'assurer que les supports versés aux débats comprennent bien l'intégralité des propos qui ont été enregistrés dans leurs éléments à charge et à décharge. Après avoir relevé, par motifs adoptés, que le gérant de la société Avantage avait produit onze cassettes portant des numéros discontinus et qu'il n'était pas exclu que M. X... ait procédé à d'autres enregistrements sur des cassettes non versées au dossier, la cour d'appel a décidé que les enregistrements produits devaient être maintenus au dossier, aux motifs adoptés que « *l'entreprise plaignante a le choix des éléments de preuve qu'elle entend présenter à l'appui de sa saisine* » et « *qu'aucun élément ne permet de vérifier l'hypothèse selon laquelle les représentants des sociétés mises en cause auraient tenu des propos enregistrés sur les cassette manquantes* ». En statuant ainsi, la cour d'appel aurait violé l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Troisième branche du pourvoi de la société Sony :

Les principes de loyauté des preuves et du droit à la non-incrimination imposent la transcription des questions posées à l'occasion de l'établissement des procès-verbaux d'audition prévus par les articles L. 450-2 et L. 450-3 du code de commerce. En retenant qu'une telle transcription ne s'imposerait pas parce qu'elle ne serait prévue par aucun texte, la cour d'appel aurait violé les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et 14 du Pacte international des droits civils et politiques.

1.2. Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

La question de principe qui nécessite la réunion de l'assemblée plénière est celle posée par le premier moyen de chacun des deux pourvois : la production, par une partie, d'enregistrements de conversations téléphoniques professionnelles opérés à l'insu de l'auteur des propos, pour démontrer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle, peut-elle être déclarée recevable sans enfreindre le principe de loyauté qui doit présider à l'obtention des preuves ? Une obtention de preuves dans de telles conditions n'est-elle pas disproportionnée au but recherché par le droit de la régulation économique et ne devrait-elle pas n'être admissible que pour satisfaire à un impératif pour le plaignant de se défendre de fausses accusations dirigées à son encontre ?

1.2.1. La motivation de l'arrêt attaqué

Pour déclarer recevable la preuve tirée, devant le Conseil de la concurrence, d'enregistrements téléphoniques de conversations professionnelles réalisés par un agent économique à l'insu de ses interlocuteurs, la cour d'appel a considéré d'abord qu'au regard de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme tel qu'éclairé par la jurisprudence de la Cour européenne, chaque partie devait disposer de la faculté non seulement de faire connaître les éléments nécessaires au succès de ses prétentions, mais encore de celle de prendre connaissance et de discuter de toute pièce ou observation présentée au juge.

Elle a ensuite, au regard du droit communautaire, rappelé qu'en l'absence d'une réglementation spécifique de la preuve, tous les moyens de preuve que les droits procéduraux des États membres admettent sont recevables.

La cour d'appel a enfin estimé que les dispositions du code de procédure civile français avaient essentiellement pour objet de définir les conditions dans lesquelles une partie peut obtenir du juge une décision sur le bien-fondé d'une prétention dirigée contre une autre partie et reposaient sur la reconnaissance d'un droit subjectif. Elle en a déduit que ces dispositions ne s'appliquaient pas à la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence dès lors que celle-ci, dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerçait des poursuites à des fins répressives la conduisant à prononcer des sanctions punitives.

De ces principes, la cour d'appel a tiré la conséquence que, devant l'Autorité de la concurrence, l'admissibilité d'un élément de preuve recueilli dans des conditions déloyales ne devait pas pour autant être exclue du débat et privée de toute vertu probante par la seule application d'un principe énoncé abstraitement, mais devait s'apprécier au regard des fins poursuivies, de la situation particulière et des droits des parties auxquelles cet élément était opposé. Elle ajoute que, dans le contexte particulier d'ententes qui présentent le plus souvent un caractère occulte où les victimes sont généralement désarmées et confrontées à la difficulté de fournir des éléments suffisamment probants à l'appui de leur saisine pour caractériser les manœuvres elles-mêmes déloyales de partenaires économiques puissants et connaissant bien les lois du marché, comme en l'espèce, l'utilisation de tels éléments de preuve n'est pas disproportionnée aux fins poursuivies par le droit de la régulation économique. En en faisant application aux faits de la cause, elle a estimé qu'elle devait rechercher si la production des éléments de preuve litigieux avait concrètement porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe du contradictoire et aux droits de la défense.

À l'appui de l'énoncé de ces principes, l'arrêt procède aux constatations de fait suivantes :

- seuls ont été utilisés à charge les enregistrements des conversations entre M. X... et les représentants des sociétés Scie Crel et SNER ;

- aucune des personnes dont les propos ont été recueillis à leur insu et qui ont été invitées, lors de l'instruction, à s'expliquer n'a protesté contre la déloyauté du procédé, ni émis de doute sur l'authenticité des enregistrements, ni contesté la teneur des entretiens, ni renié ses propos, ni même insinué qu'elle en aurait tenu d'autres si elle avait su qu'elle était enregistrée. Toutes les ont au contraire confirmés, en les explicitant et en apportant des précisions complémentaires ;

- les sujets abordés ont été strictement professionnels, à l'exclusion de toute allusion touchant à l'intimité de la vie privée.

1.2.2. Les critiques formées de ces chefs par les demanderesse aux pourvois

Les mémoires en demande des sociétés Sony et Philips soutiennent principalement, en ce qui concerne le principe de loyauté, que :

- le principe de la liberté de la preuve invoqué par la cour d'appel s'oppose seulement au système de la preuve légale, qui confie au législateur le soin d'apprécier la valeur respective des preuves. La liberté de la preuve signifie que celle-ci peut être rapportée par tous moyens, mais non que ces moyens peuvent être déloyaux¹. Il n'y a aucune incompatibilité entre liberté de la preuve et obligation de loyauté. Plus encore, c'est précisément parce que la preuve est libre qu'il faut veiller à sa loyauté ;

- une « application circonstanciée du principe de loyauté » qui commanderait d'en cantonner les destinataires aux seules autorités d'enquête et de poursuite, en contrepois des pouvoirs et des moyens spécifiques d'investigation dont elles disposent, négligerait la signification profonde de ce principe et restreindrait indûment la portée de ce devoir qui s'applique à tous dans un État de droit, parce qu'il relève d'une certaine conception de la morale élémentaire qui doit gouverner le commerce juridique et le procès ;

- contrairement à ce que retient la cour d'appel, la Convention européenne des droits de l'homme, en ses articles 6 et 8, protège le principe fondamental de la loyauté des preuves, et la Cour européenne des droits de l'homme sanctionne des preuves obtenues déloyalement. À cet égard, selon les demanderesse au pourvoi, si la matière de l'administration des preuves relève en principe de la compétence du droit interne, c'est à la condition, d'une part, que les éléments de preuves aient été produits devant l'accusé en audience publique et en vue d'un débat contradictoire² et, d'autre part, que le mode de preuve admis ne soit pas contraire au droit du procès équitable et au droit au respect de la vie privée ;

- si le droit communautaire ne contient pas de dispositions relatives à la preuve, du moins la pratique de la Commission européenne, laquelle est investie de la même mission de défense de l'ordre économique que l'Autorité de la concurrence, révèle l'existence du principe de loyauté des preuves en droit de la concurrence³ ;

- au regard du droit interne, l'autonomie de la procédure devant l'Autorité de la concurrence n'implique pas l'admissibilité des enregistrements sonores obtenus à l'insu de la personne enregistrée, et la finalité punitive du droit de la concurrence ne justifie pas que l'on admette des procédés de preuve déloyaux. L'arrêt attaqué se heurte à la jurisprudence de toutes les chambres de la Cour de cassation, en premier lieu à celle de toutes ses chambres civiles, mais aussi à celle de la chambre criminelle⁴, qui a évolué et n'admet plus que tout enregistrement d'une conversation privée réalisé par la partie civile puisse, par principe, être recevable, mais au contraire pose le principe de l'irrecevabilité, sauf si la partie civile n'a pas eu d'autre choix que de recourir à un tel procédé pour combattre, à des fins défensives, les accusations portées à son égard sur la base d'un faux témoignage ;

- le fait que les personnes enregistrées n'aient pas renié leurs propos et que les enregistrements n'aient pas porté atteinte à l'intimité de leur vie privée n'est pas de nature à justifier l'admissibilité de la production de preuves obtenues de façon déloyale, et, de même, il importe peu que ces enregistrements n'aient pas porté sur les propos des représentants des sociétés poursuivies, mais sur les propos de tiers.

Les demanderesse soutiennent encore qu'à supposer que la procédure devant l'Autorité de la concurrence soit assimilable à une procédure répressive, les personnes accusées devaient alors bénéficier de certaines protections attachées à cette procédure : ces personnes auraient dû, notamment, avant de recevoir une notification de griefs de l'Autorité de la concurrence, avoir été entendues ou dûment appelées. La société Sony souligne, à cet égard, qu'elle n'a été entendue ni avant la notification de griefs, ni par les enquêteurs au stade de l'enquête, ni par le rapporteur au stade de l'instruction.

Les sociétés Sony et Philips font valoir qu'auraient dû, en outre, être écartés des débats les procès-verbaux d'audition de la Sci Crel et de la SNER dès lors qu'ils ne comportaient pas l'indication des questions posées à ces deux grossistes, alors que cette mention est exigée par l'alinéa 2 de l'article 429 du code de procédure pénale, résultant de la loi du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence. La société Sony soutient que la sécurité juridique et l'égalité des armes s'opposent à ce que l'on « s'inspire » de l'article 427 du code de procédure pénale pour ne pas déclarer irrecevables les modes de preuve déloyaux tout en écartant le nouvel alinéa 2 de l'article 429 au nom de l'autonomie de la procédure devant l'Autorité de la concurrence.

Subsidiairement, la société Philips estime que la production de certaines seulement des cassettes enregistrées résulte d'un tri opéré par une partie plaçant son adversaire dans une situation de net désavantage, en violation de l'égalité des armes et des droits de la défense.

1.2.3. Discussion

Si le dictionnaire Robert et le *Vocabulaire juridique* publié sous la direction de Gérard Cornu rappellent à raison qu'étymologiquement le mot « loyauté » vient du latin « *legalis* » et signifie « conforme à la loi », ce n'est pas dans ce sens juridique le plus étroit qu'il occupe aujourd'hui notre délibéré. C'est dans son sens second de « fidèle », « honnête », « probe » qu'il doit être pris, à telle enseigne que nous nous trouvons au contraire confrontés à une absence de dispositions législatives concernant la question qui nous est soumise. Ce n'est pas pour autant que l'approche de cette question n'est pas juridique.

¹ Le professeur F. Terre estime que les parties peuvent choisir librement entre les modes de preuve, mais à la condition « qu'elles les obtiennent et les produisent loyalement » (*Introduction générale au droit civil*, Dalloz, éd. 2003, n° 488).

² CEDH, 15 juin 1992, Lüdi c/ Suisse, série A, n° 238.

³ Commission européenne, 26 octobre 1999, *JOCE*, 14 février 2000, L. 39/1.

⁴ Crim., 31 janvier 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 27 ; Crim., 24 avril 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 108.

Mme Marie-Dominique Hagelsteen, alors présidente du Conseil de la concurrence, a proposé comme définition de la loyauté le « *fait d'adopter un comportement ou des règles sur lesquelles autrui puisse fonder ses précisions* », ce dont « *il apparaît alors clair que le respect du principe de loyauté est la condition d'exercice des droits de la défense et du procès équitable* »⁵.

Dans les années suivant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence, on a pu écrire que le droit économique n'intéressait pas les droits de l'homme, l'homme n'étant, pour le droit de la concurrence, qu'un opérateur économique. Depuis, le professeur Louis Vogel⁶ a émis l'opinion, plus nuancée, que « *les droits de l'homme ne sont pas tout à fait étrangers au domaine de la concurrence. Dans une économie libérale, le droit à la concurrence apparaît lui-même comme un droit de l'homme [...]. Pour être efficace, le droit doit être accepté. Le droit de la concurrence n'échappe pas à la règle. Indéniablement, même si beaucoup de progrès ont déjà été accomplis, un besoin de rééquilibrage du droit de la concurrence se manifeste aujourd'hui, en faveur d'une plus grande protection des droits de l'homme, c'est-à-dire, globalement, des droits de la défense* ».

Citons encore Marie-Emma Boursier, qui, dans sa thèse de doctorat soutenue en 2002, note « *l'intimité entre la finalité du droit processuel et la notion de loyauté* » et estime que « *la loyauté constitue un point de contact avec le procès équitable et un vecteur de son intégration par sa traduction familière dans le droit interne* »⁷.

On doit distinguer, dans la procédure tendant à mettre en œuvre le droit de la concurrence, deux phases distinctes. Celle se déroulant devant le Conseil de la concurrence, comportant l'instruction par le rapporteur et le jugement, est garantie par l'application du principe de la contradiction, prévu et organisé par des textes. La sanction d'un non-respect du contradictoire est tout naturellement la nullité de tout ou partie de la procédure.

La phase la précédant chronologiquement est celle de l'enquête administrative, destinée à rassembler les preuves et à identifier les auteurs. Elle n'est soumise par aucun texte au principe de la contradiction, et c'est relativement à elle que l'on doit s'interroger sur le point de savoir si les droits de la défense ne nécessitent pas une protection particulière, qui pourrait trouver son accomplissement dans l'obligation autonome d'assurer la loyauté dans la recherche des preuves. De façon prétorienne, la jurisprudence de la Cour de cassation a déjà étendu aux enquêteurs l'obligation de respect du contradictoire et de loyauté à l'égard des personnes entendues. Les parties elles-mêmes ne devraient-elles pas, à leur tour, être soumises à cette même obligation ?

Efficacité d'une procédure ayant pour objet la protection de l'ordre public économique et respect des droits de l'homme sont-ils conciliables ? Est-il possible, pour reprendre le titre de l'étude de Mme Arcelin, de trouver « *l'alliance raisonnable entre droit de la concurrence et CEDH* »⁸ ? Nous devons également nous interroger sur le point de savoir si la protection de l'ordre économique constitue un ordre public nécessitant de recevoir une protection renforcée en raison des enjeux que représente tant la régulation des marchés, notamment dans leur contexte européen, que la protection d'agents économiques se trouvant en situation de faiblesse par rapport à certains de leurs partenaires commerciaux. D'autres ordres publics devront-ils également recevoir une protection renforcée, et selon quels critères devra être fait leur choix ?

C'est au cœur du débat.

La question de la loyauté dans l'administration de la preuve n'est pas propre au droit de la concurrence et a déjà été élaborée par la jurisprudence de toutes les chambres de la Cour de cassation. Si elle se pose dans cette affaire avec une particulière acuité, c'est en raison de l'autonomie propre à la procédure devant l'Autorité de la concurrence, investie de la mission de veiller à la régulation de la libre concurrence sur les marchés. Cette autonomie résulte du fait que seulement quelques dispositions légales l'organisent. Dès lors, lorsqu'aucune disposition n'existe, se pose la question de savoir quelle procédure, de la procédure pénale ou de la procédure civile, est applicable.

C'est pourquoi nous rappellerons d'abord la problématique de cette autonomie, avant d'envisager les solutions pouvant être apportées, tant par notre droit interne civil ou pénal que par la Convention européenne des droits de l'homme et le droit communautaire. Ne pouvant ignorer les modes de preuve admis par d'autres États ayant adopté une économie libérale, nous citerons, pour terminer, quelques solutions de droit comparé.

1.2.3.1. L'autonomie de la procédure en droit de la concurrence

Le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, intégré dans le livre IV du code de commerce, intitulé « De la liberté des prix et de la concurrence », sous les articles R. 420-1 à R. 470-7 du code de commerce, institue une procédure spécifique devant le Conseil de la concurrence, devenu Autorité de la concurrence. La procédure proprement dite est régie sous le chapitre III par les articles R. 463-1 à R. 463-16, les décisions et les voies de recours étant régies par les articles R. 464-1 à R. 461-31. À l'exception de l'article L. 462-8 du même code, issu de la loi du 15 mai 2001⁹, et des ordonnances des 4 novembre 2004 et 13 novembre 2008, aucun texte ne régit le régime de la preuve en cette matière.

En ce qui concerne les règles de procédure applicables en matière de concurrence, la chambre commerciale a, par deux décisions récentes du 3 mars 2009, clairement fondé la procédure de concurrence sur les

⁵ Mme M. D. Hagelsteen, intervention à l'École nationale de la magistrature, 7 octobre 2003.

⁶ Louis Vogel, président de l'université Panthéon-Assas, « *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux* », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, 2006.

⁷ Marie-Emma Boursier, « *Le principe de loyauté en droit processuel* », thèse, 2002, publiée, Nouvelle bibliothèque de thèses Dalloz, 2003, préface S. Guinchard.

⁸ Mme Linda Arcelin, *Revue Lamy de la concurrence*, 2007.

⁹ L'article L. 462-8, alinéa 2, dispose notamment : l'Autorité de la concurrence « *peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* ».

dispositions du code de procédure civile, en énonçant la règle de principe que « *les dispositions du code de procédure civile ne cèdent que devant les dispositions expressément contraires du code de commerce ou aménageant des modalités propres aux recours contre les décisions du Conseil de la concurrence* »¹⁰.

De façon plus générale, en raison des lacunes existant dans les dispositions autonomes du code de commerce, le Conseil de la concurrence, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, a, d'une part, fait application des principes du procès équitable de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et, d'autre part, s'est inspiré de règles ou principes régissant des procédures proches. C'est ainsi qu'a été utilisé, en matière de preuves, le mécanisme du faisceau d'indices précis et concordants et, compte tenu du caractère punitif des sanctions prononcées, d'éléments tirés de la procédure pénale. On citera encore l'application de la présomption d'innocence ainsi que les emprunts faits aux principes régissant la prescription en matière d'infractions continues ou d'interruption, ou la non-rétroactivité des lois plus sévères. En revanche, le concept de récidive pénale n'est pas retenu en droit de la concurrence, qui fait appel à celle de « réitération » (article L. 464-2 du code de commerce).

On aura noté que les sources procédurales en droit de la concurrence sont complexes dans leur mise en œuvre et qu'il appartiendra, en tout état de cause, à l'assemblée plénière de tenir compte des écueils opposés jalonnant la route. Ceux-ci consistent soit à introduire dans le droit de la concurrence ce que d'aucuns qualifieront sans doute de dogmatisme rigide, au risque de le priver d'effectivité et de l'affaiblir face à la position de l'Union européenne et de ses États membres, soit, par un pragmatisme inspiré de la *common law*, à morceler chirurgicalement, au cas par cas, les applications alternatives de la procédure propre à l'Autorité de la concurrence, de la procédure pénale et de la procédure civile, au risque de faire perdre aux parties toute prévisibilité dans l'issue de leur procès et de compromettre l'égalité des armes et le caractère équitable du procès.

1.2.3.2. Le droit national français

1.2.3.2.1. La jurisprudence des chambres civiles, commerciale et sociale de la Cour de cassation

La loyauté dans l'administration de la preuve, en droit interne, trouve ses fondements dans le code de procédure civile et dans celui de procédure pénale. On y verra une explication du défaut de coïncidence entre les jurisprudences civile et pénale. On pourrait pourtant objecter que l'obligation de loyauté est une obligation directement dérivée de règles morales couramment admises dans notre société, Motulsky la considérant, pour sa part, comme se rattachant au droit naturel, de sorte qu'il ne paraît pas *a priori* fondamentalement impossible de faire converger les solutions.

Les chambres civiles, commerciale et sociale de la Cour de cassation, se fondant sur l'article 9¹¹ du code de procédure civile ou sur les articles 6 ou 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, déclarent irrecevables les enregistrements de conversations téléphoniques ou les enregistrements vidéo faits à l'insu des personnes enregistrées. On en trouvera de multiples exemples dans la jurisprudence des chambres civiles, notamment, pour l'espionnage par un détective privé, l'enregistrement d'une conversation téléphonique, l'enregistrement de paroles et d'images¹². Des exceptions y ont cependant été apportées, admettant que la nécessité des droits de la défense puisse justifier l'admissibilité de telles preuves¹³.

En ce qui concerne le principe de loyauté appliqué à la procédure devant l'Autorité de la concurrence, objet de l'affaire en cours, on peut considérer qu'il a été affirmé de façon explicite pour la première fois en 1994 par la cour d'appel de Paris¹⁴, sur recours contre une décision du Conseil de la concurrence ; dans cette décision, la cour d'appel de Paris, sur le fondement de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a jugé que l'enquête menée par les inspecteurs de la direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes (DGCCRF), non soumise au contradictoire, ne « *peut conduire les personnes entendues à faire, dans l'ignorance de l'objet de l'enquête, des déclarations sur la portée desquelles elles pourraient se méprendre et qui seraient ensuite utilisées contre elles ; qu'une telle conséquence, à laquelle s'oppose l'obligation de loyauté qui doit présider à la recherche des preuves, serait au demeurant incompatible avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui garantit le droit de toute personne à ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable* ».

S'agissant des critiques doctrinales les plus courantes adressées aux décisions rendues en cette matière, elles soulignent que l'application du principe de loyauté aux enquêteurs et rapporteurs et la dispense de cette application accordée aux parties saisissantes est de nature à affaiblir ce principe. Elles font encore valoir que l'Autorité de la concurrence n'est pas une juridiction pénale et qu'il est difficile de lui transposer purement et simplement une jurisprudence pénale, qu'elle ne dispose pas de l'opportunité des poursuites, ce qui la rapproche davantage des juridictions civiles ou commerciales. Selon le même auteur, il est

¹⁰ Com., deux arrêts du 3 mars 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 29 et n° 30 ; commentaire G. Decocq, *Contrats, concurrence, consommation*, n° 5, mai 2009. La cassation est prononcée par ces deux arrêts au visa des articles 632 du code de procédure civile (recevabilité des moyens nouveaux devant la cour de renvoi après cassation), ensemble les articles R. 464-10 et R. 464-12 du code de commerce. Écartant les règles relatives à la recevabilité des moyens et des pièces fixées par le code de commerce, la chambre commerciale rappelle « *qu'au terme du deuxième de ces textes, il n'est expressément dérogé qu'au titre VI du livre II du code de procédure civile* » et en déduit que la procédure de renvoi après cassation est régie par le titre XVI du livre premier du code de procédure civile, et non par celle du titre VI de son livre II.

¹¹ Article 9 du code de procédure civile : « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires à la solution du litige* ».

¹² 2^e Civ., 7 octobre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 447 ; Com., 25 février 2003, pourvoi n° 01-02.913 ; Soc., 20 novembre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 519.

¹³ 1^{er} Civ., 17 juin 2009, *Bull.* 2009, I, n° 132 (élément de preuve obtenu par fraude ou violence dans une procédure de divorce) ; Com. 19 janvier 2010, *Bull.* 2010, IV, n° 8 (divulgateur devant le juge civil d'informations couvertes par le secret de l'instruction devant le Conseil de la concurrence) ; Soc., 30 juin 2004, *Bull.* 2004, V, n° 187.

¹⁴ Cour d'appel de Paris, 8 avril 1994, Hyperrallye, recours contre la décision du Conseil n° 93-D-24.

choquant que la partie saisissante puisse utiliser devant le Conseil des éléments de preuve qu'elle n'est pas recevable à produire devant le juge de droit commun, auquel elle peut s'adresser ensuite pour obtenir des dommages-intérêts¹⁵.

Une autre partie de la doctrine, critiquant la décision de la chambre commerciale, justifie au contraire l'arrêt de la cour d'appel de Paris et la décision de l'Autorité de la concurrence en ce qu'ils sont directement inspirés « des théories économiques de l'efficacité répressive »¹⁶.

1.2.3.2.2. La jurisprudence de la chambre criminelle

Fondée sur l'article 427 du code de procédure pénale, la jurisprudence de la chambre criminelle, constante jusqu'en 2007, jugeait que « le fait que des pièces produites par une partie pour sa défense auraient été obtenues par des moyens déloyaux ne permet pas au juge d'instruction de refuser de les joindre à la procédure, dès lors qu'elles ne constituent que des moyens de preuve dont la valeur peut être discutée contradictoirement »¹⁷.

Les critiques, assez nettement majoritaires, adressées à cette jurisprudence par la doctrine retiennent essentiellement que l'admission de preuves obtenues au prix de moyens déloyaux est indigne de la justice rendue dans un État de droit¹⁸, « une atteinte à la dignité de la justice » pour reprendre l'expression utilisée par Vanessa Perrocheau¹⁹, qu'il y a incohérence à réglementer avec précision les actes de procédure si l'on admet en même temps de façon inconditionnelle des éléments de preuve que la partie civile peut se procurer sans aucune exigence légale, fût-ce au moyen d'une infraction²⁰.

Le 31 janvier 2007, la chambre criminelle a rendu un arrêt amorçant, semble-t-il, un infléchissement de sa jurisprudence. Elle a en effet validé la prise en compte d'un enregistrement téléphonique, fait par un mari en instance de divorce, des propos de son épouse reconnaissant le caractère mensonger d'une attestation qu'elle avait produite pour l'accuser de violences à son encontre. Mais la chambre criminelle a subordonné cette validation à la circonstance que « l'enregistrement de la conversation téléphonique privée, réalisé par M. X... était justifié par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont il était victime et de répondre, pour les besoins de sa défense, aux accusations de violences qui lui étaient imputées »²¹.

Cette décision a été suivie, le 24 avril 2007, d'un arrêt de la même chambre décidant qu'une pièce produite, pour la défense de ses intérêts, en violation du secret professionnel, par un médecin accusé d'une infraction ne peut être admise que si cette production constitue une mesure nécessaire et proportionnée à la défense de l'ordre et à la protection des droits de ce médecin, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme²².

Le professeur Philippe Conte propose une conceptualisation de cette évolution jurisprudentielle qui permet d'affiner la réflexion sur le sujet de l'administration des preuves en droit pénal²³. L'auteur de l'étude, qui approuve cette évolution, notamment en ce qu'elle mettrait un terme au fait que « la fin a cessé de justifier les moyens », souligne que le problème n'est réglé que pour partie, dès lors que « la nécessité de se défendre ne peut être invoquée ni par un témoin, ni par un tiers ; s'agissant d'eux, l'article 6 de la Convention européenne pourrait être réellement secourable ».

Par un arrêt plus récent²⁴, la chambre criminelle a confirmé la solution adoptée dans les deux arrêts de 2007 : « le droit à un procès équitable et la liberté d'expression justifient que la personne poursuivie du chef de

¹⁵ C. Momège, *Concurrences*, n° 1-2006, p. 187 ; M. Chagny, « Loyauté de la preuve : la cour d'appel de Paris fait de la résistance ! », *Communication, commerce électronique*, n° 10, octobre 2009, commentaire n° 88.

¹⁶ G. Royer, « La preuve déloyale en matière de pratiques anticoncurrentielles », *La Semaine juridique, édition entreprise et affaires*, n° 36, septembre 2008. L'auteur estime que « la protection de l'ordre public économique suppose que les règles de droit produisent un effet dissuasif à l'égard des agents économiques nocifs. Cela suppose que le taux de condamnation des auteurs d'infractions soit le plus élevé possible et donc qu'au préalable, les comportements illicites aient été détectés et prouvés aisément. Si les parties privées sont en mesure de rapporter la preuve des atteintes à la concurrence sans supporter un coût trop important, elles participeront au mécanisme économique de la dissuasion dans la procédure répressive parapénale. Le caractère occulte et technique de la délinquance économique en matière anticoncurrentielle se prête tout particulièrement à la réception de la théorie économique du droit, qui commande une réduction, au plus bas niveau possible, des coûts engendrés par la recherche de la vérité ».

¹⁷ Crim., 11 février 1992, *Bull. crim.* 1992, n° 66 ; plus récemment : Crim., 13 octobre 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 243, pour des propos enregistrés par un agent de la force publique à l'insu de leur auteur.

¹⁸ E. Molina, « Reflexion sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *Revue de science criminelle*, 2002, p. 263.

¹⁹ Vanessa Perrocheau, « Les fluctuations du principe de loyauté », *Les Petites Affiches*, n° 99, p. 6.

²⁰ F. Debove et F. Faletti, PUF, p. 511 ; S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, 2^e édition, n° 471 ; Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, 3^e édition, n° 66 ; M.-L. Rassat, note sous Crim., 6 avril 1993, *La Semaine juridique, édition générale*, n° 22144.

²¹ Crim., 31 janvier 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 27.

²² Crim., 24 avril 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 108.

²³ Philippe Conte, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Droit pénal*, n° 4, avril 2009, étude 8. Suggérant qu'est en train de se produire une réunion des deux courants jurisprudentiels de la chambre criminelle, il écrit que « le fond peut rejoindre la forme, et le droit pénal la procédure pénale. En effet, les droits de la défense (procédure) constituent un fait justificatif (droit pénal) de l'infraction - atteinte à la vie privée, vol, recel de choses, etc. - qui a été perpétrée pour se procurer la preuve ; réciproquement, puisque aucune infraction n'a été commise (droit pénal), la preuve obtenue grâce à elle a une origine licite : elle est donc recevable (procédure) [...] Parce que l'infraction commise était justifiée par les besoins de la défense, la pièce obtenue grâce à elle pouvait être administrée. Contrairement aux arrêts ayant jusqu'alors admis généreusement la recevabilité d'une preuve déloyale ou illicite produite par un particulier, l'arrêt (du 31 janvier 2007) pourrait donc y avoir posé une condition : que la production de cette pièce soit nécessitée par les droits de la défense, ce qui lui confère une origine licite - à défaut de quoi, il faudrait comprendre qu'elle devrait être exclue des débats, n'en déplaise au contradictoire. Bref, par un simple raisonnement de droit pénal, mêlant règles de fond et de procédure, le problème est résolu : une preuve déloyale devient licite. Dans cette mesure, le visa de l'article 6 de la Convention européenne est superflète, si une telle référence procède de la croyance qu'il n'y aurait d'autre moyen de justifier la recevabilité d'une preuve obtenue de façon déloyale ».

²⁴ Crim., 19 janvier 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 12.

diffamation soit admise à produire, pour les besoins de sa défense, les pièces de nature à établir la vérité des faits ou sa bonne foi, sans qu'elles puissent être écartées des débats au motif qu'elles auraient été obtenues par des moyens illicites ou déloyaux ».

En matière de diffamation, la personne poursuivie dispose de la possibilité légale d'établir la vérité des faits ou la preuve de sa bonne foi, de sorte que l'on pourrait soutenir que prononcer l'irrecevabilité de l'une de ces deux preuves au motif qu'elle a été obtenue de façon déloyale ou illicite reviendrait à priver ce droit d'effectivité. Ainsi pourrait-on considérer que la dérogation apportée par l'infléchissement de la jurisprudence criminelle serait justifiée par le régime particulier du droit de la diffamation.

On citera encore un autre arrêt récent de la chambre criminelle²⁵ ne faisant pas référence à la possibilité de se défendre contre une accusation, mais seulement au principe de la contradiction. Cet arrêt concerne la dénonciation aux services de gendarmerie, par le directeur technique d'une société, des agissements du gérant de cette société qui aurait détourné des fonds sociaux à des fins personnelles. La décision énonce qu' « aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écartier les moyens de preuve remis par un particulier aux services d'enquête au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale et [...] il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante, après les avoir soumis à la discussion contradictoire ».

Assistons-nous à une tendance au rapprochement des jurisprudences civile et criminelle ou à une simple tentative, dès lors que le dernier arrêt cité semble revenir en arrière ? Il est nécessaire d'attendre les décisions à venir pour obtenir une certitude. En effet, la nouvelle condition posée en 2007 à la recevabilité des preuves obtenues de façon déloyale peut être, selon la lecture que l'on en fait, soit « la nécessité de rapporter la preuve des faits dont [la partie civile] était victime », soit « répondre, pour les besoins de sa défense, aux accusations de violence qui lui étaient imputées ». Or, ces deux lectures sont loin d'être identiques, dans la mesure où l'on pourra toujours estimer que la victime d'un crime ou d'un délit se trouvait dans la nécessité de prouver les faits pour lesquels elle s'est constituée partie civile. En d'autres termes, on peut douter que cette condition en constitue véritablement une, puisque la partie civile peut toujours s'estimer légitimement dans la nécessité d'apporter ses propres preuves au soutien de l'accusation, ce dont il résulte que la condition sera toujours satisfaite. En revanche, si la preuve obtenue de façon déloyale par la partie civile n'a pour objet qu'une réponse à des accusations portées contre elle par son adversaire, la règle apparaît bien comme l'exigence du principe de loyauté, la nécessité de se défendre contre une accusation constituant alors une véritable exception à ce principe, exception justifiée par le respect du procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En quoi les apports juridiques extérieurs au droit français sont-ils susceptibles d'orienter la solution de la question ?

1.2.3.3. La Convention européenne des droits de l'homme

Le principe de loyauté ne figure pas dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui n'a pas, selon la Cour elle-même²⁶, vocation à régir l'admissibilité des preuves. C'est plutôt dans la consécration du droit à la non-auto-incrimination par l'article 14 du Pacte international de New York, relatif aux droits civils et politiques, qu'il conviendrait de rechercher le fondement de ce principe en droit européen.

Il ressort des décisions de la Cour de Strasbourg qu'elle range les dispositions du droit de la concurrence dans la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention, au regard des trois critères qu'elle définit²⁷. À cette fin, il convient de rechercher si le texte définissant l'infraction en cause ressortit ou non au droit pénal d'après la technique de l'État défendeur, d'examiner ensuite, eu égard à l'objet et à la finalité de l'article 6, d'une part, la nature de l'infraction et, d'autre part, la nature et le degré de gravité de la sanction que risque de subir l'intéressé. C'est sur ces bases que la Cour a décidé que « relèvent en général du droit pénal les infractions dont les auteurs s'exposent à des peines destinées notamment à exercer un effet dissuasif et qui consistent en des mesures privatives de liberté et en des amendes »²⁸.

En ce qui concerne l'administration des preuves, la Cour européenne des droits de l'homme considère toutefois, depuis 1988²⁹, que l'exigence d'un procès équitable implique une obligation de loyauté dans la recherche policière et judiciaire des preuves.

Elle décide que le régime de la preuve relève en principe de la compétence de droit interne³⁰. Ce principe ne s'oppose pas, selon sa jurisprudence, à l'affirmation d'une obligation de loyauté dans la recherche des preuves par les autorités d'enquête et d'instruction, obligation qui est la conséquence de l'exigence d'un procès équitable³¹. Encore faut-il, selon elle, tempérer l'intensité de cette exigence en procédant à une appréciation globale du caractère équitable ou non de la procédure en son entier, en considération de quoi la Cour européenne a pu énoncer que « l'utilisation d'un enregistrement obtenu de façon déloyale n'avait pas privé le requérant d'un procès équitable »³². C'est ainsi que le professeur Philippe Conte écrit que la portée de l'affirmation selon laquelle la recevabilité d'une pièce probatoire relève au premier chef des droits nationaux

²⁵ Crim., 27 janvier 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 16.

²⁶ CEDH, 25 mars 1999, requête n° 2544/94, *D.* 2000, jurisprudence, p. 357.

²⁷ CEDH, 21 février 1984, *Öztürk c/ Allemagne*, requête n° 8544/79.

²⁸ Arrêt *Öztürk* précité.

²⁹ CEDH, 6 décembre 1988, *Barbara, Massègue et Jabardo*, requête n° 10590/83, série A, n° 146 ; CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c/ Portugal*, *JCP* 1999, I, n° 38.

³⁰ CEDH, 12 juillet 1988, *Schenk c/ Suisse*, série A, n° 140 ; CEDH, 25 mars 1999, *Pelissier et Sassi c/ France*, requête n° 25444/94.

³¹ CEDH, 6 décembre 1988, *Barbara, Massègue et Jabardo*, requête n° 10590/83, série A, n° 146 ; CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c/ Portugal*, requête n° 25829/94, *JCP* 1999, I, n° 38.

³² CEDH, 10 mars 2009, *Bykov c/ Russie*, requête n° 4378/02 ; CEDH, 30 juin 2009, *Viorel Burzo c/ Roumanie*, requêtes n° 75109/01 et 12639/02.

« doit être bien mesurée : elle signifie seulement que cette question, loin d'être tenue pour indifférente, fait partie, avec d'autres, des éléments que la Cour prend en considération pour apprécier, au terme d'une analyse globale, si la procédure soumise à son jugement a été équitable, de telle sorte qu'elle peut parfaitement être conduite à porter un jugement sur une règle de preuve »³³.

Le droit à ne pas s'incriminer soi-même, composante du procès équitable, a conduit la Cour européenne à juger³⁴ que *« le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé à garder le silence et présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou des pressions, au mépris de la volonté de l'accusé »*. On peut trouver dans cette formulation l'invitation à rechercher *in concreto* s'il y a eu atteinte à la substance même du droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination.

L'arrêt attaqué a énoncé que *« les deux sociétés requérantes, dès lors que ce ne sont pas les propos de leurs représentants qui ont été enregistrés à leur insu qui leur sont opposés, ne sont pas fondées à se prévaloir du principe qui garantit à toute personne de ne pas s'auto-incriminer »*. Il nous est donc posé la question de savoir si, en l'espèce, le droit à la non-incrimination s'étend aux sociétés Sony et Philips et, dans la négative, si l'obligation de loyauté s'en trouverait affectée.

1.2.3.4. Le droit communautaire

La Convention européenne des droits de l'homme ne fait pas partie des textes communautaires, mais les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont le juge communautaire assure le respect³⁵. L'adoption du traité de Lisbonne, qui entérine l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme et qui implique l'intégration de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *« pourra (...) avoir des conséquences importantes dans le domaine des droits de la défense sur la pratique de la Commission européenne et par conséquent sur la pratique des autorités nationales de concurrence, notamment quant à l'application de l'article 6 § 1 »*. Nous rappellerons que cette appréciation étant tirée du *« rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles »*³⁶, son objet concerne la procédure, la caractérisation et l'évaluation des sanctions, de sorte que sa portée reste à évaluer quant au domaine procédural de l'admission des preuves.

Le principe qui prévaut en droit communautaire est celui de la liberté de la preuve³⁷. On l'a dit précédemment, le principe de loyauté ne s'oppose pas au principe de la liberté de la preuve, dont il pourrait même être considéré comme un complément, en quelque sorte une sûreté, le principe de la liberté des preuves ne s'opposant qu'au mécanisme des preuves légales.

Si la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) admet que le procès équitable est un principe général du droit communautaire, elle considère toutefois qu'en droit de la concurrence et en raison de la spécificité de celui-ci, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas nécessairement pertinente. La jurisprudence de la CJUE estime que les preuves décisives en matière de concurrence étant documentaires et non testimoniales, un document d'origine anonyme peut être produit et s'incorporer à un faisceau d'indices³⁸. Le Tribunal de première instance a ainsi admis l'utilisation par la Commission de documents anonymes, dès lors que celle-ci n'est pas un tribunal au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et que les sanctions pécuniaires n'ont pas un caractère pénal³⁹.

Dans son arrêt *Dalmine*⁴⁰, la CJUE a souligné la nécessité de ne pas *« compromettre l'administration de la preuve lorsqu'il convient d'établir l'existence d'une infraction au droit communautaire de la concurrence »* (point 46) et a refusé l'exclusion automatique de documents contenant des informations confidentielles (point 48), en énonçant que *« le principe qui prévaut en droit communautaire est celui de la libre administration des preuves »* et que *« le seul critère pertinent pour apprécier les preuves produites réside dans leur crédibilité »* (points 49 et 63). La Cour de justice de l'Union européenne, même si elle laisse la liberté de la procédure aux États membres, donne donc manifestement la préférence à une approche pragmatique et utilitaire.

Soulignons toutefois que la Commission européenne, qui, certes, n'est pas un tribunal au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme mais dont on ne saurait minimiser le poids des décisions, adopte une position rigoureuse à l'égard des preuves obtenues de façon déloyale, puisqu'elle a décidé⁴¹ : *« Pendant l'enquête, CEF a envoyé à la Commission quelques enregistrements et transcriptions de conversations téléphoniques qu'elle a eues avec certaines entreprises. Ces enregistrements et transcriptions ont été réalisés à l'insu des entreprises concernées. La Commission reconnaît qu'elle aurait dès lors dû les retourner directement à CEF, ce qui n'a été fait que quelques temps plus tard. La Commission tient à souligner que ces enregistrements n'ont joué aucun rôle dans la procédure et n'ont en aucune façon influencé la présente décision »*.

³³ Philippe Conte, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Droit pénal*, n° 4, avril 2009, étude 8.

³⁴ CEDH, 17 décembre 1996, *Saunders c/ Royaume-Uni*, requête n° 19187/91.

³⁵ Traité UE, article 6 § 2, et Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000, *JOCE* 18 décembre 2000, n° C364.

³⁶ Rappel tiré du « Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles » remis par la commission nommée à cet effet, le 20 septembre 2010, au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.

³⁷ TPICE, 14 décembre 2005, T-210/01, point 297.

³⁸ CJUE, 25 janvier 2007, aff. C-411/04 P, *Salzgitter*.

³⁹ TPICE, 26 avril 2007, *Bolloré SA.*, *Rec CJCE*, II, p. 947.

⁴⁰ CJUE, 25 janvier 2007, aff. C-407/04, *Dalmine*.

⁴¹ Commission européenne, 26 octobre 1999, aff. IV/33.884, *Nederlandse federatieve Vereniging [...]*, *JOCE* 14 février 2000 L 39/1.

1.2.3.5. Le droit comparé⁴²

Il est apparu indispensable de rechercher quelles étaient les pratiques jurisprudentielles d'États, membres ou non de l'Union européenne, ayant des économies libérales comparables à celle de la France, dès lors que la régulation de la concurrence, si elle est institutionnalisée par chaque État, s'applique à des marchés dépassant les frontières tant de l'Europe que de ses États membres.

Dans la majorité des pays étudiés (Allemagne, Canada, Espagne, États-Unis, Italie, Pays-Bas et Royaume-Uni), le régime de la validité d'un élément de preuve obtenu de manière déloyale obéit à des règles assez strictes dans le domaine civil et pénal, mais semble connaître parfois des assouplissements en droit de la concurrence.

La validité de la preuve obtenue par un moyen illicite relève en règle générale du pouvoir d'appréciation des juges. Les critères de validité peuvent varier selon les pays.

En Italie, l'élément de preuve est admis dès lors que sa production est nécessaire pour défendre les droits d'une partie.

En Allemagne, son admissibilité résulte, pour le juge, d'une mise en balance entre l'intérêt de la personne lésée et l'atteinte aux intérêts de la partie ayant produit la preuve déloyale.

Au Canada, la preuve déloyale est écartée par le juge dès lors qu'elle aura été obtenue en violation d'un droit ou d'une liberté fondamentale.

En Espagne, le régime de validité de la preuve varie en fonction de la nature des droits auxquels il a été porté atteinte, et la jurisprudence distingue la preuve illicite, qui doit être écartée par le juge car portant atteinte à des droits et libertés fondamentaux à valeur constitutionnelle, et la preuve irrégulière prise en violation de règles procédurales, qui pourra être admise à condition d'être « *pertinente et utile* ».

Aux États-Unis, la preuve déloyale est admise, mais sa validité dépend de son caractère pertinent et fiable.

Au Royaume-Uni, la preuve est également admise dès lors qu'elle revêt un caractère probant et qu'elle ne porte pas atteinte à l'équilibre entre les parties.

En matière pénale, le régime de la preuve déloyale peut cependant varier en fonction de la qualité de la personne qui la produit. Si la preuve obtenue de manière déloyale peut être admise par le juge lorsqu'elle est produite par un particulier, elle sera au contraire écartée si elle a été obtenue par les autorités d'enquête ou les services gouvernementaux (ainsi au Canada, aux Pays-Bas, aux États-Unis et au Royaume-Uni) à l'appui de l'accusation.

La jurisprudence de la Cour suprême canadienne écarte la preuve déloyale dès lors que son utilisation est de nature à « déconsidérer » la justice.

Au Royaume-Uni, la recherche de l'équité et le souci de promouvoir une confiance dans le régime procédural sont deux éléments essentiels d'appréciation pour le juge dans la recherche de la validité de la preuve.

En droit de la concurrence, la preuve obtenue de façon déloyale peut être largement admise, voire promue par les services d'enquête et les autorités spécialisées. Dans plusieurs pays (Allemagne, Italie, Pays-Bas), ce contentieux relève de la compétence d'autorités administratives indépendantes, qui admettent généralement dans leurs décisions les procédés déloyaux comme mode d'obtention de la preuve. Les services d'enquête spécialisés en matière de lutte contre les pratiques anti-concurrentielles encouragent, notamment aux Pays-Bas, ou pratiquent eux-mêmes (États-Unis) l'utilisation de procédés déloyaux dans la lutte contre des pratiques commerciales elles-mêmes déloyales.

Aux Pays-Bas, il n'existe pas de jurisprudence spécifique qui se soit prononcée sur la notion de loyauté de la preuve en matière de droit de la concurrence.

En Allemagne, la direction des affaires juridiques de l'Autorité fédérale des ententes a indiqué n'avoir jamais eu à devoir exploiter une preuve provenant d'un enregistrement illégal, mais n'excluait pas une telle possibilité au regard de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale et eu égard à la difficulté d'établir la matérialité d'une entente verticale qui, en général, ne repose sur aucun écrit.

1.2.4. Grievs subsidiaires du premier moyen des deux pourvois, relatifs à la loyauté de la preuve

1.2.4.1. La notification de griefs doit-elle obligatoirement être précédée de l'audition de la personne à qui elle est faite ?

Dans la deuxième branche du premier moyen, la société Sony fait valoir que nul ne peut être mis en accusation sans avoir été préalablement entendu ou dûment appelé et que si la procédure devant le Conseil de la concurrence est assimilable à une procédure répressive, nul ne peut alors recevoir de notification de griefs sans avoir été préalablement entendu ou appelé.

Cette argumentation repose sur la thèse selon laquelle si le Conseil de la concurrence fait application de l'article 427 du code de procédure pénale s'agissant de la preuve, il doit faire application des autres dispositions de ce code pour ce qui concerne l'enquête et l'instruction.

Cette thèse peut-elle être suivie si l'on considère que la procédure d'enquête et d'instruction devant l'Autorité de la concurrence est régie par des dispositions propres du code de commerce, en l'espèce les articles

⁴² L'étude comparative des droits de ces sept États a été réalisée, à la demande du rapporteur, par le service spécialisé du ministère de la justice.

L. 450-2 et L. 463-2 de ce code, qui donnent au rapporteur la possibilité de choisir librement les parties qu'il veut entendre ? Il convient cependant que la société poursuivie soit mise en mesure de présenter sa défense afin qu'en tout état de cause soit garanti le caractère équitable du procès.

1.2.4.2. La validité des procès-verbaux d'audition des représentants des sociétés Scie Crel et SNER

La troisième branche du premier moyen du pourvoi formé par la société Sony fait grief à l'arrêt d'avoir retenu que la transcription des questions posées à l'occasion de l'établissement des procès-verbaux d'audition prévus par l'article L. 450-2 et L. 450-3 du code de commerce ne s'imposait pas, au motif qu'elle ne serait prévue par aucun texte (violation des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et 14 du Pacte international des droits civils et politiques).

Vous apprécierez la pertinence du moyen en contemplation de la jurisprudence de la chambre commerciale qui, rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Paris, a jugé en 2005⁴³ que l'absence de retranscription des questions posées dans les procès-verbaux ne constituait pas une violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. On relèvera, en outre, que l'arrêt attaqué constate, page 8, § 4, qu'« *il n'est au demeurant pas soutenu que les personnes entendues n'auraient pas été informées de l'objet de l'enquête préalablement à leur audition, ni fait état de faits précis établissant l'existence de manœuvres déloyales de la part des enquêteurs qui les auraient conduites à se méprendre sur la portée de leurs déclarations* ».

Il est vrai que, si vous estimiez que la jurisprudence pénale devait s'appliquer à l'obligation de loyauté, il conviendrait de s'interroger sur le point de savoir si cette même jurisprudence ne devrait pas s'appliquer à l'établissement des procès-verbaux, à peine de se livrer au « découpage chirurgical » au « cas par cas » que j'évoquais précédemment.

1.2.4.3. Vérification que les supports versés aux débats comportent l'intégralité des propos enregistrés

La troisième branche du premier moyen de la société Philips soutient que, dès lors qu'il n'est pas mis en mesure de s'assurer que les supports versés aux débats comprenaient bien l'intégralité des propos qui ont été enregistrés dans leurs éléments à charge et à décharge, le juge doit écarter ces enregistrements des débats, à peine de violer les droits de la défense et le principe de l'égalité des armes.

Une réponse à ce grief n'aura à être faite qu'en cas de rejet des deux premières branches, ce qui implique que l'assemblée plénière aura considéré que les enregistrements, déloyaux ou non, sont recevables. La réponse à cette troisième branche exigera donc que nous nous prononcions sur le point de savoir si le principe de la contradiction a été respecté en ce qui concerne la portée de la production du contenu, partiel ou complet, des enregistrements effectués et transcrits.

Dans l'hypothèse où l'assemblée plénière se prononcerait en faveur d'une cassation sur le premier moyen des pourvois, la cassation serait totale et dispenserait de statuer sur les moyens relatifs au fond et la sanction.

DEUXIÈME PARTIE

MOYENS RELATIFS À LA CARACTÉRISATION DE L'ENTENTE

2.1. Analyse du deuxième moyen de chacun des pourvois, relatifs à la qualification de l'entente

Dans chacun des deux pourvois, le second moyen s'attaque aux dispositions relatives à l'existence de l'entente. Celui de la société Philips comporte neuf branches, celui de la société Sony en comporte six.

2.1.1. Grief du deuxième moyen commun aux pourvois des sociétés Philips et Sony (deuxième moyen, quatrième branche, du pourvoi formé par la société Philips et deuxième moyen, deuxième branche, du pourvoi formé par la société Sony)

2.1.1.1. Pourvoi formé par la société Philips

Lorsqu'une partie présente au début de la procédure ne fait l'objet d'aucune notification de griefs, elle est considérée comme mise hors de cause. En jugeant que la société Philips s'était rendue coupable d'une entente généralisée sur les prix avec « *l'ensemble de ses distributeurs* » à l'échelle du territoire national sans s'expliquer, comme le faisait valoir la société Philips, sur la compatibilité d'une telle affirmation avec la mise hors de cause des distributeurs les plus influents du marché, la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce.

2.1.1.2. Pourvoi formé par la société Sony

Lorsqu'une partie présente au début de la procédure ne fait l'objet d'aucune notification de griefs, elle est considérée comme mise hors de cause. En l'espèce, trente-cinq distributeurs visés dans la demande de mesures conservatoires de TVHA, dont les enseignes de la grande distribution et de la distribution spécialisée, représentant 80 % de la distribution des produits en cause, n'ont pas reçu de notification de griefs, ce dont il résulte qu'ils ont été mis hors de cause. En décidant néanmoins que Sony s'était rendue coupable d'une entente généralisée avec « *chacun de ses distributeurs* », sans rechercher si trente-cinq d'entre eux n'avaient pas été mis hors de cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce.

⁴³ Com., 22 février 2005, pourvoi n° 03-20.928.

2.1.2. Griefs du deuxième moyen propres au pourvoi de la société Philips

Première branche :

pour dire que la société Philips s'était rendue coupable d'une entente généralisée sur les prix avec l'ensemble de ses distributeurs à l'échelle du territoire national, la cour d'appel a dénaturé la clause du contrat de coopération commerciale par laquelle ses revendeurs s'engageaient à s'abstenir de toute opération publicitaire qui serait en contradiction avec les campagnes de publicité nationales ou néfastes pour l'image de la marque, et s'obligeaient à informer le fabricant de toute opération promotionnelle effectuée par des tiers susceptible d'engager la responsabilité de Philips ou de porter atteinte à son image de marque (violation de l'article 1134 du code civil).

Deuxième branche :

en affirmant qu'un tel engagement contractuel des revendeurs participait d'un mécanisme généralisé de contrôle des prix, en incitant ceux-ci à contrôler les prix affichés par leurs concurrents dans leurs documents publicitaires, sans constater que la clause précitée eût, dans son application pratique, donné lieu à telles mesures de contrôle, la cour d'appel, qui n'a caractérisé que de pures supputations de pratiques anticoncurrentielles, n'aurait pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Troisième branche :

pour retenir l'existence d'une entente, l'arrêt relève que si le dossier ne comporte aucune preuve matérielle de ce que Philips ait évoqué des prix de revente conseillé avec ses revendeurs, deux grossistes ont néanmoins déclaré que Philips communiquait oralement des prix de vente conseillés aux principales enseignes de la grande distribution ou de la distribution spécialisée et que les prix pratiqués servaient ensuite de référence pour l'ensemble des opérateurs du marché, de sorte qu'existait une « règle du jeu » connue de l'ensemble des opérateurs de la distribution. En se déterminant par ces motifs impropres à caractériser une entente impliquant l'existence d'un concours de volontés entre ses membres, la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Cinquième branche :

en toute hypothèse, la communication par un fabricant à ses revendeurs de prix maximaux de revente n'est pas constitutive d'une restriction de concurrence au sens de l'article L. 420-1 du code de commerce. En retenant dès lors l'existence d'une entente verticale sur les prix entre Philips et l'ensemble de ses distributeurs, la cour d'appel aurait violé ce texte.

Sixième branche :

en se fondant sur les déclarations d'un grossiste selon lesquelles « Philips indique des prix généralement constatés ou prix maximum à l'attention des revendeurs finaux tels que Darty, FNAC, Auchan, sachant que ces enseignes sont les principales références pour les consommateurs », pour affirmer que Philips communiquait oralement à ses distributeurs les prix de détail qu'elle souhaitait voir appliquer, sans préciser de quelle source ce grossiste, qui n'approvisionnait aucune de ces enseignes, tenait cette information ni vérifier son exactitude, la cour d'appel n'aurait pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Septième branche :

en prétendant caractériser une entente entre Philips et ses distributeurs sur la base d'une comparaison entre les prix pratiqués par ces derniers et le catalogue tarifaire de la SNER, cependant qu'elle relevait que ce grossiste avait déclaré fixer ses tarifs en tenant compte non seulement des recommandations des fournisseurs, mais également des relevés de prix effectués par l'institut IFR à partir d'enquêtes réalisées en magasins, ce dont il résultait que ce tarif, conçu notamment sur la base des prix constatés sur ce marché par un institut d'enquête indépendant, n'émanait pas de la société Philips et ne pouvait dès lors être tenu pour une représentation exacte et fidèle des prix publics conseillés par ce fabricant, la cour d'appel n'aurait pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article L. 420-1 du code de commerce.

Huitième branche :

en se bornant à adopter les motifs du Conseil de la concurrence, sans répondre au moyen par lequel la société Philips faisait valoir que le Conseil de la concurrence n'avait ni défini les notions « d'alignement remarquable » ou de « concentration remarquable » des prix, ni précisé le seuil à partir duquel la convergence des prix devenait significative d'un acquiescement des distributeurs aux prix conseillés par le fabricant, ce qui l'avait conduit à traiter de façon discriminatoire certaines entreprises (Toshiba et Thompson) par rapport à d'autres, la cour d'appel n'aurait pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile.

Neuvième branche :

en se bornant, pour retenir l'existence de mesures de rétorsion prises par la société Philips, à relever qu'un grossiste avait indiqué, lors d'une conversation enregistrée par le plaignant, « même si on vous livre, ils sauront très vite parce qu'ils relèvent les numéros (...) partant de là, moi aussi je peux me faire bloquer si réellement vous cassez les prix » et avait ultérieurement expliqué aux enquêteurs avoir prononcé cette phrase « en faisant état d'une situation réelle que certains collègues avaient déjà vécue de la part de Philips », la cour d'appel n'aurait pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce.

2.1.3. Grievs du deuxième moyen, propres au pourvoi de la société Sony

Première branche :

en décidant que la démonstration d'une entente verticale généralisée n'exige pas que les distributeurs soient identifiés ni que la participation individuelle de chacun d'eux ou d'une part substantielle d'entre eux soit établie avec précision, la cour d'appel aurait violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 1134 du code civil, ainsi que les articles 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14 § 2 du Pacte relatif aux droits civils et politiques.

Deuxième branche :

lorsqu'une partie présente au début de la procédure ne fait l'objet d'aucune notification de griefs, elle est considérée comme mise hors de cause. En décidant néanmoins que Sony s'était rendue coupable d'une entente généralisée avec « *chacun des distributeurs* », sans rechercher si trente-cinq d'entre eux n'avaient pas été mis hors de cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Troisième branche :

en déduisant l'existence d'une entente généralisée d'un alignement des prix des distributeurs sur les prix conseillés, sans examiner, ainsi que l'y invitaient les conclusions de la société Sony, les mémoires déposés, au cours de la procédure de mesures conservatoires, par quinze parmi les plus importants des trente-cinq distributeurs alors en cause qui contestaient leur participation à une entente en démontrant les modalités indépendantes de détermination de leurs prix, au seul motif qu'il existait des témoignages contraires, ce qui ne la dispensait pas d'examiner les éléments de preuve contraires à ces témoignages, la cour d'appel aurait violé l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Quatrième branche :

en vertu des articles L. 420-1 du code de commerce et 1134 du code civil, l'existence d'une entente verticale portant sur le respect des prix conseillés suppose qu'il soit établi d'abord que le fournisseur a envoyé à ses distributeurs une invitation à conclure l'accord. En l'état de ses constatations, desquelles il ne résulte pas un faisceau d'indices graves, précis et concordants démontrant l'existence de l'invitation faite par le fournisseur à chacun de ses distributeurs ou à une partie significative d'entre eux pour que ceux-ci s'engagent à respecter les prix conseillés, la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard des textes précités.

Cinquième branche :

en tout état de cause, en déduisant une entente généralisée de l'existence d'un alignement sur les prix conseillés, sans rechercher si cet alignement ne pouvait pas s'expliquer d'une autre façon, et notamment, comme invoqué par la société Sony dans ses conclusions d'appel, par la mise en œuvre par les distributeurs d'une pratique de veille tarifaire et de transparence accrue des prix, la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 1134 du code civil.

Sixième branche :

la cour d'appel a constaté que Sony avait eu des conditions commerciales plus sévères à l'égard d'une société, la société Avantage, et que les dirigeants de SNER et Scie Crel avaient affirmé généralement que les représentants des marques passent 75 % à 70 % de leur temps à faire remonter le prix, de sorte qu'en déduisant de la constatation d'un acte qualifié par elle de police des prix à l'égard d'un distributeur unique qu'il y avait une police des prix généralisée, la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 1134 du code civil.

2.2. Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

On peut distinguer cinq catégories de griefs dans les deux pourvois réunis.

Une question de principe est commune aux deux fabricants, relative à la preuve d'une entente généralisée (deuxième moyen, première et deuxième branches du pourvoi Sony, et deuxième moyen, troisième et quatrième branches du pourvoi Philips). Il est fait grief à l'arrêt d'avoir retenu l'existence d'une entente entre fournisseurs et distributeurs sans que la participation individuelle de chaque distributeur ou une part substantielle d'entre eux ne soit établie (violation des articles L. 420-1 du code de commerce, 1134 du code civil, 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14 § 2 du Pacte international des droits civils et politiques, ainsi que manque de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce).

Cette question de principe peut être encore formulée ainsi : peut-on induire une entente généralisée entre un fournisseur et l'ensemble de ses distributeurs d'éléments généraux (notamment des relevés de prix et le constat statistique d'un alignement des prix), sans démontrer l'acquiescement de chaque distributeur à appliquer les prix conseillés ?

Après un rappel du régime de la preuve des ententes en général et des ententes verticales (2.2.1), on examinera ces cinq points en traitant successivement les questions de la possibilité d'étendre la preuve de l'adhésion d'un certain nombre de distributeurs à une entente à la caractérisation d'une entente généralisée (2.2.2), de la dénaturation du contrat de coopération commerciale (2.2.3), de l'évocation des prix (2.2.4), de l'application des prix (2.2.5) et, enfin, de la police des prix (2.2.6).

2.2.1. De la preuve des ententes

L'entente est définie à l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) : « *sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions*

d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction (...) ».

La définition qui en est donnée en droit interne par l'article L. 420-1 du code de commerce est la suivante : « Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

1^o limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2^o faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse (...) ».

Les ententes sont dites verticales lorsqu'elles sont conclues entre un fabricant et l'un ou plusieurs de ses distributeurs. Elles exigent un accord de leurs volontés en vue de faire échec aux règles du marché et ce concours de volontés doit être établi de part et d'autre : « pour qu'il y ait accord au sens de l'article 81 § 1 [du traité] CE, il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée »⁴⁴.

La difficulté est de faire le partage entre ce qui relève d'un comportement unilatéral par une entreprise et ce qui relève d'un comportement concerté, car des mesures unilatérales peuvent avoir été acceptées, même tacitement.

Les deux décisions, Bayer et Volkswagen (note précitée), apportent des précisions utiles sur ce point : « le seul fait qu'une mesure adoptée par un fabricant, qui a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, s'inscrit dans le cadre de relations commerciales continues entre ce dernier et ses grossistes ne saurait être suffisant pour conclure à l'existence d'un tel accord » (Bayer) ; et encore que « la notion d'accord, au sens de l'article 81, paragraphe premier, [du traité] CE, est axée sur l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins, de sorte que la décision d'une entreprise constituant un comportement unilatéral échappe à l'interdiction dudit article, si elle ne reçoit pas l'acquiescement au moins tacite d'une autre entreprise. La Commission ne peut donc estimer qu'un comportement apparemment unilatéral de la part d'un fabricant, adopté dans le cadre des relations contractuelles qu'il entretient avec ses revendeurs, est en réalité à l'origine d'un accord entre entreprises (...) si elle n'établit pas l'existence d'un acquiescement, exprès ou tacite, de la part des revendeurs, à l'attitude adoptée par le fabricant ».

En ce qui concerne le fabricant, la preuve de l'invitation à pratiquer des prix conseillés peut parfois résulter du contrat, mais, le plus fréquemment, c'est dans le comportement même du fabricant que cette preuve devra être recherchée.

En ce qui concerne le distributeur, la preuve de son acceptation expresse ou tacite est généralement difficile à rapporter. La chambre commerciale admet, dans une jurisprudence constante et ancienne, qu'en l'absence de preuve formelle et directe, celle-ci pouvait résulter d'un faisceau d'indices clairs, précis et concordants⁴⁵. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a également consacré ce mode de preuve⁴⁶. Quant au contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'appréciation des éléments de preuve établissant l'adhésion du distributeur à l'entente, il s'agit d'un simple contrôle léger de motivation, dès lors que l'appréciation par le juge du fond est souveraine⁴⁷.

2.2.2. De la possibilité d'étendre la preuve de l'adhésion d'un certain nombre de distributeurs à une entente à la caractérisation d'une entente généralisée (deuxième moyen, première et deuxième branches du pourvoi formé par la société Sony, et deuxième moyen, troisième et quatrième branches du pourvoi formé par la société Philips).

Par motifs adoptés de la décision du Conseil de la concurrence, la cour d'appel de Paris a retenu que « la démonstration, à l'égard d'un fabricant, d'une entente avec ses distributeurs n'exige pas que ces derniers soient identifiés ni que la participation individuelle de chacun d'eux soit établie avec précision lorsque, comme en l'espèce, est démontrée l'application généralisée, de leur part, des prix conseillés, expression de leur acquiescement à l'invitation du fournisseur ».

Ce principe est contesté par les demandeurs au pourvoi, qui soutiennent qu'il serait contraire au principe énoncé par les arrêts Bayer et Volkswagen, qui exige une recherche concrète de l'acquiescement des distributeurs. La société Philips cite, à l'appui de sa critique, le jugement General Motors c/ Commission de 2003⁴⁸, aux termes duquel l'existence d'une entente générale entre un fabricant et l'ensemble de ses distributeurs ne saurait s'évincer de la preuve de l'adhésion de seulement un certain nombre d'entre eux.

⁴⁴ CJCE, 6 janvier 2004, Bayer, aff. C2/01 et C3/01, Rec. P16023 ; TPICE, 3 décembre 2003, Volkswagen c/ Commission, aff. T-208/01, Rec. p. II-05141.

⁴⁵ Com., 8 décembre 1992, Bull. 1992, IV, n° 404 ; Com., 29 juin 2007, Bull. 2007, IV, n° 181 ; Com., 7 avril 2010, pourvoi n° 09-11.853.

⁴⁶ CJCE, 25 janvier 2007, Sumitomo Metal industries ltd, C403/04 P et C405/04 P.

⁴⁷ Com., 23 mars 2004, Bull. 2004, IV, n° 132.

⁴⁸ TPICE, 21 octobre 2003, General Motors, Opel c/ Commission, aff. T-368/00, point 88 : « dans ces conditions, le Tribunal estime qu'il n'a pas été établi à suffisance de droit que la mesure d'approvisionnement restrictive a été communiquée aux concessionnaires et encore moins que cette mesure est entrée dans le champ des relations contractuelles entre Opel Nederland et ses concessionnaires. À cet égard, il y a lieu de rappeler qu'il incombe à la Commission de réunir des éléments de preuve suffisamment précis et concordants pour fonder la ferme conviction que l'infraction alléguée a eu lieu ».

Vous apprécierez si, au regard de la jurisprudence européenne, il y a lieu d'exiger l'identification des distributeurs, ne serait-ce qu'en partie, ou s'il suffit de la preuve objective démontrant qu'ils ont acquiescé, et si la pratique des prix de vente conseillés par le fabricant, accompagnée d'une convergence, pouvant être objectivement constatée par une approche statistique, des prix de revente entre les distributeurs et de la mise en place d'un mécanisme de contrôle des prix de revente, est susceptible de constituer des éléments - devant, le cas échéant, être complétés par d'autres - d'un faisceau d'indices clairs, précis et concordants d'une entente, sans qu'il y ait lieu d'individualiser chacun des distributeurs.

Subsidiairement, la société Sony demande que soit posée une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, ainsi libellée :

« La jurisprudence du Tribunal de première instance et de la Cour de justice relative à la preuve de l'entente verticale, et plus particulièrement dans les arrêts rendus dans les affaires General Motors Netherland BV et Opel c/ Commission (...), et Volkswagen c/ Commission (...), doit-elle être interprétée en ce sens que, dans un réseau de distribution, quand le contrat ne contient pas de clauses anticoncurrentielles, la constatation d'une entente généralisée sur les prix dans l'ensemble du réseau nécessite que soit rapportée la preuve pour chaque distributeur ou une partie significative d'entre eux de son acquiescement effectif à l'invitation illégale qui lui a été faite, ou l'existence de cette entente généralisée peut-elle être établie, à l'encontre du fournisseur, sans que les distributeurs soient identifiés, et sans que leur participation individuelle, ou celle d'une partie significative d'entre eux, ne soit établie ? »

2.2.3. Grief de dénaturation de la clause du contrat de coopération commerciale (pourvoi de la société Philips, deuxième moyen, première branche)

La cour d'appel relève que la proposition faite aux distributeurs de s'engager, en adhérant à la « charte partenaire qualité service » annexée à ses contrats de coopération commerciale, les invitait à « prendre toutes les précautions pour que les publicités ne soient pas en contradiction avec les campagnes de publicité nationales Philips ou néfastes pour l'image de marque de Philips », ou « d'informer Philips de tous les faits constatés chez les adhérents à l'occasion d'une opération et susceptibles d'engager la responsabilité de Philips ou de porter atteinte à l'image de marque de Philips ».

Il vous appartiendra de dire si, en énonçant ensuite que, « dans la mesure où les publicités des revendeurs portent sur les prix, l'acceptation de tels engagements par les distributeurs les conduit nécessairement à accepter de participer à l'application de la politique tarifaire de la société Philips », la cour d'appel a dénaturé la clause litigieuse, ou si elle procède à une constatation du fait que les publicités faites par les distributeurs portent nécessairement sur les prix, de sorte que, tout aussi nécessairement, la mise en œuvre de cette clause entraîne des conséquences liées à la politique tarifaire.

2.2.4. Grievs relatifs à l'évocation des prix

2.2.4.1. Grief fait par la société Sony (deuxième moyen, quatrième branche)

Par motifs adoptés, la cour d'appel a relevé que la société Sony ne contestait pas avoir communiqué des prix conseillés à la société Avantage, que cette communication était corroborée par la remise d'un tarif de base sur lequel était indiqué, de façon manuscrite, les prix de vente au détail, mais a constaté aussi que la société Sony avait admis communiquer de tels prix à d'autres distributeurs. La cour d'appel a encore constaté que la société Sony avait adressé à la société Avantage un rectificatif de prix, que cette pratique généralisée avait été confirmée par les déclarations enregistrées des représentants des deux sociétés Scie Crel et SNER, ainsi que par l'audition du président de la société Marcopoly, qui établissait le fonctionnement global du marché en cause, la cour d'appel estimant que le fait que cette société ne soit devenue distributeur de la société Sony qu'à partir de 1999 ne faisait pas perdre sa valeur probante à cette déclaration.

Ces constatations étant souveraines, le grief de la quatrième branche sera déclaré non admis.

2.2.4.2. Grief fait par la société Philips (cinquième, sixième et septième branches)

Cinquième branche :

On rappellera, d'abord, que la recommandation d'un prix maximum de vente est autorisée car, permettant de fixer des prix inférieurs au maximum, elle laisse la place au jeu de la concurrence par les prix et, par conséquent, n'est pas anticoncurrentielle.

La cinquième branche critique les motifs de l'arrêt concernant les déclarations de M. Y..., dirigeant de la société Scie Crel. Rappelons que la preuve, en matière d'ententes illicites, peut être faite, et, en pratique, est souvent faite, par le recours à un faisceau d'indices, ce qui implique que, comme en l'espèce, cette déclaration n'est qu'un élément parmi d'autres pris en considération par la cour d'appel et le Conseil de la concurrence. À cet égard, si la cour d'appel reprend une déclaration selon laquelle Philips communiquait à ses distributeurs des prix maximum (arrêt, p. 10, § 4), puisqu'on reproche à TVHA de « casser les prix », il ressort des autres indices relevés que ces prix étaient en réalité des prix minimum imposés et que Philips imposait à ses distributeurs une politique tarifaire (arrêt, p. 10, § 6). La critique du moyen porte sur un seul des éléments du faisceau d'indices recueilli par la cour d'appel, de sorte qu'elle est inopérante et, en tout état de cause, elle porte sur des constatations souveraines de la cour d'appel, de sorte que le grief sera déclaré non admis.

Sixième et septième branches :

Outre les motifs de l'arrêt rappelés lors de l'examen de la cinquième branche, la cour d'appel, par motifs adoptés de la décision du Conseil, retient que si aucun élément ne démontrait que Philips eût édité une liste de prix de revente, il était établi qu'une diffusion orale avait lieu, ainsi qu'il résultait des propos tenus par les représentants de la SNER et de la Scie Crel, ainsi que des prix figurant au catalogue de la SNER, présentés par le représentant de celle-ci comme les prix conseillés par Philips et qui correspondaient aux prix constatés

chez la plupart des distributeurs, que ceux-ci soient livrés par le grossiste ou directement par Philips (décision du Conseil, § 259 à 264). Compte tenu de l'affirmation de l'arrêt critiqué par la sixième branche, confortée par les autres éléments du dossier, la cour d'appel n'avait pas à apporter ces précisions, ni à procéder à cette recherche. En ce qui concerne la septième branche, l'arrêt précise que si la société Philips n'avait pas diffusé de liste de prix, elle le faisait oralement auprès des grossistes, la déclaration de ceux-ci étant confirmée par les relevés de prix IFR. Les griefs dénaturent donc les termes de l'arrêt et s'attaquent à des appréciations souveraines. Ils ne pourront donc qu'être déclarés non admis.

2.2.5. Griefs relatifs à l'application des prix

2.2.5.1. Grief fait par la société Sony (troisième et cinquième branches)

Troisième branche :

dans sa motivation (p. 13, § 6), la cour d'appel a relevé que, contrairement à ce que prétendait Sony, le Conseil avait examiné (§ 315 à 317) les explications apportées par les distributeurs entendus lors de l'enquête qui tendaient à relativiser la force probante des relevés produits par la société Avantage. Si le juge a l'obligation de s'expliquer sur les éléments de preuve sur lesquels il fonde sa décision, en revanche, il n'est pas tenu de s'expliquer sur les éléments qu'il écarte. La cour d'appel n'avait donc pas à s'expliquer sur les éléments de preuve contraires aux éléments constituant le faisceau d'indices et que ce faisceau rendait inopérants. Il est donné un avis de non-admission.

Cinquième branche :

la recherche visée par le grief a été faite par l'Autorité de la concurrence (p.12) à l'occasion de l'entente reprochée à Philips, par des motifs généraux pouvant s'appliquer à la société Sony, dès lors que la cour d'appel (p. 10, § 5, et p.13, § 6), qui cite les déclarations faites par M. Y... et M. Z... expliquant à M. X... la politique tarifaire de Philips et « *faisant référence au respect des prix conseillés par les différentes marques auprès des revendeurs* », note que « *le tarif de la société SNER tenait compte des recommandations des fournisseurs ainsi que des relevés de prix* ». Par ailleurs, la cour d'appel a relevé que les prix ont été évoqués entre fournisseurs et distributeurs, a constaté que les prix conseillés ont été appliqués et qu'il existait des mécanismes de surveillance, de sorte qu'elle a écarté, par l'ensemble de ces constatations souveraines, l'argumentation selon laquelle le parallélisme des prix pouvait s'expliquer par le jeu de la concurrence. Le moyen, critiquant en réalité ces constatations souveraines, sera déclaré non admis.

2.2.5.2. Grief fait par la société Philips (huitième branche)

Huitième branche :

la cour d'appel a constaté que les relevés de prix pratiqués démontraient une application des prix conseillés dans une proportion « *suffisamment remarquable* » pour constituer un indice de l'acquiescement des distributeurs (arrêt, p. 11, § 1). On rappellera que la décision du Conseil avait relevé que, sur cent cinquante et un prix relevés, cent dix-huit étaient égaux ou supérieurs aux prix conseillés et avait détaillé la représentativité de ces relevés. Ainsi la cour d'appel n'a nullement créé un seuil, mais s'est livrée à une appréciation souveraine de la preuve de l'application des prix conseillés. Le grief s'adressant en réalité à des appréciations souveraines, il y a lieu de le déclarer non admis.

2.2.6. Griefs relatifs à la police des prix

2.2.6.1. Grief fait par la société Sony (sixième branche)

Sixième branche :

outre la sanction de la société Avantage par la société Sony, qui n'est pas contestée par le moyen, la cour d'appel a relevé que les dirigeants des sociétés SNER et Scie Crel avaient déclaré que les représentants de Sony consacraient l'essentiel de leur temps à « *faire remonter les prix* ». De plus, par motifs adoptés de la décision du Conseil, la cour d'appel a encore relevé que le dirigeant de la société SNER avait déclaré que « *Sony veille à ce que les prix conseillés soient strictement respectés par les revendeurs dans les trois à six premiers mois suivant leur sortie* » et encore que Sony avait mis en place un instrument de contrôle des prix résultant du contrat de coopération Marketing Sony et de la diminution de l'encours accordé par Sony à TVHA entre septembre 1997 et novembre 1999.

C'est donc par une appréciation souveraine d'éléments de preuve, inscrits dans le faisceau d'indices et dont la portée dépasse la situation de la seule société Avantage, que la cour d'appel a retenu l'existence de la mise en place d'une police des prix par la société Sony. On déclarera, en conséquence, le moyen non admis.

2.2.6.2. Grief fait par la société Philips (deuxième et neuvième branches)

Deuxième branche :

elle est prise d'un manque de base légale, la cour d'appel n'ayant pas constaté que la clause du contrat de coopération commerciale avait donné lieu, dans son application pratique, à des mesures de contrôle des prix. Pour apprécier la pertinence de ce grief, on se reportera, notamment, aux motifs de l'arrêt qui constatent, d'abord, l'obligation faite aux partenaires de Philips de contrôler les publicités faites par les distributeurs et qui relèvent que ces publicités portaient sur les prix, ensuite, que M. Y..., dirigeant de la société Scie Crel, avait déclaré que « *l'équipe de vente de sa société comptait sept commerciaux sur le terrain qui constataient que les prix conseillés étaient réellement pratiqués par les grandes enseignes de la distribution* ». Le Conseil de la concurrence, dont les motifs sont adoptés, avait relevé en outre les déclarations concordantes du dirigeant de la société SNER et de trois distributeurs pratiquant des prix bas.

Neuvième branche :

c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve que la cour d'appel a estimé que les déclarations du dirigeant de la Scie Crell, confortées par les autres éléments du faisceau d'indices, permettaient d'établir la mise en œuvre concrète de la police des prix. On conclura, en conséquence, à la non-admission du grief.

TROISIÈME PARTIE

MOYEN RELATIF À LA SANCTION

3.1. Analyse du troisième moyen

Le troisième moyen de chacun des pourvois critique les dispositions de l'arrêt relatives au dommage causé à l'économie et aux sanctions prononcées.

3.1.1. Pourvoi formé par la société Philips

Le troisième moyen du pourvoi est articulé en deux branches. La première de ces branches est à rapprocher de la deuxième branche du troisième moyen du pourvoi de la société Sony (voir *infra*).

Première branche :

en estimant, sans expliquer en quoi les pratiques reprochées à Philips et Sony auraient pu peser sur le niveau des prix de marques concurrentes, que le Conseil de la concurrence avait valablement justifié sa décision d'infliger à ces deux sociétés une sanction de 16 millions d'euros chacune, au motif que la consommation intérieure de produits audiovisuels toutes marques confondues s'était élevée en 1998 à 2,6 milliards d'euros et que, dans un marché d'une telle ampleur, l'atteinte au surplus du consommateur résultant d'un niveau de prix de vente au détail plus élevé de l'ordre de 1 % devait être évalué entre 26 et 52 millions d'euros, la cour d'appel aurait violé l'article L. 464-2 du code de commerce.

Seconde branche :

lorsqu'il est appelé à se prononcer sur des griefs d'ententes verticales notifiées à plusieurs fabricants opérant sur un même marché, le Conseil de la concurrence n'en est pas moins tenu d'apprécier le montant de la sanction pécuniaire encourue par chacun d'eux au regard des seules infractions qui lui sont individuellement imputables. Sous peine de méconnaître le principe de la personnalité des peines, le Conseil de la concurrence ne peut ainsi fixer le montant de l'amende encourue par chaque fabricant au regard du dommage à l'économie cumulativement produit par l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles simultanément relevées contre d'autres fabricants. En retenant, d'une part, que la consommation intérieure de produits audiovisuels toutes marques confondues s'était élevée en 1998 à 2,6 milliards d'euros et que, dans un marché d'une telle ampleur, l'atteinte au surplus du consommateur résultant d'un niveau de prix de vente au détail plus élevé de l'ordre de 1 % devait être évalué entre 26 et 52 millions d'euros et, d'autre part, que l'article L. 464-2 du code de commerce n'impose pas de préciser la part spécifique et personnelle des entreprises sanctionnées, mais seulement de déterminer l'ordre de grandeur du dommage, la cour d'appel, qui n'était pas saisie d'un grief d'entente horizontale entre fabricants, mais seulement de plusieurs griefs d'entente verticale entre chaque fabricant et ses distributeurs, aurait violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble le principe de la personnalité des peines.

3.1.2. Pourvoi formé par la société Sony

Ce moyen est composé de trois branches.

Première branche :

la sanction prononcée doit être proportionnée à la gravité des faits reprochés. S'agissant de prix *minima* de revente imposés dans une relation verticale, la Cour suprême des États-Unis a jugé que les prix *minima* dans une entente verticale pouvaient avoir des effets pro-concurrentiels et qu'il n'y avait pas lieu de les interdire *per se* (arrêt *Leegin Creative Leather Products* du 28 juin 2007). En décidant que cette pratique était une faute d'une particulière gravité, la cour d'appel aurait violé les articles L. 420-1 et L. 464-2 du code de commerce.

Deuxième branche :

le dommage causé à l'économie par une entente verticale entre un fournisseur et ses distributeurs a pour mesure la part de marché de référence détenue par ce fournisseur seul affecté par la pratique anti-concurrentielle, de sorte qu'en appréciant le dommage à l'économie par référence à l'ensemble du marché des produits visés par l'entente verticale, et non par référence à la seule part de ce marché détenue par le fournisseur sanctionné pour entente verticale avec ses distributeurs, sans justifier de façon concrète que les prix de vente au public des autres fournisseurs s'en seraient trouvés affectés, la cour d'appel aurait violé l'article L. 464-2 du code de commerce.

Troisième branche :

en retenant que le comportement de la société Sony, groupe d'envergure internationale, serait susceptible de constituer un modèle dans le secteur quand, dans cette affaire, seuls deux fabricants (sur les six d'envergure internationale initialement poursuivis) sont sanctionnés, la cour d'appel aurait statué par un motif inopérant, en violation de l'article 455 du code de procédure civile.

3.2. Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Les sociétés demanderesse font grief à l'arrêt de les avoir condamnées, chacune, à payer une somme de 16 millions d'euros à titre de sanction.

Aux termes de l'article L. 464-2 II du code de commerce, en sa rédaction applicable aux faits de l'espèce, antérieure à la loi du 15 mai 2001, les sanctions doivent être proportionnées à la gravité des faits, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation « de l'entreprise sanctionnée et à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées »⁴⁹. On mentionnera, à titre d'indication des tendances françaises dans leur encadrement européen, que la mission sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles a déposé son rapport le 20 septembre 2010⁵⁰.

3.2.1. Proportionnalité de la sanction à la gravité des faits

Un premier grief concerne la proportionnalité de la sanction à la gravité des faits (pourvoi Sony, troisième moyen, première et troisième branches) :

les pratiques anticoncurrentielles recouvrent les diverses pratiques que sont les abus de position dominante, ententes verticales ou horizontales, le cartel étant considéré comme la pratique la plus grave des ententes horizontales. Selon la doctrine, les restrictions verticales sont généralement placées en bas de l'échelle de la gravité, au sens de l'article L. 462-2 du code de commerce. Mais l'atteinte à la liberté de fixation des prix est, de longue date, considérée comme une pratique extrêmement grave.

La Cour suprême des États-Unis a jugé qu'il n'y avait plus lieu d'interdire *per se* les prix *minima* de revente imposés dans une entente verticale⁵¹. Mais elle a aussi décidé qu'il fallait procéder à une analyse *in concreto* des prix imposés. Si l'on suivait cette évolution de la doctrine économique exprimée par une autorité américaine, il conviendrait de rechercher si la cour d'appel a, ou non, recouru à une approche concrète, sous la double réserve de la nature du contrôle que nous exerçons en qualité de Cour de cassation. Mais on s'interrogera sur le point de savoir si, en tout état de cause, cette analyse économique faite par la Cour suprême des États-Unis a été soumise au Conseil de la concurrence et à la cour d'appel de Paris, et si le moyen est ou non de pur droit.

Pour sa part, la Commission européenne, dans son projet de réforme des règles de concurrence applicables aux restrictions verticales et à la pratique des prix de revente imposés, ne paraît pas avoir choisi une remise en cause du règlement d'exemption. Selon Muriel Chagny, « la Commission [explique] que le droit communautaire, contrairement au droit américain, admet que les entreprises puissent faire valoir des gains d'efficacité éventuels dans le cas de restriction flagrantes de concurrence (...). On observe d'ailleurs que le projet de nouvelles lignes directrices sur les restrictions verticales insiste nettement sur le fait que la présomption que fait naître la présence d'une restriction caractérisée peut être combattue, les opérateurs concernés disposant de la possibilité de se défendre en faisant valoir des gains d'efficacité au sens de l'article 81 § 3 dans un cas donné »⁵².

Ce projet a été repris dans le Règlement UE n° 330/2010 de la Commission, du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des accords verticaux et de pratiques concertées⁵³.

En tout état de cause, la Cour de cassation exerce un simple contrôle de motivation sur l'appréciation tant de la gravité des faits que du dommage causé à l'économie⁵⁴. Sous la réserve de ce contrôle léger, la cour d'appel et l'Autorité de la concurrence apprécient souverainement la proportionnalité de la sanction⁵⁵.

3.2.2. Proportionnalité de la sanction au dommage causé à l'économie

3.2.2.1. La deuxième branche du troisième moyen du pourvoi de la société Sony fait grief à l'arrêt de ne pas avoir évalué le dommage à l'économie, en se limitant à la seule part de marché détenue par celle-ci

On fera d'abord observer que le motif introductif de l'arrêt attaqué, selon lequel le dommage à l'économie est présumé dès lors que l'existence d'une entente est établie, est conforme à un arrêt, demeuré isolé, de la chambre commerciale⁵⁶, qui n'avait pas repris ce principe jusqu'à un arrêt du 7 avril 2010⁵⁷, qui a opéré un

⁴⁹ Article L. 464-2 II code de commerce : « les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ».

⁵⁰ Cf. note *supra*. Il résulte des termes du communiqué de presse concernant ce rapport que, « faisant la synthèse des approches des différents pays de l'Union, les préconisations s'inspirent également fortement de la pratique de la Commission. Leur réflexion a porté aussi bien sur la procédure (introduction plus précoce du débat contradictoire sur la sanction) que sur le mode de calcul de la sanction. Il est ainsi proposé de définir un montant de base correspondant à un pourcentage de la valeur des ventes affectées par la pratique illégale, prenant en compte la durée des pratiques. Ce montant est ensuite pondéré selon des circonstances aggravantes ou atténuantes, telles que, classiquement, l'existence d'une coopération, la situation économique et financière de l'entreprise concernée, la réitération, l'entrave à l'enquête, le rôle moteur dans la pratique incriminée, mais également des propositions novatrices telles que la pondération en fonction de la marge moyenne du secteur concerné ou la prise en compte des programmes de conformité (...). L'objectif fixé est que les sanctions des pratiques anticoncurrentielles soient toujours plus efficaces et dissuasives, mais également prévisibles (...) ».

⁵¹ Cour suprême des États-Unis, 28 juin 2007, *Leegin Creative Leather Products*, et commentaire V. Selinsky et Ch. Montet, *Revue Lamy de la concurrence* 2007, n° 13, Actualités pratiques jurisprudentielles.

⁵² Muriel Chagny, « La réforme des règles communautaires de concurrence applicables aux restrictions verticales : adaptation plutôt que révolution ! », *Revue Lamy de la concurrence* 2009, n° 21, 10-2009. Voir également P. Arhel, « Mise à jour des règles relatives aux restrictions verticales », *La Semaine juridique, édition entreprise et affaires*, n° 35, 27 août 2009, act. 377.

⁵³ Règlement UE n° 330/2010, du 20 avril 2010, JO n° L 102 du 23 avril 2010, p. 0001-0007.

⁵⁴ Com., 7 avril 2010, *Bull.* 2010, IV, n° 70 (à l'occasion d'une entente verticale).

⁵⁵ Com., 18 novembre 2008, pourvoi n° 07-21.743.

⁵⁶ Com., 10 janvier 1995, pourvoi n° 93-10.037, *Sogea*.

⁵⁷ Com., 7 avril 2010, *Bull.* 2010, IV, n° 70, et commentaire Georges Decocq, « Le dommage à l'économie ne se présume pas », *Contrats, Concurrence, Consommation*, n° 6, juin 2010, comm. 164.

revirement. Ce dernier arrêt énonce, dans le chapeau de la cassation, au visa de l'article L. 464-2 du code de commerce, que « *le montant de la sanction d'une pratique ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence doit être proportionné à l'importance du dommage causé par cette pratique à l'économie ; que ce dommage ne saurait être présumé* ».

On peut hésiter à considérer comme surabondant le motif de l'arrêt attaqué, contraire au nouveau principe énoncé par la chambre commerciale. En dépit de l'énoncé de ce principe, erroné, de la présomption de dommage, il conviendra de s'interroger sur un certain nombre d'éléments relevés par la cour d'appel, complétés par des motifs adoptés de la décision de l'Autorité de la concurrence, pour décider, sous réserve de l'étendue de notre contrôle, s'ils sont de nature, en tout état de cause, à caractériser une atteinte à l'économie, abstraction faite du motif erroné précité.

À cet égard, la jurisprudence de la chambre commerciale considère que la sanction peut prendre pour référence l'analyse globale du dommage à l'économie, indépendamment de la part de marché détenue par la société sanctionnée⁵⁸, et que peut être prise en considération la position dominante de l'entreprise sur le marché de référence. Le Conseil de la concurrence et la cour d'appel relèvent, en l'espèce, que la taille du marché affecté par les pratiques litigieuses et l'atteinte au consommateur résultant du niveau de prix de vente au détail, plus élevé de 1 % à 2 %, serait de l'ordre de 26 millions à 52 millions d'euros. Il est encore constaté que les pratiques reprochées avaient été mises en œuvre par les fabricants leaders du marché, les parts de Sony sur celui-ci étant de 9,8 % sur les magnétoscopes, 17 % sur les téléviseurs, 17,5 % sur les DVD et 28 % sur la HIFI.

3.2.2.2. Les deux branches du troisième moyen du pourvoi de la société Philips critiquent l'appréciation, par la cour d'appel, du dommage causé à l'économie.

Le grief fait par la première branche reproche à l'arrêt de n'avoir pas expliqué en quoi les pratiques reprochées aux deux sociétés auraient pu peser sur le niveau des prix des produits de marques concurrentes.

La cour d'appel a considéré que l'entente revêtait une particulière gravité dès lors que les sociétés avaient fait respecter des prix minimum de revente et s'étaient opposées aux distributeurs voulant appliquer des prix plus avantageux pour les consommateurs. La décision du Conseil de la concurrence, dont les motifs sont adoptés, après avoir rappelé, par nature de produits, les parts respectives de marché des sociétés leaders, ce qui n'était pas contesté, a constaté que « *les pratiques consistant à limiter la concurrence intra-marques sont également susceptibles de restreindre la concurrence inter-marques, notamment dans la mesure où elles facilitent les comparaisons de prix entre concurrents* » (décision du Conseil, § 366). Vous aurez à décider si la décision attaquée apporte une réponse à la question prétendument délaissée.

La seconde branche du moyen soutient que la cour d'appel, se prononçant non sur des ententes horizontales, mais sur des griefs d'ententes verticales notifiées à plusieurs fabricants opérant sur un même marché, était tenue d'apprécier le montant de la sanction pécuniaire encourue par chacun d'eux au regard des seules infractions qui leur étaient individuellement imputables. La cour d'appel aurait ainsi violé le principe de la personnalité des peines.

Les pratiques reprochées aux sociétés Sony et Philips étaient identiques et portaient sur les mêmes types de produits, de sorte que l'appréciation du dommage à l'économie causé par chacune de ces pratiques était identique. La question est de savoir si la démarche consistant à apprécier le dommage de façon globale, sans distinguer un dommage spécifique à chacune des pratiques, est critiquable comme contraire au principe d'individualisation des peines.

⁵⁸ Com., 23 juin 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 132.

Avis de Mme Petit

Premier avocat général

« *Idem est non esse et non probari* ». ¹

La preuve, selon la définition d'Henri Lévy-Bruhl, est « *un mécanisme destiné à établir une conviction sur un point incertain* »². Prouver, c'est faire approuver, et la preuve juridique, parce qu'elle est essentiellement une preuve judiciaire, est nécessairement tributaire d'une certaine conception du procès, variable d'un pays à l'autre³.

Le traitement des questions de preuve place le juge dans une situation délicate dès lors qu'il se trouve soumis à deux pressions contradictoires : d'un côté, il doit mettre un terme définitif au litige dont il est saisi, ce qui est un devoir de sa charge mais aussi une condition du maintien de la paix civile, d'un autre côté, il est sommé de répondre aux attentes des citoyens qui, le plus souvent, estiment que justice est rendue à la condition que la vérité soit faite. Tout système de preuve est donc à la croisée de ces deux exigences, et la preuve est intimement liée à la fonction même du procès⁴.

La question de l'admissibilité des preuves est réglée en théorie par référence à deux modèles principaux : celui de la légalité des preuves et celui de la liberté des preuves⁵.

En France, chacun sait que c'est la procédure civile, dite accusatoire, qui illustre le système de la preuve légale, alors que les procédures administrative et pénale, dites inquisitoires, concernent le système de la preuve morale, où domine l'intime conviction du juge.

Les deux pourvois qui sont à l'origine de la réunion de votre assemblée plénière nous invitent à réfléchir sur l'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité en droit processuel, plus particulièrement dans la recherche des preuves.

Question particulièrement complexe car, comme le souligne A. Leborgne, si la loyauté contribue à la manifestation de la vérité, elle peut aussi la réduire au silence... et en appeler à la loyauté en procédure n'est donc pas sans risque, tant la notion est susceptible d'applications contradictoires⁶.

La question de principe est, en l'espèce, la suivante : les enregistrements de conversations téléphoniques effectués par une partie à l'insu de l'auteur des propos captés et produits à titre de preuve devant l'Autorité de la concurrence doivent-ils être déclarés irrecevables comme recueillis déloyalement ?

Rappel des faits et procédure

Le 28 mai 1998, la société Avantage TVHA (Sté Avantage) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques qu'elle estimait anticoncurrentielles, mises en œuvre par des fournisseurs et des distributeurs de produits électroniques grand public. À la suite du dépôt du rapport d'enquête effectuée par la DGCCRF, des griefs ont été notifiés à plusieurs fabricants de produits dits « bruns » (appareils audiovisuels à composante électronique), dont les sociétés Sony et Philips, pour avoir mis en place une entente verticale avec chacun de leurs distributeurs respectifs, ayant pour objet et pour effet de fixer les prix de revente au détail des produits bruns de leur marque, pratique prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce.

Par une décision n° 05-D-66 du 5 décembre 2005, le Conseil de la concurrence a prononcé, à l'encontre des sociétés Sony et Philips, une sanction de 16 millions d'euros chacune, pour avoir mis en œuvre les pratiques d'ententes reprochées.

Par arrêt du 19 juin 2007, la cour d'appel de Paris a confirmé la décision à leur égard.

Sur la recevabilité des cassettes contenant les enregistrements de conversations que M. X..., responsable de la société Avantage, avait tenues avec les représentants des fournisseurs ou des grossistes accompagnées de leur retranscription écrite, elle a énoncé « *qu'en l'absence de texte réglementant la production des preuves par les parties à l'occasion de procédures suivies devant le Conseil sur le fondement des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, c'est à bon droit que le Conseil de la concurrence, qui bénéficie d'une autonomie procédurale tant à l'égard du droit judiciaire privé national qu'à l'égard du droit communautaire, a retenu, en se fondant sur sa mission de protection de l'ordre public économique, sur le caractère répressif de ces poursuites conduisant au prononcé de sanctions pécuniaires et sur l'efficacité qui en est attendue, que les enregistrements en cause, produits par la partie saisissante et non par les enquêteurs ou le rapporteur, ne pouvaient être écartés au seul motif qu'ils avaient été obtenus de façon déloyale, qu'ils étaient recevables dès lors qu'ils avaient été soumis à la contradiction et qu'il lui appartenait seulement d'en apprécier la valeur probante* ». En conséquence, elle a estimé « *que le Conseil de la concurrence a retenu à juste titre*

¹ « *Ne pas être et ne pas être prouvé reviennent au même* ».

² *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique*.

³ *Dictionnaire de la justice*, PUF, preuve, X. Lagarde.

⁴ Paul Ricœur, *Le juste*, éd. Esprit 1995, p. 25.

⁵ *Théorie générale du procès*, L. Cadet, J. Normand et S. Amrani Mekli, Thémis, n° 257.

⁶ A. Leborgne, *RTD civ.* 1996, p. 536 et s.

l'authenticité de ces enregistrements, après avoir relevé que les représentants de la SCIE Crel et de la SNER, lorsqu'ils avaient été entendus par les enquêteurs, avaient reconnu avoir tenu les propos enregistrés et les avaient même précisés ».

Sur pourvoi des sociétés Sony et Philips, la chambre commerciale de votre Cour, par arrêt du 3 juin 2008, a cassé en toutes ses dispositions l'arrêt précité, au visa de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au motif que « *l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisée par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* ».

Statuant sur renvoi après cassation, la cour d'appel de Paris, autrement composée, a, par arrêt du 29 avril 2009, refusé de s'incliner devant la position de la chambre commerciale.

Sur le moyen de nullité de la procédure tiré de l'irrecevabilité, à titre d'éléments de preuve, des enregistrements téléphoniques et de leur transcription par la société Advantage, elle a, en substance, retenu :

- que l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'emporte en lui-même aucune conséquence quant à l'admissibilité des preuves, qui demeure régie par le droit national, mais exige seulement que la procédure garantisse un procès équitable ;

- qu'au regard du droit communautaire, tous les moyens de preuve que les droits procéduraux des États membres admettent sont recevables ; que les infractions aux articles 81 et 82 du Traité CE peuvent être établies par tout moyen ;

- que les dispositions du code de procédure civile, qui ont essentiellement pour objet de définir les conditions dans lesquelles une partie peut obtenir du juge une décision sur le bien-fondé d'une prétention dirigée contre une autre partie et reposant sur la reconnaissance d'un droit subjectif, ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence, qui, dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerce des poursuites à des fins répressives, le conduisant à prononcer des sanctions punitives ;

- que si, en l'espèce, les enregistrements opérés par M. X... ont constitué de sa part un procédé déloyal à l'égard de ceux dont les propos ont été insidieusement captés, ils ne doivent pas pour autant être exclus des débats et privés de toute vertu probante par la seule application d'un principe énoncé abstraitement, mais seulement s'il est avéré que la production de ces éléments a concrètement porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe du contradictoire et aux droits de la défense de ceux auxquels ils sont opposés ;

- qu'aucune des personnes dont les propos ont été recueillis à leur insu, invitées à s'expliquer dans le cadre de l'instruction, n'a protesté contre la déloyauté du procédé ni émis des doutes sur l'authenticité des enregistrements, ni contesté la teneur des entretiens ;

- que ces propos portent uniquement sur des sujets professionnels, à l'exclusion de toute allusion touchant à l'intimité de la vie privée ;

- que, dès lors que ce ne sont pas les propos des représentants des sociétés requérantes qui ont été enregistrés à leur insu, celles-ci ne sont pas fondées à se prévaloir du principe qui garantit à toute personne le droit de ne pas s'auto-incriminer ;

- qu'enfin, dans le contexte particulier d'ententes, qui présentent le plus souvent un caractère occulte, où les victimes sont généralement désarmées et confrontées à la difficulté de fournir des éléments probants à l'appui de leur saisine pour caractériser les manœuvres elles-mêmes déloyales de partenaires économiques puissants et connaissant bien les lois du marché, comme en l'espèce, l'utilisation de tels éléments de preuve n'est pas disproportionnée aux fins poursuivies par le droit de la régulation économique ;

- qu'au vu de ces éléments, les pièces en cause seront maintenues dans le débat.

En définitive, la cour de renvoi a rejeté les recours des sociétés Philips France et Sony à l'encontre de la décision du Conseil de la concurrence, et un nouveau pourvoi a été formé par chacune d'elles.

C'est donc bien la question de l'admissibilité d'enregistrements de conversations téléphoniques opérés à l'insu de l'auteur des propos et destinés, dans le cadre d'un faisceau d'indices, à démontrer l'existence de pratiques anticoncurrentielles qui est au cœur du présent débat ; c'est donc cette question qui est formalisée dans les premiers moyens développés par les sociétés en cause.

Selon le premier moyen, en trois branches, de la société Philips France :

première branche : l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de son interlocuteur constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve devant le Conseil de la concurrence, peu important que les propos enregistrés aient été tenus par une personne distincte de celle à laquelle ils sont opposés ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 14 du Pacte international des droits civils et politiques, ensemble le principe de loyauté qui doit présider à l'obtention des preuves ;

deuxième branche : en jugeant que la production aux débats d'enregistrements de conversations téléphoniques réalisés par le plaignant à l'insu de ses interlocuteurs n'était pas disproportionnée aux fins poursuivies par le droit de la régulation économique, au motif inopérant que les pratiques anticoncurrentielles caractérisent des « *manœuvres déloyales de partenaires économiques puissants connaissant bien les lois du marché* » et « *présentent le plus souvent un caractère occulte* » rendant leur preuve malaisée, quand seul un impératif tenant à la nécessité, pour le plaignant, de se défendre de fausses accusations dirigées à son encontre aurait exceptionnellement pu justifier l'admission d'éléments de preuve obtenus dans de

telles conditions (Crim., 31 janvier 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 27), la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 14 du Pacte international des droits civils et politiques, ensemble le principe de loyauté qui doit présider à l'obtention des preuves ;

troisième branche : enfin et en tout état de cause, les droits de la défense et le principe de l'égalité des armes commandent d'écarter des débats les enregistrements de conversations privées réalisés par le plaignant à l'insu de ses interlocuteurs lorsque le juge n'est pas en mesure de s'assurer que les supports versés aux débats comprennent bien l'intégralité des propos qui ont été enregistrés, dans leurs éléments à charge comme à décharge ; après avoir relevé que M. X..., gérant de la société Avantage, avait produit onze cassettes portant des numéros discontinus s'étalant entre 2 et 18, le Conseil de la concurrence a conclu qu'« il ne [pouvait] être exclu que M. X... ait procédé à d'autres enregistrements sonores sur des cassettes numérotées 1, 7, 8, 9, 10, 11 et 17 non versés au dossier » (§ 225) ; en décidant néanmoins que les enregistrements versés aux débats devaient être maintenus au dossier, aux motifs adoptés que « l'entreprise plaignante a le choix des éléments de preuve qu'elle entend présenter à l'appui de sa saisine » et « qu'aucun élément ne permet de vérifier l'hypothèse selon laquelle les représentants des sociétés mises en cause auraient tenu des propos enregistrés sur ces cassettes (manquantes) » (§ 225), la cour d'appel a violé l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le premier moyen, en trois branches, développé par la société Sony, fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté son recours en annulation contre la décision du Conseil de la concurrence :

première branche : alors, d'une part, qu'en vertu des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14 du Pacte international des droits civils et politiques, est irrecevable à titre de preuve devant le Conseil de la concurrence un enregistrement obtenu à l'insu d'une personne, en contravention avec le principe de loyauté qui doit présider à l'obtention des preuves ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les textes susvisés et le principe de loyauté en matière d'obtention des preuves ;

deuxième branche : alors, d'autre part, qu'en tout état de cause, nul ne peut être mis en accusation sans avoir été préalablement entendu ou dûment appelé ; que si la procédure devant le Conseil est assimilable à une procédure répressive, nul ne peut alors recevoir une notification de griefs sans avoir été préalablement entendu ou dûment appelé ; qu'en ne recherchant pas en l'espèce, comme l'y invitait la société Sony, si celle-ci, au stade de l'enquête ou au stade de l'instruction, avant de recevoir l'acte d'accusation que constitue la notification de griefs, avait été mise régulièrement en accusation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe susvisé et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

troisième branche : alors, enfin, que les principes de loyauté des preuves et du droit à la non-auto-incrimination imposent la transcription des questions posées à l'occasion de l'établissement des procès-verbaux d'audition prévus par l'article L. 450-2 et L. 450-3 du code de commerce ; qu'en retenant qu'une telle transcription ne s'imposerait pas parce qu'elle ne serait prévue par aucun texte, la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14 du Pacte international des droits civils et politiques.

Les deuxième et troisième moyens, subsidiaires, qui critiquent l'entente retenue à l'encontre de deux sociétés ainsi que les sanctions pécuniaires infligées, mais qui ne justifient pas la réunion de l'assemblée plénière, ne seront examinés qu'*in fine*.

*
* *

Tout d'abord, existe-t-il, en droit positif, un principe de loyauté en matière de preuve ? (I)

C'est la première question sur laquelle on peut s'interroger, avant d'examiner la loyauté de la preuve au regard des exigences de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (II).

L'analyse de notre droit interne révèle une intensité variable du concept de loyauté, selon les contentieux concernés (III).

Dès lors, les exigences combinées du procès équitable et de notre droit interne imposent-elles une traduction adaptée quant au traitement de la preuve dans la régulation de la concurrence économique ? (IV)

I. - Existe-t-il un principe de loyauté en matière de preuve en droit positif ?

La loyauté est, on le sait, une vertu qui fait référence à une valeur universelle, mais sa traduction dans les relations processuelles implique qu'elle soit identifiée par le biais d'une obligation juridique, sanctionnée en cas de non-respect, de façon à permettre d'en assurer son application. En effet, le succès de son passage de la sphère morale à la sphère juridique dépend de son degré d'intégration dans le droit positif.

Comme le souligne M. E. Boursier⁷, la notion ne peut réellement recevoir de définition précise en raison de la nature polymorphe de la loyauté, qui prend des formes et des contenus différents selon les situations. Issu du droit naturel, le choix des instruments destinés à son application effective en droit processuel est loin d'être évident. Faut-il considérer la loyauté comme constituant un principe directeur du procès⁸ et, si oui, quels en sont les fondements et la portée ? Comment, en quelque sorte, introduire en cette matière une exigence générale d'éthique des comportements ?

⁷ *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz 2003, Thèse.

⁸ « Le principe de loyauté en droit de la preuve », L. Raison Rebutat, *Gazette du Palais*, juillet-août 2002.

En réalité, il apparaît qu'aucune disposition de procédure, ni civile ni pénale, n'érige explicitement la loyauté en principe directeur du procès⁹ ; dès lors, dans le silence des textes, sa force reste incertaine.

On sait toutefois que l'adjectif « loyal » vient du latin « *legalis* », c'est-à-dire « conforme à la loi », « à ce qui est requis par la loi »¹⁰, ce qui nous invite à déterminer ses fondements sur le terrain juridique.

Dans le cadre de la recherche de la preuve, **la loyauté sert des objectifs qui fluctuent**¹¹ :

Ainsi :

- la manifestation de la vérité judiciaire « dans les formes admises par la loi » ;

L'article 10 du code civil rappelle que « *chacun est tenu d'apporter son concours à la justice* ».

Ainsi encore, selon l'article 9 du code de procédure civile, « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». *A contrario*, un mode de preuve n'est pas admissible lorsqu'il est prohibé par la loi et doivent ainsi être écartés les documents obtenus au prix d'une infraction pénale ;

- le droit au respect de la vie privée ou au secret professionnel, qui est protégé par plusieurs dispositions légales : l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 9, les articles 259 et 259-1 du code civil, les articles 226-1 et 226-13 du code pénal.

Mais les instruments juridiques sur lesquels s'appuie le plus souvent la moralisation de la preuve ont pour assise la Convention européenne, et principalement son article 6, qui consacre :

- les droits de la défense, dont la valeur constitutionnelle a été expressément reconnue¹², et parmi lesquels figurent le respect du principe du contradictoire, dont les règles sont précisées par les articles 14 à 19 du code de procédure civile ;

- le principe d'impartialité, qui impose le droit à un juge qui puisse se prononcer sans parti pris, en se référant uniquement aux éléments de fait et de droit obtenus à l'issue d'un débat contradictoire ;

- l'égalité des armes, qui implique, dans l'administration de la preuve, que les parties puissent présenter leurs éléments de preuve au juge et contester ceux fournis par l'adversaire, les juges du fond appréciant souverainement la pertinence de ces éléments de preuve ;

- le principe du respect de la dignité humaine, consacré comme principe de valeur constitutionnelle¹³, est également parfois invoqué à l'appui de la loyauté.

Au vu de ces divers fondements juridiques, loin d'être exhaustifs, il est clair que l'exigence de la loyauté de la preuve n'apparaît généralement pas à découvert, mais se dissimule derrière d'autres principes mieux établis¹⁴.

La doctrine s'interroge : peut-on réellement considérer qu'il existe un principe de loyauté sur le terrain de la preuve faisant partie des principes directeurs du procès et qui transcende les règles précitées ? Les réponses sont loin d'être unanimes.

Pour le professeur Perrot, « *si principe il doit y avoir, ce ne peut être tout au plus qu'un principe d'interprétation pour aider le juge à surmonter les défaillances réglementaires, et non un principe directeur, ouvert à tous vents par la puissance de son universalisme, au besoin contra legem* ».

Pour L. Cadiet, si l'idée est à la mode, elle n'est pas nouvelle et n'apporte pas grand chose de plus aux principes fondamentaux du procès civil déjà consacrés à travers les exigences du procès équitable, les principes directeurs du procès et bien d'autres règles qui la sous-entendent. Lorsque l'article 3 du code de procédure civile confie au juge le pouvoir de veiller « *au bon déroulement de l'instance* », c'est le « *déroulement loyal de la procédure* » qu'il entend, ainsi que le confirme expressément l'article 763 du code de procédure civile, et cette mission, il la confie à un juge qui a prêté serment « *de bien et fidèlement remplir ses fonctions... et de se conduire en tout comme un digne et loyal magistrat* ». La loyauté est donc une qualité générale attendue du juge et une qualité particulière attendue des parties dans le respect de la contradiction et de leur obligation de concourir à la manifestation de la vérité, davantage qu'un principe directeur autonome du procès.

Et le professeur Cadiet estime, à juste titre nous semble-t-il, qu'il n'est pas souhaitable que le principe de loyauté soit érigé en principe autonome, sauf, dit-il, à vider notamment le chapitre premier du code de procédure civile de sa substance éprouvée au profit d'un concept trop général et trop subjectif pour servir de grammaire commune fiable et sûre¹⁵ ;

Pour L. Miniato, « *l'introuvable principe de loyauté en procédure civile* »¹⁶ ne saurait être un principe directeur de la procédure pour trois raisons :

1^o parce que les applications de la loyauté se rattachent à d'autres règles ou principes qui existent déjà, c'est donc un principe inutile ;

⁹ A. Leborgne, article précité.

¹⁰ Le nouveau Petit Robert.

¹¹ V. Perrocheau, *LPA*, 17 mai 2002, n° 99, p. 6.

¹² *D.* 1988-117.

¹³ Décision du 27 juillet 1994.

¹⁴ Ph. Bonfils, *Daloz* 2005, *Jurisprudence*, p. 122 et s.

¹⁵ L. Cadiet, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC*, 15 mars 2006.

¹⁶ *Daloz* 2007, chronique p. 1035.

2° parce que des applications de la loyauté peuvent conduire à des résultats discutables, c'est donc un principe inopportun ;

3° le recensement des applications de la loyauté amène à constater que la loyauté aboutit à des résultats contradictoires, ce serait enfin un principe incohérent.

Ainsi, le principe de loyauté, s'il existe, ne doit être rien d'autre que le respect de la loi.

En réalité, les règles françaises de procédure, tant civiles que pénales ou administratives, ont été progressivement passées au tamis des principes du procès équitable, lequel veille à l'équité de l'ensemble du processus délibératif. Par l'application des principes de l'impartialité et de la contradiction, qui s'épaulent mutuellement et auxquels s'ajoute celui de l'égalité des armes, il est dorénavant le véritable garant de l'exigence de loyauté. Et d'ailleurs, la version anglaise du droit au procès équitable comporte le terme « *fair* » et non « *equity* », lequel signifie exactement loyauté.

Comme le souligne S. Guinchard, le procès équitable est désormais intimement lié à la loyauté et partage avec elle tant son caractère de notion morale érigée en notion juridique que son caractère fonctionnel.

II. - La loyauté de la preuve au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Le procès et les règles de preuve se voient donc irrigués par les exigences du procès équitable, garanti à tout justiciable, au titre de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Mais il convient d'emblée de préciser que le droit européen ne se satisfait pas des définitions classiques de notre droit interne : matière civile, matière pénale ou encore administrative. Il s'attache aux caractéristiques fonctionnelles d'un contentieux donné qui déterminera sa qualification sans se borner à la qualification formelle, ce qui nécessitera de clarifier l'appartenance exacte du contentieux relevant de l'Autorité de la concurrence, dans la mesure où une distinction de régime pourra exister entre la matière pénale et la matière civile au sein de la loyauté processuelle¹⁷.

Le périmètre de la matière « dite pénale » selon la Cour européenne

Le doyen Guinchard définit la matière pénale issue de la jurisprudence de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales comme la matière qui va au-delà du droit pénal, au sens formel, pour s'étendre à « *toute accusation en matière pénale* ». Elle peut donc se définir hors des sources formelles du droit pénal et être mise en œuvre par des organes non judiciaires. Au sein de ces procédures, c'est certainement le contentieux économique, composé de décisions s'apparentant à des sanctions rendues par les Autorités de régulation économique, qui doit profiter de la qualification de matière pénale.

Ainsi, par arrêt du 21 février 1984 (affaire Oztruck c/ Allemagne), la Cour européenne énonce : « *Ayant réaffirmé l'autonomie de la notion de « matière pénale », telle que la conçoit l'article 6, la Cour doit rechercher si la contravention administrative commise par le requérant relève ou non de ladite matière. À cette fin, elle retient les critères adoptés dans son arrêt Engel ; il importe de savoir si le texte définissant l'infraction en cause ressortit ou non au droit pénal d'après la technique juridique de l'État défendeur ; il y a lieu d'examiner ensuite, eu égard à l'objet et au but de l'article 6, au sens ordinaire de ses termes et au droit des États contractants, la nature de l'infraction ainsi que la nature et le degré de gravité de la sanction que risque de subir l'intéressé* ».

La Cour européenne consacre le principe de liberté des États, dans la recherche de la preuve, sous réserve d'un contrôle strict de l'équité du procès

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales entérine le principe de la liberté de la recherche de la preuve, se refusant à régler la question de l'administration de la preuve. Dans son arrêt Schenk c/ Suisse du 1^{er} juillet 1988, sur avis conforme de la Commission européenne, la Cour énonce que l'admissibilité des preuves relève des droits internes et donne une sorte de blanc-seing aux États, tout en précisant qu'« *elle ne saurait exclure par principe, in abstracto, l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale* ».

La Commission considère dès lors qu'elle n'a pas pour tâche de dire si les tribunaux ont correctement apprécié les preuves qui leur ont été soumises, mais d'examiner si les moyens de preuve produits pour et contre l'accusé ont été présentés de manière à garantir un procès équitable. **Il incombe seulement aux organes de la Convention de rechercher si la procédure, considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, revêt un caractère équitable**¹⁸.

Ainsi, dans l'affaire Schenk, s'agissant d'enregistrements téléphoniques recueillis illégalement, la Cour, après avoir relevé qu'il n'y avait pas eu méconnaissance des droits de la défense, que le requérant avait eu la possibilité d'en contester l'authenticité et d'en combattre l'emploi, que l'enregistrement n'avait pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation, a considéré que l'utilisation de l'enregistrement litigieux comme pièce à conviction n'avait pas privé le requérant d'un procès équitable.

Plusieurs arrêts de la Cour sont venus réaffirmer cette position qui démontre que, manifestement, elle souhaite ne pas heurter la diversité des droits nationaux et la spécificité des cultures judiciaires, tout en préservant son contrôle sur le caractère équitable de toute la procédure¹⁹.

¹⁷ M. E. Boursier, précité.

¹⁸ M. Van de Kerchove, *Rev. sc. crim.*, janvier-mars 1992 ; arrêt Windisch, Cour européenne des droits de l'homme, 27 septembre 1990.

¹⁹ Teixeira c/ Portugal, 9 juin 1998, Jalloh c/ Allemagne, 11 juillet 2006.

Elle exige ainsi le respect des droits de la défense, le respect de l'égalité des armes et se prononce point par point à cet égard.

L'article 6 implique notamment, à la charge du tribunal, l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties. En effet, le droit à une procédure contradictoire implique en principe le droit pour les parties de se voir communiquer et de discuter toutes pièces et observations présentées au juge, en vue d'influencer sa décision²⁰. Toute partie à la procédure doit avoir la possibilité de se familiariser avec les preuves administrées devant le tribunal et de faire des commentaires sur leur existence, leur contenu et leur authenticité, sous une forme et dans un délai convenable, par écrit et par avance si besoin est^{21 22}.

Dans l'affaire Rowe et Davis c/ Royaume-Uni (16 février 2000), la Cour a admis que les requérants étaient privés d'un procès équitable « *lorsque des preuves ont été dissimulées à la défense au nom de l'intérêt public* » ; « *il n'appartient pas à la Cour de dire si pareille attitude était absolument nécessaire car, en principe, c'est aux juridictions internes qu'il revient d'apprécier les preuves produites devant elles ; la Cour a quant à elle pour tâche de contrôler si le processus décisionnel appliqué dans un cas donné a satisfait autant que possible aux exigences du contradictoire et de l'égalité des armes et était assorti des garanties aptes à protéger les intérêts de l'accusé* ».

La Cour européenne ne condamne pas, par principe, le recours à des preuves d'origine déloyale

Au-delà de tout formalisme et dans une démarche pragmatique, la Cour tient compte des obstacles matériels rencontrés par les droits internes, et particulièrement des difficultés pour recueillir et rassembler les preuves de la culpabilité des personnes mises en cause ; elle n'ignore pas moins les enjeux relatifs à la répression efficace des infractions et à la sécurité publique. En conséquence, le domaine de la recherche de la preuve, particulièrement susceptible de heurter les droits des justiciables, surtout en matière pénale, s'avère un terrain de compromis et de nuances.

Ainsi, dans l'affaire Bykov c/ Russie²³, le requérant s'étant, notamment, plaint d'un enregistrement dissimulé comme preuve à charge dans le cadre d'une procédure pénale intentée contre lui, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 6 § 1, car les déclarations du requérant, enregistrées de manière subreptice, n'avaient pas été faites sous une quelconque forme de contrainte, n'avaient pas été prises en compte directement par les juridictions internes, qui s'étaient plutôt fondées sur l'expertise à laquelle avait été soumis l'enregistrement, et étaient enfin corroborées par une série de preuves matérielles. La Cour a considéré que les droits de la défense du requérant et son droit à ne pas s'incriminer lui-même avaient bien été respectés.

En revanche, dans l'affaire Jalloh c/ Allemagne²⁴, la Cour a posé clairement des limites dans la recherche de la preuve, estimant, dans une procédure de trafic de stupéfiants, que l'administration d'un émétique constituait un traitement inhumain et dégradant que l'intérêt public ne pouvait justifier et que la manière dont les éléments de preuve avaient été retenus dans cette affaire ainsi que l'utilisation qui en avait été faite avaient porté atteinte au droit du requérant à ne pas contribuer à sa propre incrimination.

En matière civile

La Cour européenne rappelle également que « *si la Convention garantit dans son article 6 § 1 le droit à un procès équitable, elle ne régleme pas pour autant l'admissibilité des preuves ou leur appréciation, matière qui relève dès lors au premier chef du droit interne et des juridictions nationales* »²⁵.

Il convient donc d'examiner la jurisprudence interne dans sa diversité relative à l'appréciation de l'admissibilité de la preuve.

III. - L'intensité variable de l'appréciation de la loyauté de la preuve en droit interne et les enregistrements réalisés à l'insu des interlocuteurs

Comme l'analyse très justement X. Lagarde²⁶, tant qu'un conflit met exclusivement en jeu des intérêts privés, le juge peut camper dans une position d'arbitre, le traitement de la preuve et la charge de la manifestation de la vérité incombant en France aux parties, qui introduisent seules l'instance et en déterminent les limites par leurs prétentions respectives. La vérité recherchée est la vérité des plaideurs, qui, une fois filtrée par le juge, devient la vérité judiciaire.

Mais cette position est difficilement tenable lorsque le procès se déroule devant une juridiction répressive. Dès lors que la société est intéressée, et tel est le cas dans un procès pénal, la responsabilité morale du juge est telle qu'elle le contraint à une prise en considération plus tangible de la « demande sociale ». Et comme il est acquis qu'on ne condamne pas les innocents, il s'ensuit que la demande de vérité est là plus forte qu'ailleurs : « *il faut faire la vérité* ». Et parce que notre culture juridique est telle que nous accordons peu de crédit aux personnes intéressées par un conflit, le droit français s'est de longue date orienté vers une judiciarisation de la preuve pénale.

Ainsi, la nature du contentieux influence le rapport du juge à la vérité et à la preuve, et permet de mieux comprendre la divergence d'appréciation des jurisprudences.

²⁰ Cour européenne des droits de l'homme, 11 janvier 2000, affaire Quadrelli c/ Italie.

²¹ R. Legeais, « Le droit de la preuve à la Cour européenne des droits de l'homme », *Mélanges O. P. Couvrat*, PUF 2001, p. 256 et s.

²² Cour européenne des droits de l'homme, 3 mars 2000, affaire Kremar et autres c/ République tchèque.

²³ Arrêt de Grande chambre du 10 mars 2009.

²⁴ Arrêt du 11 juillet 2006.

²⁵ Arrêt Garcia Ruiz c/ Espagne, 21 janvier 1999, et Kalender c/ Turquie, 15 décembre 2009.

²⁶ *Dictionnaire de la justice*, sous la direction de L. Cadiet, précité.

Dans sa décision du 5 décembre 2009²⁷, le Conseil de la concurrence souligne d'ailleurs la diversité des positions adoptées par les différentes chambres de votre Cour qui se sont prononcées sur la question des enregistrements réalisés à l'insu des personnes dont la conversation a été enregistrée.

En matière civile

Comme nous l'avons déjà rappelé, la preuve en matière civile *lato sensu* consiste à démontrer l'existence d'un fait ou d'un acte **dans les formes admises par la loi**.

Le contentieux du divorce, qui traite des relations intimes des époux, implique la nécessité d'encadrer la preuve du fait juridique ; ce que font les articles 259 et 259-1 du code civil.

Ainsi, « *le juge ne peut, pour écarter des débats les lettres de l'épouse à des tiers ainsi que son journal intime, énoncer que leur production porte atteinte à la vie privée de celle-ci sans constater que le mari s'est procuré ces documents par fraude ou violence* » (2^e Civ., 29 janvier 1997).

Et, par arrêt du 17 juin 2009²⁸, la première chambre énonce « *qu'en matière de divorce, la preuve se fait par tous moyens, et le juge ne peut écarter des débats un élément de preuve que s'il a été obtenu par violence ou fraude. Dès lors, viole les articles 259 et 259-1 du code civil une cour d'appel qui écarte des débats des mini-messages, dits SMS, reçus sur le téléphone portable professionnel d'un époux, sans constater que ces messages ont été obtenus par violence ou par fraude* ».

La loyauté semble ainsi présumée, sauf à établir la violence ou la fraude, dès lors qu'en ce domaine, la preuve met presque toujours en cause l'intimité des époux, et le choix de politique jurisprudentielle apparaît tourné vers l'efficacité de la preuve et la recherche de la vérité.

En matière de prêt, la deuxième chambre civile a cassé, le 7 octobre 2004, au visa des articles 9 du nouveau code de procédure civile et 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'arrêt d'une cour d'appel en énonçant « (...) *que l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue* ».

En matière sociale, l'arrêt Nikon du 2 octobre 2001 décide que « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors, sans violation de cette liberté fondamentale, prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail* ».

S'agissant d'enregistrements de paroles et d'images à l'insu de l'intéressé, la chambre sociale, au visa de l'article 9 du nouveau code de procédure civile, a affirmé que « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite. Une cour d'appel ne peut donc, sans violer l'article 9 du nouveau code de procédure civile, retenir, à l'encontre d'un salarié, l'existence d'une faute grave en se fondant sur un enregistrement effectué par l'employeur, au moyen d'une caméra, du comportement et des paroles de la salariée, alors qu'il résultait du procès-verbal du transport sur les lieux que la caméra était dissimulée dans une caisse, de manière à surveiller le comportement des salariés sans qu'ils s'en doutent* »²⁹.

Mais, par arrêt du 23 mai 2007, cette même chambre a estimé que « *si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur* »³⁰.

Enfin, elle a cassé, par arrêt du 16 décembre 2008, au visa de l'article 9 du code de procédure civile et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la décision d'une cour d'appel au motif que « *si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps du travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de surveillance clandestin et, à ce titre, déloyal* » ; dans cette affaire, les inspecteurs de la Caisse d'épargne avaient écouté la conversation téléphonique entre le salarié et une cliente pour en retranscrire la teneur dans leur rapport, sans vérifier (indique l'arrêt) si ce mode de contrôle de l'activité des salariés avait été préalablement porté à leur connaissance. Dans cette matière, le procédé de preuve est utilisé sur le lieu du travail et le local professionnel est assimilable à un lieu privé.

Cependant, J.-P. Lacroix-Andrivet³¹ estime que l'on ne se situe plus là sur le terrain de l'atteinte à la vie privée, mais sur celui de l'obligation de loyauté dans le travail.

Il est clair que, dans toutes ces matières, la preuve devient l'objet d'un enjeu considérable dès lors que lui est assignée une fonction de protection d'une des parties à l'instance. Ainsi, en droit social, l'objectif de la jurisprudence évoquée est d'assurer la protection des salariés. Le régime de la preuve ne repose pas sur le principe de loyauté, mais sur la volonté de rétablir un équilibre entre les parties au contrat de travail³².

²⁷ P. 56 et s.

²⁸ Bull. 2009, I, n° 132.

²⁹ Bull. 1991, V, n° 519.

³⁰ Bull. 2007, V, n° 85.

³¹ Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz Action 2009/2010, ch. 111-27.

³² Thèse M. E. Boursier, précitée, p. 214.

La jurisprudence de la chambre commerciale s'avère pragmatique

Dans un arrêt du 25 février 2003³³, elle a approuvé le rejet des débats d'une conversation téléphonique enregistrée à l'insu de son correspondant comme étant un moyen de preuve obtenu de manière déloyale.

Mais, par arrêt du 15 mai 2007³⁴, elle a cassé la décision d'une cour d'appel, au visa des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions ; que, par ailleurs, toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite et qu'une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence* ».

Très récemment, par arrêt du 19 janvier 2010³⁵, elle a considéré que « *le principe du respect des droits de la défense ne justifie la divulgation, dans un procès civil, d'informations couvertes par le secret de l'instruction devant le Conseil de la concurrence que si cette divulgation, incriminée par l'article L. 463-6 du code de commerce, est nécessaire à l'exercice de ces droits* ».

Mais c'est dans le cadre de l'analyse de la spécificité de la loyauté de la preuve dans l'ordre concurrentiel que nous développerons les objectifs de la fonction de la preuve dans le contentieux économique.

Ainsi, l'étude du contentieux civil dans le droit de la preuve met en exergue une progression graduelle de l'exigence de loyauté dans la recherche de la preuve en fonction des intérêts protégés par la jurisprudence.

En matière pénale

C'est le principe de la liberté de la preuve qui domine la procédure pénale. La valeur probante de la preuve pénale, sa charge et ses différents modes sont prévus principalement par les articles 427 à 457 du code de procédure pénale. **Selon l'article 427 du code de procédure pénale, « Hors les cas ou la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve ».**

La jurisprudence diffère cependant selon que la preuve est administrée par les détenteurs de l'autorité publique ou par un particulier, l'exigence de loyauté étant beaucoup plus rigoureuse à l'égard des premiers.

S'agissant des particuliers, les juges ne peuvent écarter les moyens de preuve qu'ils produisent au seul motif qu'ils ont été obtenus de façon illicite ou déloyale. Il leur appartient seulement d'en apprécier la valeur probante. La chambre criminelle de la Cour de cassation a admis dès 1958, dans une décision du 18 février, la validité de l'enregistrement des déclarations d'un témoin fait à son insu et produit par un tiers.

Néanmoins, l'article 226-1 du code pénal sanctionne le fait de porter volontairement atteinte à l'intimité de la vie privée dans le cas d'enregistrements, sans le consentement de leur auteur, au moyen d'un procédé quelconque, de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel. L'élément intentionnel de cette infraction implique bien la volonté de porter atteinte à la vie privée d'autrui³⁶.

Mais la jurisprudence de la chambre criminelle exclut de cette incrimination l'enregistrement de conversations professionnelles : par arrêt du 14 février 2006³⁷, elle a rejeté un pourvoi à l'encontre d'une décision de cour d'appel en énonçant que « *l'enregistrement de propos qui entrent dans le cadre de la seule activité professionnelle des intéressés n'était pas de nature à porter atteinte à l'intimité de leur vie privée* »³⁸.

De même, la chambre criminelle a jugé que n'a pas méconnu les articles 427 du code de procédure pénale, 226-1 et 441-7 du code pénal, enfin 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales la cour d'appel qui condamne la prévenue du chef d'usage d'attestation inexacte pour avoir, au cours de l'instance en divorce, produit une attestation établie par une amie, dont la fausseté résultait d'une conversation téléphonique entre les conjoints, enregistrée par le mari. L'arrêt énonce « *qu'en statuant ainsi, et dès lors que l'enregistrement de la conversation téléphonique privée... était justifié par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont il était victime et de répondre, pour les besoins de sa défense, aux accusations de violence qui lui étaient imputées, la cour d'appel, devant qui la valeur de ce moyen a été contradictoirement débattue, n'a pas méconnu les textes et dispositions conventionnelles visés au moyen* ».

On constate que la chambre criminelle respecte scrupuleusement le modèle promu par la Cour européenne dans sa vision du procès équitable et se refuse à écarter, d'emblée et « *in abstracto* », une preuve, dût-elle être déloyale.

Contrairement aux allégations des demandeurs au pourvoi, qui invoquent une jurisprudence relative au secret médical³⁹ sans lien avec la problématique ici posée, la chambre criminelle n'a pas modifié sa position.

Ainsi, très récemment, par arrêt du 27 janvier 2010⁴⁰, elle a réaffirmé « *qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter des moyens de preuve remis par un particulier aux services d'enquête au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale, et qu'ils leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante, après les avoir soumis à la discussion contradictoire* ».

³³ Pourvoi n° 01-02.913.

³⁴ Bull. 2007, IV, n° 130.

³⁵ Bull. 2010, IV, n° 8.

³⁶ Crim., 7 octobre 1997, Bull. crim. 1997, n° 324.

³⁷ Bull. crim. 2006, n° 38.

³⁸ Idem, crim., 16 janvier 1990, Bull. crim. 1990, n° 25.

³⁹ Arrêt du 24 avril 2007, Bull. crim. 2007, n° 108.

⁴⁰ Bull. crim. 2010, n° 16 (rejet).

Ce régime très libéral de la preuve apportée par un tiers, la partie civile ou la partie poursuivie répond à des enjeux particuliers ; en effet, l'application des règles pénales vise à assurer l'ordre public dans ses éléments de sécurité, de sûreté et de tranquillité, objectifs nécessaires à la paix sociale.

Certes, dans un État de droit, la fin ne peut justifier tous les moyens, mais les limites au principe de liberté en cette matière sont à déterminer par la recherche d'un équilibre satisfaisant entre l'efficacité du système pénal et la garantie des droits de l'homme. Il faut également tenir compte de la disproportion du rapport de forces en présence⁴¹.

En conséquence, pour la chambre criminelle, un acte qui révèle la vérité ne peut être considéré comme déloyal sans examen, et le principe de l'intime conviction fonde l'appréciation par le juge de la force probante de la preuve.

La position de la Cour européenne cautionne cette jurisprudence.

Mais, la matière pénale, nous l'avons dit, va au-delà du droit pénal *stricto sensu*. Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel, elle recouvre également le contentieux issu des procédures administratives qui répondent à sa définition, comme le contentieux économique et, notamment, celui relevant de la compétence de l'Autorité de la concurrence.

IV. - La loyauté de la preuve devant l'Autorité de la concurrence : une traduction nécessairement adaptée à l'ordre concurrentiel économique

Les principes de la preuve devant le Conseil⁴² de la concurrence revêtent une importance particulière du fait de la spécificité du procès économique, de la recherche du respect des règles du marché et, bien sûr, de la gravité des sanctions encourues. En effet, la sanction prononcée n'est pas seulement la rétribution individuelle d'une atteinte aux règles du marché, c'est aussi un signal adressé à l'ensemble des acteurs économiques, au-delà de l'auteur du manquement⁴³.

La souplesse caractérise les principes de la preuve dans ce contentieux, le rapprochant du contentieux administratif et répressif, et la procédure devant le Conseil est imprégnée fortement par le modèle juridictionnel⁴⁴, adoptant le caractère inquisitorial de l'instruction.

Un régime de la preuve caractérisé par sa souplesse

Si la procédure devant le Conseil est régie de façon minutieuse aux articles R. 420-1 à R. 470-4 du code de commerce, il n'existe aucun texte traitant de la preuve devant lui, à l'exception de l'article L. 462-8 du même code, qui dispose : « *il peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* ». Ainsi, « *aucun texte ne fait obligation à la partie saisissante de rapporter au Conseil la preuve des agissements qu'elle dénonce ; il lui appartient seulement d'assortir ses déclarations d'indices crédibles permettant de présumer l'existence de pratiques illicites* »⁴⁵.

Le principe gouvernant l'admissibilité de la preuve devant l'Autorité de la concurrence est donc celui de la liberté de la preuve ; à défaut de système légal de preuve, les faits rapportés peuvent être prouvés par tous moyens⁴⁶, et il appartient à l'Autorité de la concurrence de tirer librement les conclusions des faits qui lui sont présentés ou qu'elle découvre de quelque manière que ce soit : ce système probatoire est celui de l'intime conviction⁴⁷, **et la doctrine qualifie cette procédure de « para-pénale » ou « quasi pénale »**⁴⁸.

Comme l'explique Mme le conseiller Michel-Amsellem dans son rapport devant la chambre commerciale, « *lorsque les dispositions régissant sa procédure se sont révélées lacunaires, le Conseil, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, s'est inspiré de principes énoncés dans le cadre de procédures proches de la sienne et, souvent, en raison du caractère punitif des décisions qu'il prononce, de la procédure pénale* ».

En conséquence, à l'instar de la matière pénale et dès lors qu'ils tendent à établir des pratiques anticoncurrentielles⁴⁹, l'admissibilité et les modes de preuve s'avèrent très libéraux, sous réserve que la recherche probatoire soit régulière et loyale. C'est pourquoi, si le plaignant produit devant le Conseil de la concurrence une preuve obtenue par la commission d'un délit pénal, toute valeur probante lui est refusée, mais la procédure n'en est pas moins poursuivie jusqu'à son terme, et non annulée, comme le demandait l'entreprise poursuivie⁵⁰.

Il existe, dans la pratique, deux modes de preuves devant le Conseil de la concurrence : la preuve *directe* de pratiques anticoncurrentielles, fondée sur l'existence formelle d'écrits se suffisant à eux-mêmes, et la preuve *indirecte*, tirée de présomptions fondées sur l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants. La valeur probante de ces indices ne s'entend que collectivement ; individuellement, ils n'en ont aucune⁵¹.

⁴¹ E. Molina, « *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain* », 2000.

⁴² Désormais « *Autorité* ».

⁴³ J. Marimbert, « *L'office des autorités de régulation* », *Petites affiches*, 3 juin 2002.

⁴⁴ J.-J. Menuret, « *Le contentieux du Conseil de la concurrence* », Fondation Varenne, 2002.

⁴⁵ Conseil de la concurrence, décision n° 04-D-48 du 14 octobre 2004, *BOCC*, 21 janvier 2005.

⁴⁶ Conseil de la concurrence, décision n° 93-D21, 8 juin 1993.

⁴⁷ J.-J. Menuret, « *Le contentieux de la concurrence* », précité, n° 243.

⁴⁸ *RTD Eur.*, juin 2007, E. Barbier de la Serre et A.-L. Sibony, p. 224.

⁴⁹ *Com.*, 8 décembre 1992, *LPA* 1993, n° 51, p. 4.

⁵⁰ Conseil de la concurrence, décision n° 94-D 30, 24 mai 1994.

⁵¹ *RTD com.* 1990, p 518, obs. Bouzat.

Dans une intervention du 7 octobre 2003, intitulée « *Le regard du Conseil de la concurrence sur la mise en œuvre du principe de loyauté* », Mme Hagelsteen⁵² expose, après avoir défini la loyauté comme le fait « *d'adopter un comportement ou des règles sur lesquels autrui puisse fonder ses prévisions* », que, devant le Conseil, ce concept est mis en œuvre lors de deux phases distinctes de la procédure :

« *- lors de la phase préalable d'enquête administrative, l'enquête n'étant pas soumise au principe du contradictoire, ... il recouvre essentiellement le principe de non auto-incrimination ;*

- lors de la procédure devant le Conseil proprement dite (phase d'instruction par le rapporteur et phase de jugement), le contradictoire est organisé et garanti par les textes, la notion de loyauté se confond alors, pour l'essentiel, avec les obligations liées au principe de la contradiction, mais rejoint aussi celles découlant des principes d'égalité des armes, d'impartialité et d'indépendance ».

L'analyse des principes régissant l'administration de la preuve devant le Conseil de la concurrence révèle toute leur originalité, dans l'objectif de répondre au mieux aussi bien aux nécessités d'un contentieux spécifique qu'aux difficultés d'apporter la preuve de pratiques nécessairement occultes.

Quelle est la position de la chambre commerciale ?

Par arrêt du 14 janvier 2003⁵³, celle-ci a énoncé, s'agissant d'un grief tiré de la violation des articles 112 et 114 du nouveau code de procédure civile et L. 463-1 du code de commerce, que « *les dispositions du nouveau code de procédure civile ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence* ». Mais, elle a précisé, par arrêt du 9 juin 2004⁵⁴, confirmé par une nouvelle décision du 3 mars 2009⁵⁵, que « *les dispositions du nouveau code de procédure civile ne cèdent que devant celles expressément contraires du code de commerce ou aménageant des modalités propres aux recours* ».

Et ont été appliqués à la procédure devant le Conseil les principes régissant la prescription pénale⁵⁶, le principe de la non-rétroactivité des lois nouvelles plus sévères⁵⁷, le principe *non bis in idem*⁵⁸.

Paradoxalement, la chambre commerciale pose, dans ses décisions⁵⁹, le principe de l'irrecevabilité de toute preuve déloyale en se bornant à viser les règles du procès équitable, lesquelles, nous l'avons pourtant vu, invitent à débattre « *in concreto* » et contradictoirement des éléments de preuve versés aux débats, fussent-ils déloyaux.

L'influence du droit de l'Union européenne

La mise en œuvre des règles de concurrence est organisée par les articles 81 et 82 du Traité CE (devenus les articles 101 et 102).

En matière de procédure, l'article 2 du Règlement n° 1/2003 prévoit que la charge de la preuve incombe à la partie ou à l'autorité qui allègue une violation des articles susvisés, dans toutes les procédures nationales ou communautaires.

En effet, selon le considérant n° 5, « *Afin d'assurer le respect effectif des règles communautaires de concurrence et, dans le même temps, le respect des droits fondamentaux de la défense, le présent Règlement doit régir la charge de la preuve pour l'application des articles 81 et 82 du Traité... Il appartient à l'entreprise ou à l'association d'entreprises qui invoque le bénéfice des dispositions de l'article 81 § 3 du Traité d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies. Le présent Règlement ne porte atteinte ni aux règles nationales sur le niveau de preuve requis ni à l'obligation qu'ont les autorités de concurrence et les juridictions des États membres d'établir les faits pertinents d'une affaire, pour autant que ces règles et obligations soient compatibles avec les principes généraux du droit communautaire* ».

En droit communautaire, s'agissant de pratiques anticoncurrentielles, ici encore, le principe est que l'administration de la preuve est libre, liberté qui doit être conciliée avec le principe du procès équitable et, en particulier, les droits de la défense⁶⁰. De surcroît, plus que la question de la loyauté, c'est celle de la crédibilité des preuves produites qui est posée.

Dans l'affaire Salzgitter du 25 janvier 2007⁶¹, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé que « *l'administration de la preuve dans les affaires relevant du droit communautaire de la concurrence se caractérise par le fait que les documents examinés contiennent souvent des secrets d'affaire ou d'autres informations qui ne peuvent être divulguées ou ne peuvent l'être que sous réserve d'importantes restrictions. Dans ces conditions spécifiques aux enquêtes de la Commission concernant les pratiques anticoncurrentielles, le principe selon lequel toute personne a droit à un procès équitable ne saurait être interprété en ce sens que des documents qui contiennent des éléments de preuve à charge doivent automatiquement être exclus comme moyen de preuve lorsque certaines informations doivent demeurer confidentielles* ».

La Cour énonce : « *le principe qui prévaut en droit communautaire est celui de la libre administration des preuves... le seul critère pertinent pour apprécier les preuves produites réside dans leur crédibilité ; cette circonstance [l'anonymat] ne saurait suffire à obliger la Commission à écarter une preuve en sa possession...*

⁵² Alors présidente du Conseil de la concurrence.

⁵³ Bull. 2003, IV, n° 7.

⁵⁴ Bull. 2004, IV, n° 177.

⁵⁵ Bull. 2009, IV, n° 29 et 30.

⁵⁶ Com., 6 mars 2007, pourvoi n° 06-13-501.

⁵⁷ Décision n° 05-D49, 28 juillet 2005.

⁵⁸ Com., 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-17-852.

⁵⁹ Ainsi, l'arrêt du 25 février 2003 sur la question des enregistrements d'entretiens téléphoniques.

⁶⁰ E. Barbier de la Serre, *Revue Lamy de la concurrence* 2007, n° 11.

⁶¹ Décision n° C-411/04, points 40 à 44.

Par conséquent, si les arguments de M... peuvent être probants pour apprécier la crédibilité et, partant, la force probante du document « clé de répartition », il n'y a pas lieu de considérer que celui-ci est une preuve irrecevable qu'il y a lieu d'écarter du dossier ».

Ainsi que l'expliquait l'avocat général Geelhoed dans ses conclusions, « l'administration de la preuve dans les affaires de concurrence se caractérise par des problèmes particuliers que la Cour a récemment, à nouveau, résumés dans l'arrêt *Aalborg-Portland e.a c/ Commission* :

- les activités que comportent les pratiques et accords anticoncurrentiels se déroulent normalement de manière clandestine, les réunions se tiennent secrètement, le plus souvent dans un pays tiers, et la documentation y afférente est réduite au minimum ;

- même les rares pièces attestant de manière explicite une prise de contact illégitime entre des opérateurs sont normalement fragmentaires et éparses ;

- dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de la concurrence », et d'ajouter : « ce qui n'empêche pas qu'il soit possible de respecter le principe juridique de la procédure équitable. À cette fin, il doit être satisfait à trois conditions :

En premier lieu, il faut que les entreprises... soient mises en mesure de prendre connaissance des éléments de preuve invoqués, de prendre position à leur sujet tant par écrit qu'oralement, avec la possibilité d'invoquer des documents ou d'autres moyens de preuve pour les réfuter.

En deuxième lieu, il faut que la Commission, au cours de la procédure d'enquête, que le tribunal, lorsqu'il statue en première instance, fassent preuve d'esprit critique lorsqu'ils apprécient la valeur probante de tels documents et vérifient soigneusement les indications éventuelles allant à l'encontre de leur fiabilité et de leur authenticité.

En troisième lieu, lors de la mise en œuvre de la libre administration de la preuve, admise par la jurisprudence, il convient de veiller à ce que les infractions... ne soient pas établies exclusivement ou essentiellement par des documents dont la provenance ou les auteurs doivent demeurer inconnus de la partie défenderesse ».

La Cour de justice a réaffirmé à différentes reprises cette position, notamment dans l'affaire *Dalmine* du 25 janvier 2007, l'affaire *Bolloré* du 26 avril 2007...

On le voit, la Cour de Luxembourg rejoint dans ses grandes lignes la jurisprudence de la Cour de Strasbourg quant à l'admissibilité et l'encadrement processuel des éléments de preuve.

Quelques éléments de droit comparé⁶² :

En droit de la concurrence, on relève, à titre de comparaison :

- qu'au Pays-Bas, l'Autorité de la concurrence néerlandaise (NMa) incite les personnes disposant d'informations relatives à des pratiques anticoncurrentielles à remettre ces informations, sans exclure d'emblée celles qui auraient été obtenues illicitement ;

- qu'en Allemagne, l'Autorité fédérale des ententes (*Bundeskartellamt*), qui assure la protection de la concurrence, applique la loi relative aux infractions réglementaires, laquelle renvoie aux dispositions du code de procédure pénale, qui ne pose aucun principe d'interdiction concernant l'exploitation d'une preuve obtenue par un procédé déloyal par une partie au procès. La loi prévoit également que l'utilisation d'un enregistrement illicite n'est pas punissable dès lors que cette utilisation a pour objectif la protection d'intérêts publics supérieurs ;

- qu'au Canada, la Cour suprême a précisé que les tribunaux ne sont pas liés « par des règles de preuves strictes et les autres règles applicables aux procédures engagées devant une cour de justice, et il suffit que la cause soit entendue dans un esprit d'impartialité et conformément aux principes de justice fondamentale » ; il revient au tribunal de trouver un équilibre entre la protection des droits et libertés et l'intérêt de la société ;

- qu'en Italie, la Cour suprême a considéré que « l'enregistrement sur bande magnétique d'une conversation téléphonique peut constituer une preuve en application de l'article 2712 du code civil si celui contre qui l'enregistrement est produit ne conteste ni la réalité ni la teneur de la conversation telle que délivrée par l'enregistrement et à condition qu'il ne s'agisse pas d'une conversation entre personnes extérieures au litige » ;

- qu'aux États-Unis, quarante-deux des cinquante États ont adopté, pour leur droit interne, un système de preuve similaire au système fédéral. Ainsi, dans ces États, un particulier pourra utiliser des enregistrements de conversations qu'il aura obtenues à l'insu de son interlocuteur dès lors que ces enregistrements constituent un élément de preuve « pertinent et fiable » ;

- qu'au Royaume-Uni, dans une affaire *R.v.Khan* de 1997, la Chambre des lords a considéré que des preuves obtenues dans des circonstances emportant violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'étaient pas déterminantes, compte tenu de la faculté ouverte au juge d'admettre ou d'écarter de tels éléments ; en l'espèce, les preuves obtenues au moyen d'un appareil d'écoute installé dans un domicile privé, à l'insu de ses occupants, ont été déclarées recevables.

Il semble manifeste qu'au XXI^e siècle, l'ordre concurrentiel économique et les règles procédurales qui le régulent peuvent difficilement être appréhendés à l'écart d'une vision communautaire, voire mondiale.

⁶² Note réalisée par le service des affaires européennes et internationales du ministère de la justice.

Réponse aux premiers moyens :

conformément à la position adoptée par la cour d'appel de Paris, **l'Autorité de la concurrence doit se voir reconnaître une autonomie procédurale qui laisse place à un régime probatoire adapté et proportionné à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, dans le respect des règles du procès équitable, conformément à l'interprétation donnée par la Cour de justice de l'Union européenne.**

Ainsi que l'explique très justement J. Raynaud⁶³, « *conciliant efficacité de la procédure et respect des droits fondamentaux, la Cour confirme une analyse relevant à la fois de l'utile et du juste. L'utile, car il est nécessaire de protéger efficacement l'ordre public économique. Le juste, car, en l'espèce, l'atteinte aux droits de la défense n'est nullement avérée* ». Certes, ajoute-t-il, une preuve déloyale est un indice défavorable quant au respect de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais en aucun cas une atteinte substantielle, dès lors qu'un examen « *in concreto* » permet, « *au feu du contradictoire* », d'en apprécier la valeur probante.

Les sociétés Philips et Sony, qui s'érigent curieusement en défenseurs de la loyauté et de la dignité de la justice, ont été à même de débattre du contenu et de l'authenticité des propos à caractère strictement professionnel, sans aucune atteinte à l'intimité de la vie privée, non démentis par leurs auteurs, qui ont été tenus dans les enregistrements litigieux. Elles ont donc été parfaitement en mesure de faire entendre « leur » vérité.

Je conclus en conséquence au REJET du premier moyen, en sa première branche, formulé par la société Sony et du premier moyen, en ses deux premières branches, formulé par la société Philips.

Sur la troisième branche du premier moyen de la société Philips, tirée de la violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du principe de l'égalité des armes et des droits de la défense, dès lors que lorsque le juge n'est pas en mesure de s'assurer que les supports versés aux débats comprennent bien l'intégralité des propos qui ont été enregistrés dans leurs éléments à charge comme à décharge :

il s'agit d'une critique relevant du fait et à laquelle le Conseil de la concurrence a d'ailleurs répondu, en énonçant « *que l'entreprise plaignante a le choix des éléments de preuve qu'elle entend présenter à l'appui de sa saisine et qu'en tout état de cause, aucun élément ne permet de vérifier l'hypothèse selon laquelle les représentants des sociétés mises en cause auraient tenus des propos enregistrés sur ces cassettes* » (n° 225).

Le moyen apparaît manquer en fait.

Sur la deuxième et troisième branches du premier moyen de la société Sony, prises d'un manque de base légale et d'une violation des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14 du Pacte international des droits civils et politiques pour, d'une part, ne pas avoir recherché si, avant de recevoir la notification des griefs, elle avait été mise régulièrement en accusation, d'autre part, avoir retenu que la transcription des questions posées à l'occasion de l'établissement des procès-verbaux d'audition ne s'imposait pas :

sur l'absence d'audition préalable à la notification des griefs, il convient de rappeler que l'enquête et l'instruction devant le conseil de la concurrence, à l'époque des faits, étaient régies par les articles L. 450-2 à L. 463-2 du code de commerce, la seule obligation du rapporteur dans le cadre de l'enquête préparatoire étant d'aviser les personnes de l'objet ou du texte de la saisine, sans pour autant être tenu de procéder à leur⁶⁴ audition préalable.

C'est la notification des griefs qui déclenche l'application de l'article L. 463-1 du code de commerce, c'est-à-dire la phase d'instruction devant le Conseil de la concurrence avec l'application du principe du contradictoire.

La deuxième branche peut être rejetée.

La troisième branche a été écartée par la cour d'appel en retenant, ainsi que le Conseil l'avait rappelé, qu'« *aucun texte n'impose la transcription des questions posées à l'occasion de l'établissement des procès-verbaux prévus par les articles L. 450-2 et 450-3 du code de commerce* », position confirmée par la chambre commerciale selon un arrêt du 22 février 2005⁶⁵, qui énonce que l'absence de retranscription des questions posées dans les procès-verbaux ne constitue pas une violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ainsi que l'ont relevé, fort justement, M. Cohen et Mme Frison-Roche, « *Comme d'autres branches du droit économique, le droit de la concurrence fait naître des difficultés procédurales d'autant plus ardues que la matière étant jeune, du moins en France, les notions classiques y sont complètement transposées si ce n'est malmenées*⁶⁶... », ce qui conforte la nécessité de reconnaître à ce contentieux, qui doit concilier les exigences de la régulation de la concurrence et l'impératif respect des principes fondamentaux du droit, une réelle souplesse procédurale.

⁶³ *La Semaine juridique*, éd. E, 15 avril 2010, p. 1347.

⁶⁴ *Le contentieux du Conseil de la concurrence*, J.-J. Messuret, précité ; *RTD com.* 1990, p. 309.

⁶⁵ Pourvois n° 03-20.928 et n° 03-21.005.

⁶⁶ *La Semaine juridique* 1994, éd. G, II, 22282, n° 10.

CONCLUSION

Au-delà de la question de la loyauté de la preuve, qui est au cœur de cette assemblée plénière, les sociétés Philips et Sony développent encore deux moyens subsidiaires de fond qui contestent, d'une part, l'existence d'une entente entre fournisseurs et distributeurs, d'autre part, une approche globale du dommage à l'économie en ce qui concerne les sanctions prononcées.

Les deuxièmes moyens, en neuf branches de la société Philips et en six branches pour la société Sony, reprochent essentiellement à l'arrêt confirmatif une violation ou un défaut de base légale au regard des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, qui prohibe les ententes restrictives de concurrence.

Les deux sociétés contestent qu'une entente entre fournisseurs et distributeurs, relative à l'application du prix de revente, soit caractérisée par l'arrêt attaqué.

En réponse, l'Autorité de la concurrence développe, devant votre assemblée, des observations très complètes, réfutant l'ensemble des griefs formulés dans ces moyens. L'analyse à laquelle elle a ainsi procédé conduit, sans qu'il soit nécessaire d'alourdir plus avant les débats, au rejet des critiques du chef de ces deux moyens, l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants établissant la réalité des ententes reprochées.

Les troisièmes moyens, infiniment subsidiaire, en deux branches de la société Philips et en trois branches de la société Sony, critiquent les sanctions pécuniaires prononcées, qui n'auraient pas été fixées à proportion du dommage causé à l'économie, qui ne viseraient au final que deux fabricants et qui ne seraient pas proportionnées à la gravité des faits reprochés, en violation des dispositions des articles L. 420-1 et L. 464-2 du code de commerce et 455 du code de procédure civile.

Sur le dommage à l'économie, la chambre commerciale a validé, à plusieurs reprises, la référence à une analyse globale du dommage à l'économie, notamment sans que soit recherchée la part de marché affectée par la pratique en cause ni précisée la part spécifique et personnelle des entreprises sanctionnées sur le marché⁶⁷. Le moyen peut donc être rejeté.

Sur le fait que seules deux entreprises seraient sanctionnées, la cour d'appel a énoncé « *que le Conseil a rappelé à juste titre que, par principe, une entente constituée en vue de mettre en place un système de prix imposés sur un marché revêtait une particulière gravité et jugé exactement que tel était le cas en l'espèce où, par les pratiques incriminées, les fabricants en cause avaient diffusé et fait respecter des prix minimum conseillés de revente de produits d'électronique grand public en s'opposant aux distributeurs tentés de pratiquer des prix plus avantageux pour les consommateurs... que ces pratiques sont d'autant plus graves qu'elles ont été mises en œuvre par de grands groupes d'envergure internationale, dont les comportements sont susceptibles d'être regardés comme la norme par les agents économiques du secteur* ». Il suit de cette motivation que le grief tiré de la violation de l'article 455 du code de procédure civile n'est pas fondé.

La société Sony fait enfin valoir que la Cour suprême des États Unis, dans l'arrêt Leegin du 28 juin 2007, a jugé que les prix *minima* dans une entente verticale pouvaient avoir des effets pro-concurrentiels et qu'il n'y avait plus lieu de les interdire *per se*.

En réalité, dans l'arrêt Leegin, la Cour suprême des États-Unis a cassé la décision de la cour d'appel au motif que la fixation du prix de revente devait être examinée au regard de la « *règle de raison* », selon laquelle il importe de prendre en compte les possibles aspects pro-concurrentiels d'une pratique restrictive de concurrence, rendant celle-ci favorable aux consommateurs. Parmi ces aspects pro-concurrentiels pouvant justifier le maintien du prix de revente, la Cour cite le fait d'empêcher le « *resquillage* » (*free-riding*) de certains vendeurs discount, qui profitent de la demande créée par les vendeurs privilégiant le service à la clientèle et la réputation de l'enseigne. Les fabricants devront être en mesure de prouver les effets pro-concurrentiels de leur politique de prix⁶⁸. Ainsi, dans cette affaire, la Cour suprême reconnaît que certains montages de fixation de prix peuvent potentiellement être anticoncurrentiels, en particulier lorsqu'ils sont d'origine horizontale, c'est-à-dire par exemple lorsque les distributeurs demandent au fabricant une protection contre un ou plusieurs distributeurs discount.

Mais, outre le fait que l'arrêt Leegin n'a pas d'autorité directe en France, la Cour suprême des États-Unis considère qu'il faut procéder à une analyse concrète des effets des prix imposés. Or, les articles L. 420-4 et L. 420-1 et suivants du code de commerce permettent bien la prise en compte des effets pro-concurrentiels d'une entente et, en l'espèce, la cour d'appel a effectué cette analyse, en sorte que ce grief peut également être rejeté.

*
* *

D'évidence, le droit de la concurrence repose sur le postulat de base de l'inégalité des partenaires à la relation contractuelle, conduisant, de ce fait, à la mise en place d'un ordre public de protection⁶⁹. C'est pour répondre à ces nécessités que l'Autorité de la concurrence, se rapprochant des règles de preuves régissant la matière pénale, se refuse à écarter d'emblée, discrétionnairement, par la voie de l'irrecevabilité d'office, une preuve, fût-elle déloyale, mais exige, dans le respect des règles du procès équitable, que sa valeur probante soit débattue contradictoirement, à égalité d'armes, confiant au juge le soin de tirer librement les conclusions des éléments qui lui sont présentés et qui ont été passés au tamis de la contradiction.

⁶⁷ Com., 13 mai 1997, pourvoi n° 95-16.378, 23 juin 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 132, et 22 novembre 2005, *Bull.* 2005, IV, n° 231.

⁶⁸ Note de l'ambassade de France aux États-Unis sur l'application de l'arrêt Leegin par les juridictions inférieures, du 22 juin 2010.

⁶⁹ « *L'ordre concurrentiel ; essai de définition d'un concept* », Laurence Boy, p. 45.

Comme l'écrit M. de Lamy, « *La loyauté n'est pas définissable avec les précisions qu'attend le droit pour deux raisons : d'une part, parce qu'elle s'inscrit sur le terrain des valeurs, lesquelles, en raison de leur subjectivité, s'adressent à l'intuition et sont insaisissables par une définition pleinement satisfaisante pour l'esprit, ce qui ne signifie pas qu'elles n'ont pas leur place au sein du droit ; d'autre part, parce que la loyauté doit être conciliée avec d'autres valeurs. Elle se situe alors au cœur du débat sur la fin et les moyens. Question tribunaire des éléments factuels, expliquant le pragmatisme de la jurisprudence* »⁷⁰.

En conséquence, je conclus au rejet de l'ensemble des moyens formulés par les sociétés Philips et Sony, à l'appui de leurs pourvois.

⁷⁰ M. de Lamy, *Dalloz* 2007, p. 1035.

II. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 55

Action civile

Partie civile. - Constitution. - Abus de constitution. - Action en dommages-intérêts (article 472 du code de procédure pénale). - Conditions. - Action publique mise en mouvement par la partie civile.

Encourt la cassation l'arrêt qui condamne une partie civile à payer à la personne relaxée des dommages-intérêts pour abus de constitution de partie civile, en application de l'article 472 du code de procédure pénale, alors que l'action publique n'a pas été mise en mouvement par la partie civile, le prévenu ayant été renvoyé devant le tribunal correctionnel par un arrêt de la chambre de l'instruction.

Crim. - 6 octobre 2010.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 09-88.002. - CA Nancy, 30 octobre 2009.

M. Louvel, Pt. - Mme Desgrange, Rap. - Mme Zientara-Logeay, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 56

1^o Action en justice

Capacité. - Syndicat ou association professionnelle. - Condition. - Détermination. - Portée.

2^o Travail réglementation, durée du travail

Repos et congés. - Repos hebdomadaire. - Repos dominical. - Dérégulations. - Accord intervenu entre les organisations syndicales de salariés et les organisations d'employeurs. - Arrêté préfectoral de fermeture au public. - Établissements visés. - Détermination. - Portée.

1^o Les syndicats ou associations professionnels qui regroupent des personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou connexes, qui ont pour objet exclusif l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux tant collectifs qu'individuels des personnes mentionnées dans leurs statuts, ont la capacité d'ester en justice, dès lors qu'ils ont satisfait à l'obligation de dépôt de leurs statuts en mairie.

Doit être en conséquence approuvé l'arrêt qui, après avoir vérifié que l'objet d'un organisme professionnel correspondait bien à celui d'un syndicat ou association professionnels et que cet organisme avait régulièrement déposé ses statuts en mairie, décide qu'il avait la capacité d'ester en justice, peu

important qu'ayant la forme d'une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901, il ne justifie pas, en plus, de la déclaration prévue à l'article 5 de ladite loi.

2^o Si le juge civil n'a pas à statuer sur la légalité d'un arrêté préfectoral pris en application de l'article L. 3132-29 du code du travail, il lui appartient, lorsqu'il est saisi d'une demande de sursis à statuer dans l'attente de la décision de la juridiction administrative, d'apprécier si la contestation de cet arrêté est sérieuse.

Doit ainsi être approuvé l'arrêt qui estime que la contestation d'un arrêté préfectoral n'est pas sérieuse, en relevant que l'organisme professionnel était habilité à signer l'accord exigé par l'article L. 3132-29 du code du travail et que l'arrêté préfectoral peut viser des parties d'établissement, dès lors qu'il concerne, en termes généraux, les terminaux de cuisson et les dépôts de pain, qu'ils se situent dans des magasins spécialisés ou dans des magasins à succursales multiples.

Soc. - 13 octobre 2010.

REJET

N° 09-14.418. - CA Rouen, 12 mars 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Gosselin, Rap. - M. Lacan, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, M^e Jacoupy, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 56, p. 59-60.

N° 57

Administration à autrui de substances nuisibles à la santé

Éléments constitutifs. - Détermination.

Se rend coupable du délit d'administration de substances nuisibles le prévenu qui, connaissant sa contamination déjà ancienne au virus de l'immunodéficience humaine (VIH), pour laquelle il devait suivre un traitement, a entretenu pendant plusieurs mois des relations sexuelles non protégées avec sa compagne en lui dissimulant volontairement son état de santé et ainsi contaminé par la voie sexuelle la plaignante, désormais porteuse d'une affection virale constituant une infirmité permanente.

Crim. - 5 octobre 2010.

REJET

N° 09-86.209. - CA Aix-en-Provence, 9 septembre 2009.

M. Louvel, Pt. - Mme Harel-Dutirou, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Richard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 38, 4 novembre 2010, Actualité / droit pénal et procédure pénale, p. 2519, note M. Bomblet (« Transmission du virus du SIDA par relations sexuelles »). Voir également la Gazette du Palais, n° 321-322, 17-18 novembre 2010, Jurisprudence, p. 21, note Stéphane Detraz, et la revue Droit pénal, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 133, p. 25, note Michel Véron (« Transmission du VIH lors de relations sexuelles non protégées : on ne peut prendre en compte le "déli" de séropositivité »).

N° 58

Aide juridictionnelle

Demande. - Cassation. - Pourvoi. - Délai. - Interruption. - Condition.

La demande d'aide juridictionnelle, présentée en vue de se pourvoir en cassation après le rejet d'une précédente demande, n'interrompt pas une nouvelle fois le délai de pourvoi, qui a recommencé à courir à compter de la notification de rejet sur recours de la première demande.

2^e Civ. - 14 octobre 2010.
IRRECEVABILITÉ

N° 09-15.306. - CA Paris, 30 mars 2006.

M. Loriferne, Pt. - Mme Renault-Malignac, Rap. - M. Marotte, Av. Gén. - M^e Bertrand, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 394, p. 10, note Roger Perrot (« Interruption du délai de pourvoi en cassation »).

58

N° 59

Arbitrage

Compétence de la juridiction étatique. - Cas. - Nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage. - Constatation. - Défaut. - Portée.

Viole le principe compétence-compétence, selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer, par priorité, sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage, la cour d'appel qui, pour écarter le moyen tiré de l'existence d'une clause compromissoire, statue par des motifs impropres à établir le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage, seule de nature à faire obstacle à la compétence prioritaire de l'arbitre pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage liant des sociétés.

1^{re} Civ. - 6 octobre 2010.
CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 09-68.731. - CA Agen, 17 juin 2009.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - M. Falcone, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Vincent et Ohl, SCP Didier et Pinet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 44, 23 décembre 2010, Études et commentaires - Panorama / Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, p. 2933 à 2946, spéc. B - Circulation de la convention d'arbitrage, p. 2935 et 2938, note Thomas Clay. Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 77, décembre 2010, Actualités, n° 4036, p. 14, note Alexandre Paulin (« Arbitrage interne : réaffirmation du principe compétence-compétence »).

N° 60

Arbitrage

Sentence. - Recours en annulation. - Cas. - Arbitre ayant violé une règle d'ordre public. - Violation d'une règle d'ordre public. - Contrôle du juge. - Étendue. - Limites.

Après avoir relevé que les arbitres ont constaté la prescription des demandes au regard du droit du Liechtenstein choisi par les parties, et dès lors qu'aucune méconnaissance de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'était caractérisée et aucune violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international établie, une cour d'appel a pu, sans dénaturer, en déduire que la requérante sollicitait en réalité une révision au fond de la sentence, interdite au juge de l'annulation.

1^{re} Civ. - 6 octobre 2010.
REJET

N° 09-10.530. - CA Paris, 25 septembre 2008.

M. Charruault, Pt. - Mme Pascal, Rap. - M. Chevalier, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 37, 28 octobre 2010, Actualité / procédure civile et voie d'exécution, p. 2442, note Xavier Delpech (« Sentence arbitrale partielle : recours en annulation »). Voir également la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 94, p. 91-92.

N° 61

Arbitrage

Sentence. - Recours en annulation. - Cas. - Compétence du tribunal arbitral. - Contrôle du juge. - Étendue. - Limites.

La cour d'appel, juge de l'annulation, contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur le respect de la mission confiée aux arbitres.

1^{re} Civ. - 6 octobre 2010.
REJET

N° 08-20.563. - CA Paris, 22 mai 2008.

M. Charruault, Pt. - Mme Pascal, Rap. - M. Chevalier, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 42, 18 octobre 2010, Jurisprudence, n° 1028, p. 1942 à 1945, note Pierre Chevalier (« Le contrôle entier de l'incompétence arbitrale : reconnaissance et limites »), et dans cette même revue, n° 51, 20 décembre 2010, Chronique - Droit de l'arbitrage, n° 1286, p. 2403 à 2409, spéc. n° 6, p. 2407-2408, note Jérôme Ortscheidt. Voir également le Recueil Dalloz, n° 37, 28 octobre 2010, Actualité / procédure civile et voie d'exécution, p. 2441, note Xavier Delpech (« Sentence arbitrale : contrôle du juge de l'annulation »), et cette même revue, n° 44, 23 décembre 2010, Études et commentaires - Panorama / Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, p. 2933 à 2946, spéc. V - Sentence arbitrale, p. 2942-2943, note Thomas Clay, et la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 95, p. 92-93.

N^o 62

Assurance de personnes

Assurance de groupe. - Assurance couvrant les risques d'invalidité des salariés d'une société. - Salarié classé en invalidité deuxième catégorie. - Licenciement. - Défaut. - Portée.

Ayant retenu qu'au cours de la suspension du contrat de travail, l'employeur n'était pas tenu de faire constater l'inaptitude du salarié et qu'une déclaration d'inaptitude, même à tout emploi, n'avait pas nécessairement pour conséquence le licenciement du salarié concerné, la cour d'appel, qui en a justement déduit qu'aucun manquement contractuel de l'employeur envers son assureur, auprès duquel il avait souscrit un contrat d'assurance collective couvrant les risques invalidité de ses salariés, n'était caractérisé, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ne pas condamner l'employeur à garantir l'assureur des conséquences pour lui de l'absence de licenciement de salariés classé en invalidité deuxième catégorie.

Soc. - 6 octobre 2010.

REJET

N^o 09-13.149. - CA Aix-en-Provence, 18 décembre 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Frouin, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n^o 12/10, décembre 2010, décision n^o 986, p. 872-873. Voir également la revue Responsabilité civile et assurances, n^o 12, décembre 2010, commentaire n^o 11, p. 1, note Hubert Groutel (« Quand la Cour de cassation défend une forme d'emploi exorbitante ! »), et La Semaine juridique, édition social, n^o 51-52, 21 décembre 2010, Jurisprudence, n^o 1552, p. 25 à 27, note Alexandre Barège (« Incidence de la suspension du contrat de travail sur le constat de l'inaptitude du salarié »).

N^o 63

Astreinte (loi du 9 juillet 1991)

Condamnation. - Caractère de l'astreinte. - Mesure accessoire. - Portée.

L'astreinte n'est que l'accessoire de la condamnation qu'elle assortit.

Il en résulte que n'est pas recevable devant la cour d'appel de renvoi la demande de suppression ou de modification d'une astreinte assortissant une injonction faite à un débiteur par un arrêt qui a fait l'objet d'une cassation partielle n'affectant pas cette injonction.

2^e Civ. - 14 octobre 2010.

REJET

N^o 09-14.938 et 09-66.944. - CA Orléans, 16 mars 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Moussa, Rap. - M. Marotte, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Tiffreau et Corlay, Av.

N^o 64

Avocat

Responsabilité. - Faute. - Rédaction d'actes. - Mission de conseil juridique et fiscal à l'égard d'une société commerciale. - Distinction avec une mission de secrétariat juridique. - Portée.

Le devoir d'efficacité incombant à une société d'avocats dans l'accomplissement de sa mission d'élaboration des

documents nécessaires à l'approbation de la gestion de l'exercice écoulé et d'assistance lors des négociations relatives à la cession des actions d'une société commerciale implique l'obtention et l'examen de l'ensemble des documents sociaux utiles, notamment le registre des délibérations du conseil d'administration.

Dès lors, viole l'article 1147 du code civil la cour d'appel qui, pour exonérer de sa responsabilité une société d'avocats investie d'une telle mission, qualifie celle-ci de mission de secrétariat juridique et retient qu'il n'entraîne pas dans la mission de cette société d'avocats d'obtenir les documents sociaux, dont un procès-verbal du conseil d'administration qui lui aurait permis de constater l'existence d'une distribution de dividendes faisant obstacle à l'affectation de l'intégralité du résultat dans les réserves.

1^{re} Civ. - 14 octobre 2010.

CASSATION

N^o 09-13.840. - CA Paris, 2 décembre 2008.

M. Charruault, Pt. - M. Gallet, Rap. - M. Legoux, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n^o 1/11, janvier 2011, décision n^o 8, p. 19-20. Voir également la revue Bulletin Joly sociétés, n^o 12, décembre 2010, Jurisprudence, n^o 210, p. 969 à 972, note Jean-Jacques Barbiéri (« Le seing et le sceau »).

N^o 65

Chambre de l'instruction

Procédure. - Débats. - Opérations de visioconférence. - Procès-verbal. - Absence. - Portée. - Détermination.

La personne détenue ne saurait se faire un grief de l'absence de procès-verbal des opérations de visioconférence accomplies à la maison d'arrêt visées par l'article 706-71 du code de procédure pénale, dès lors que le procès-verbal dressé par le greffier de la chambre de l'instruction ainsi que les mentions de l'arrêt attaqué et les pièces de procédure mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que les conditions légales de déroulement de l'audience ont été respectées.

Crim. - 6 octobre 2010.

REJET

N^o 10-85.237. - CA Rennes, 4 juin 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Bayet, Rap. - Mme Zientara-Logeay, Rap. - SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

N^o 66

Construction immobilière

Immeuble à construire. - Vente en l'état futur d'achèvement. - Vendeur. - Obligations. - Garantie des désordres intermédiaires. - Action en garantie. - Conditions. - Détermination.

Le vendeur d'un immeuble à construire, n'étant tenu, selon l'article 1646-1 du code civil, que des vices cachés dont les architectes et entrepreneurs sont eux-mêmes tenus en application des articles 1792 à 1792-3 du même code, ne peut être condamné à réparer les désordres et non-conformités qui ne portent pas atteinte à la solidité ou à la destination de l'ouvrage sans que soit retenue à son encontre l'existence d'une faute.

3^e Civ. - 6 octobre 2010.

CASSATION PARTIELLE

N^o 09-66.521. - CA Paris, 4 février 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Pronier, Rap. - M. Laurent-Atthalin, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Célice, Blanpain et Soltner, SCP Gadiou et Chevallier, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit immobilier - urbanisme - construction, n° 12, décembre 2010, Chroniques, p. 609-612, note Philippe Tricoire (« L'engagement de la responsabilité du vendeur d'un immeuble à construire pour les désordres intermédiaires affectant l'immeuble vendu suppose la démonstration d'une faute »).

N° 67

Construction immobilière

Maison individuelle. - Domaine d'application. - Contrat non régi par les dispositions d'ordre public. - Extension conventionnelle. - Effets. - Détermination.

Les dispositions des articles L. 231-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation étant d'ordre public en application de l'article L. 230-1 du même code, une cour d'appel ne peut rejeter une demande tendant à l'annulation d'un contrat expressément soumis à ces dispositions par les parties au motif que leur situation n'entre pas dans le champ d'application de ces textes.

3^e Civ. - 6 octobre 2010.
CASSATION

N° 09-66.252. - CA Pau, 20 janvier 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Masson-Daum, Rap. - M. Laurent-Atthalin, Av. Gén. - SCP Le Bret-Desaché, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit immobilier - urbanisme - construction, n° 12, décembre 2010, Chroniques, p. 607 à 609, note Daniel Tomasin (« Les parties à un contrat d'entreprise peuvent transposer le caractère d'ordre public des articles L. 230-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation à leur contrat »).

N° 68

Contrat de travail, durée déterminée

Cas de recours autorisés. - Emploi à caractère saisonnier. - Contrat vendanges. - Portée. - Formalités légales. - Mentions obligatoires. - Durée minimale. - Terme précis. - Défaut. - Cas. - Terme fixé à la fin des vendanges.

Le contrat vendanges, prévu par les articles L. 718-4 à L. 718-6 du code rural, est un contrat saisonnier conclu en application de l'article L. 1242-2 3° du code du travail, qui doit, conformément à l'article L. 1242-7 du même code, comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou, à défaut, une durée minimale.

Un contrat qui se borne à indiquer qu'il se terminerait « à la fin des vendanges » ne comportant ni terme précis ni durée minimale, une cour d'appel en a exactement déduit qu'il devait être requalifié en un contrat de travail à durée indéterminée.

Soc. - 6 octobre 2010.
REJET

N° 09-65.346. - CA Montpellier, 17 décembre 2008.

M. Lamanda, P. Pt. - Mme Goasguen, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Boulliez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 43, 25 octobre 2010, Jurisprudence, n° 1057, p. 2002, note Carole Lefranc-Hamoniaux (« Contrat de vendanges : attention au formalisme »). Voir également la Revue de droit rural, n° 388, décembre 2010, commentaire n° 134, p. 39-30, note Christine Lebel (« Contrat

de vengeance : obligation de mentionner un terme fixe ! »), et la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 906, p. 823.

N° 69

Contrat de travail, durée déterminée

Rupture. - Rupture anticipée. - Cas. - Faute grave. - Procédure disciplinaire. - Mise en œuvre. - Délai restreint. - Respect. - Recherche. - Nécessité.

La faute grave étant celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, la mise en œuvre de la rupture du contrat de travail à durée déterminée prévue par l'article L. 1243-1 du code du travail doit intervenir dans un délai restreint après que l'employeur a eu connaissance des faits allégués, dès lors qu'aucune vérification n'est nécessaire.

Ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui se borne à retenir que les faits fautifs, non prescrits, rendent impossible le maintien du salarié dans l'entreprise.

Soc. - 6 octobre 2010.
CASSATION

N° 09-41.294. - CA Lyon, 25 juillet 2008.

M. Lamanda, P. Pt. - Mme Agostini, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, SCP Boutet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 909, p. 824-825.

N° 70

Contrat de travail, exécution

Employeur. - Obligations. - Sécurité des salariés. - Lutte contre le tabagisme sur les lieux de travail. - Portée.

L'employeur est tenu, à l'égard de son personnel, d'une obligation de sécurité de résultat qui lui impose de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé de ses salariés.

Dès lors, statue sur des motifs inopérants et encourt la cassation l'arrêt qui juge non fondée la prise d'acte du salarié, motivée par la violation par l'employeur des dispositions du code de la santé publique sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics concernant les salariés, en raison de l'absence d'incidence de ce manquement sur la santé du salarié.

Soc. - 6 octobre 2010.
CASSATION

N° 09-65.103. - CA Paris, 18 novembre 2008.

M. Lamanda, P. Pt. - M. Becuwe, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 43, 25 octobre 2010, Jurisprudence, n° 1058, p. 2002, note Nathalie Dedessus-Le-Moustier (« Tabagisme dans l'entreprise »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 37, 28 octobre 2010, Actualité / droit du travail et sécurité sociale, p. 2439, note B. Ines (« Tabagisme passif : obligation de sécurité de résultat »), et la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 940, p. 842-843.

N° 71

Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Indemnités. - Accident du travail ou maladie professionnelle. - Licenciement prononcé pendant la période de suspension. - Préjudice. - Réparation. - Étendue.

Si l'article L. 1226-15 du code du travail n'est pas applicable lorsque la rupture du contrat de travail est prononcée par l'employeur au cours des périodes de suspension du contrat de travail, en méconnaissance des dispositions de l'article de l'article L. 1226-9 du même code, le salarié dont le licenciement est nul et qui ne demande pas sa réintégration a droit, en toute hypothèse, outre les indemnités de rupture, à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à six mois.

Soc. - 6 octobre 2010.

CASSATION PARTIELLE

N° 09-42.283. - CA Montpellier, 18 mars 2009.

M. Trédez, Pt (f.f.). - M. Frouin, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Hémerly et Thomas-Raquin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 925, p. 834-835.

N° 72

Contrats et obligations conventionnelles

Obligation de faire ou de ne pas faire. - Obligation de ne pas faire. - Inexécution. - Sanction. - Dommages-intérêts. - Nécessité.

Celui qui contrevient à une obligation contractuelle de ne pas faire doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention.

1^{re} Civ. - 14 octobre 2010.

CASSATION PARTIELLE

N° 09-69.928. - CA Versailles, 30 avril 2009.

M. Charruault, Pt. - M. Gridel, Rap. - M. Legoux, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 304-308, 31 octobre - 04 novembre 2010, Chronique de jurisprudence - droit des contrats, p. 18-19, note Dimitri Houtcieff (« La quadrature du cercle ou quand l'indemnisation se dispense d'un préjudice »).

N° 73

Convention européenne des droits de l'homme

Article 6 § 1. - Équité. - Violation. - Cas. - Défaut d'effectivité du droit de recours. - Applications diverses. - Associé d'une société civile immobilière ayant été déclaré irrecevable à former tierce opposition à l'encontre de la décision condamnant la société au paiement des dettes sociales.

Le droit effectif au juge implique que l'associé d'une société civile, poursuivi en paiement des dettes sociales, dont il répond indéfiniment à proportion de sa part dans le capital social, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre de la décision condamnant la société au paiement, dès lors que cet associé invoque des moyens que la société n'a pas soutenus.

3^e Civ. - 6 octobre 2010.

CASSATION

N° 08-20.959. - CA Poitiers, 17 juin 2008.

M. Lacabarats, Pt. - M. Jacques, Rap. - M. Laurent-Atthalin, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Laugier et Caston, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 42, 21 octobre 2010, Panorama, n° 1918, p. 42, et dans cette même revue, n° 46, 18 novembre 2010, Chronique - droit des sociétés, n° 1993, p. 36 à 42, spéc. n° 4, p. 39 à 41, note Florence Deboissy et Guillaume Wicker, et n° 47, 25 novembre 2010, Jurisprudence, n° 2026, p. 39 à 41, note Stéphane Reifegerste (« Recevabilité de la tierce opposition de l'associé d'une société civile à l'encontre de la décision condamnant la société »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 36, 21 octobre 2010, Actualité / droit des affaires, p. 2361, note Alain Lienhard (« Condamnation d'une société civile : tierce opposition de l'associé »).

N° 74

Copropriété

Conseil syndical. - Membre. - Mandat. - Durée. - Vacance de plus du quart des sièges. - Effet.

La vacance de plus du quart des sièges du conseil syndical ne met pas fin au mandat des membres restants.

3^e Civ. - 6 octobre 2010.

CASSATION PARTIELLE

N° 09-15.248. - CA Aix-en-Provence, 23 janvier 2009.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Masson-Daum, Rap. - M. Laurent-Atthalin, Av. Gén. - SCP Bouleuz, SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 36, 21 octobre 2010, Actualité / droit immobilier, p. 2364, note Yves Rouquet (« Conseil syndical : réélection des membres »). Voir également la revue Loyers et copropriété, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 321, p. 22-23, note Guy Vigneron (« Vacances de plus d'un quart des sièges du conseil »), la revue Administrer, n° 438, décembre 2010, Sommaires, p. 81-82, note Danielle Lipman-W. Boccarra, et la Revue des loyers, n° 911, novembre 2010, jurisprudence, p. 439 à 441, note Jean-Maurice Gélinet (« Vacance de sièges de membres du conseil syndical »).

N° 75

Cour d'assises

Arrêts. - Arrêt civil. - Appel. - Désistement. - Désistement par l'accusé de son appel principal. - Effets. - Caducité des appels incidents. - Conditions. - Détermination.

L'article 500-1 du code de procédure pénale est applicable devant la chambre des appels correctionnels statuant sur l'appel d'un arrêt civil de cour d'assises.

En conséquence, le désistement de son appel principal par l'accusé, intervenu plus d'un mois après la déclaration d'appel, ne peut entraîner la caducité d'un appel incident.

Crim. - 5 octobre 2010.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 09-85.156. - CA Agen, 2 juillet 2009.

M. Louvel, Pt. - Mme Degorce, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, Av.

N° 76

Dénonciation calomnieuse

Faits dénoncés. - Fausseté. - Décision de l'autorité compétente. - Classement sans suite. - Portée.

Il résulte des termes de l'article 226-10 du code pénal qu'il appartient à la juridiction saisie de poursuites pour dénonciation calomnieuse d'apprécier la pertinence des accusations lorsque les faits dénoncés ont donné lieu à un classement sans suite.

Encourt la cassation l'arrêt qui déduit la fausseté des faits dénoncés de la décision de classement sans suite dont ces faits ont fait l'objet.

Crim. - 12 octobre 2010.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-80.157. - CA Bordeaux, 18 septembre 2009.

M. Louvel, Pt. - Mme Koering-Joulin, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Richard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit pénal, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 134, p. 26-27, note Michel Véron (« L'appréciation de la fausseté des faits dénoncés »).

N° 77

Dépôt

Dépositaire. - Obligations. - Détérioration de la chose. - Cause. - Preuve. - Charge. - Détermination.

Si le dépositaire n'est tenu que d'une obligation de moyens, il lui incombe, en cas de perte ou détérioration de la chose déposée, de prouver qu'il y est étranger, en établissant qu'il a donné à cette chose les mêmes soins que ceux qu'il aurait apportés à la garde de celles qui lui appartiennent ou en démontrant que la détérioration est due à la force majeure.

Par principe, le fait du débiteur ou de son préposé ou substitué ne peut constituer la force majeure.

1^{re} Civ. - 14 octobre 2010.

CASSATION

N° 09-16.967. - CA Paris, 13 janvier 2009.

M. Charruault, Pt. - M. Gridel, Rap. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit civil, n° 77, décembre 2010, Actualités, n° 4038, p. 16, note Alexandre Paulin (« Pas de force majeure en l'absence d'événement extérieur »).

N° 78

Détention provisoire

Demande de mise en liberté. - Rejet. - Motif. - Insuffisance du placement sous contrôle judiciaire et de l'assignation à résidence avec surveillance électronique pour atteindre les objectifs mentionnés à l'article 144 du code de procédure pénale. - Caractérisation. - Nécessité.

Il résulte de l'article 144 du code de procédure pénale que la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs définis par ce texte et que ceux-ci ne pourraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui rejette une demande de mise en liberté sans s'expliquer, par des considérations de droit et de fait, sur le caractère insuffisant de l'assignation à résidence sous surveillance électronique.

Crim. - 12 octobre 2010.

CASSATION

N° 10-85.370. - CA Bourges, 29 juin 2010.

M. Louvel, Pt. - M. Guérin, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, Av.

N° 79

Divorce, séparation de corps

Règles spécifiques au divorce. - Prestation compensatoire. - Fixation. - Critères. - Ressources et besoins des époux. - Détermination. - Éléments à considérer. - Droits existants et prévisibles. - Définition. - Exclusion. - Vocation successorale.

La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre, en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible.

La vocation successorale ne constitue pas un droit prévisible au sens des articles 270 et 271 du code civil.

1^{re} Civ. - 6 octobre 2010.

CASSATION PARTIELLE

N° 09-10.989. - CA Aix-en-Provence, 30 janvier 2008.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Trapero, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - M^e Haas, M^e Balat, Av.*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 42, 18 octobre 2010, Jurisprudence, n° 1025, p. 1938 (« Les perspectives successorales exclues du calcul de la prestation compensatoire »), également paru dans La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 42, 22 octobre 2010, Jurisprudence, n° 731, p. 7. Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 11, novembre 2010, Jurisprudence, p. 493, note Stéphane David (« Prestation compensatoire : la Cour de cassation rappelle que la vocation successorale ne constitue pas un droit prévisible »), le Recueil Dalloz, n° 37, 28 octobre 2010, Actualité / droit civil, p. 2431, note Inès Gallmeister (« Prestation compensatoire : rappels jurisprudentiels »), la Revue juridique Personnes et famille, n° 12, décembre 2010, p. 17-18, note Thierry Garé (« Prestation compensatoire : rappels sur les éléments à prendre en considération pour apprécier la disparité »), la revue Droit de la famille, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 178, p. 32-33, note Virginie Larribau-Terneyre (« Des confirmations concernant les éléments à prendre en compte pour apprécier l'existence du droit à prestation compensatoire et en fixer le montant »), la Gazette du Palais, n° 314-315, 10-11 novembre 2010, Chronique de jurisprudence - droit de la famille, p. 29-30, note Élodie Mulon (« La vocation successorale ne constitue toujours pas un droit prévisible »), et la Revue Lamy droit civil, n° 77, décembre 2010, Actualités, n° 4053, p. 44-45, note Guillaume Chauchat-Rozier (« La vocation successorale du conjoint ne constitue pas une ressource prévisible pour le calcul de la prestation compensatoire »).*

N° 80

Divorce, séparation de corps

Règles spécifiques au divorce. - Prestation compensatoire. - Fixation. - Critères. - Ressources et besoins des époux. - Détermination. - Éléments à considérer. - Exclusion. - Perspectives de versement d'une pension de réversion en cas de précède du conjoint.

Pour fixer la prestation compensatoire, le juge n'a pas à tenir compte des perspectives de versement d'une pension de réversion en cas de prédécès du conjoint.

1^{er} Civ. - 6 octobre 2010.

REJET

N° 09-15.346. - CA Toulouse, 24 mars 2009.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Capitaine, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Bouzidi et Bouhanna, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 37, 28 octobre 2010, Actualité / droit civil, p. 2431, note Inès Gallmeister (« Prestation compensatoire : rappels jurisprudentiels »). Voir également la Revue Lamy droit civil, n° 77, décembre 2010, Actualités, n° 4054, p. 45-46, note Guillaume Chauchat-Rozier (« La vocation successorale du conjoint ne constitue pas une ressource prévisible pour le calcul de la prestation compensatoire... pas plus que la pension de réversion due au conjoint survivant »).

1^o Divorce, séparation de corps

Règles spécifiques au divorce. - Prestation compensatoire. - Fixation. - Critères. - Ressources et besoins des époux. - Détermination. - Éléments à considérer. - Exclusion. - Vie commune antérieure au mariage.

2^o Divorce, séparation de corps

Règles spécifiques au divorce. - Prestation compensatoire. - Attribution. - Conditions. - Disparité dans les conditions de vie respectives des époux. - Éléments à considérer. - Exclusion. - Prestations familiales destinées aux enfants.

1^o Pour apprécier l'existence du droit de l'un des époux à bénéficier d'une prestation compensatoire et pour en fixer le montant, le juge ne doit pas tenir compte de la vie commune antérieure au mariage, mais peut prendre en considération la durée de la vie commune postérieure à la célébration du mariage.

2^o Les prestations familiales destinées aux enfants ne constituent pas des revenus bénéficiant à l'époux qui les perçoit.

1^{er} Civ. - 6 octobre 2010.

CASSATION PARTIELLE

N° 09-12.718. - CA Versailles, 6 janvier 2009.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Trapero, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Bénabent, SCP Le Griel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 37, 28 octobre 2010, Actualité / droit civil, p. 2431, note Inès Gallmeister (« Prestation compensatoire : rappels jurisprudentiels »). Voir également la Gazette du Palais, n° 314-315, 10-11 novembre 2010, Chronique de jurisprudence - droit de la famille, p. 30-31, note Élodie Mulon (« La durée de la vie commune : une jurisprudence qui s'affirme »), la revue Droit de la famille, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 178, p. 32-33, note Virginie Larribau-Terneyre (« Des confirmations concernant les éléments à prendre en compte pour apprécier l'existence du droit à prestation compensatoire et en fixer le montant »), la revue Actualité juridique Famille, n° 11, novembre 2010, Jurisprudence, p. 493, note Stéphane David (« La prestation compensatoire compense la disparité liée aux années de vif-mariage »), et la Revue Lamy droit civil, n° 77, décembre 2010, Actualités, n° 4052, p. 44, note Élodie Pouliquen (« Incidence de la vie commune antérieure au mariage sur le calcul de la prestation compensatoire »).

Divorce, séparation de corps

Règles spécifiques au divorce. - Prestation compensatoire. - Versement. - Rente. - Rente viagère. - Convention définitive. - Interprétation. - Dénaturation. - Exclusion. - Cas.

En présence d'une convention définitive de divorce stipulant que la rente mensuelle indexée que l'époux s'engageait à verser à titre de prestation compensatoire « cessera d'être due en cas de remariage ou de concubinage notoire de l'épouse, si celle-ci devait partager avec un compagnon à la fois le domicile et la résidence à titre habituel » et « prendra fin » au décès de l'époux, c'est par une interprétation nécessaire, exclusive de dénaturation, des dispositions ambiguës de la convention définitive et de la commune intention des parties que la cour d'appel a estimé que si les époux avaient entendu lier le versement de la prestation compensatoire à la situation de fait que constituait le concubinage notoire du bénéficiaire de cette prestation, ils n'avaient pas prévu en ce cas la suppression définitive de la prestation compensatoire que l'époux s'était engagé à verser sa vie durant et qui était à nouveau due en cas de cessation du concubinage.

1^{er} Civ. - 6 octobre 2010.

REJET

N° 09-12.731. - CA Aix-en-Provence, 5 décembre 2008.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Trapero, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - M^e Foussard, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 42, 18 octobre 2010, Jurisprudence, n° 1024, p. 1937-1938, note Hubert Bosse-Platière (« Convention de divorce : de l'ambiguïté de la formulation « la prestation compensatoire cessera d'être due en cas de remariage ou de concubinage notoire »). Voir également la Gazette du Palais, n° 314-315, 10-11 novembre 2010, Chronique de jurisprudence - droit de la famille, p. 28-29, note Élodie Mulon, la Revue juridique Personnes et famille, n° 12, décembre 2010, p. 19, note Thierry Garé (« Prestation compensatoire et concubinage du créancier : quand les termes de la convention définitive prêtent à discussion »), la revue Droit de la famille, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 179, p. 33-34, note Virginie Larribau-Terneyre (« Quand le service de la prestation compensatoire en rente viagère cesse avec le concubinage notoire de la créancière puis reprend »), le Recueil Dalloz, n° 37, 28 octobre 2010, Actualité / droit civil, p. 2431, note Inès Gallmeister (« Prestation compensatoire : rappels jurisprudentiels »), et la Revue Lamy droit civil, n° 77, décembre 2010, Actualités, n° 4055, p. 46-47, note Guillaume Chauchat-Rozier (« Suspension et reprise du versement d'une prestation compensatoire sous forme de rente viagère »).

Droit maritime

Abordage. - Responsabilité. - Fondement. - Faute prouvée.

La responsabilité pour abordage a pour fondement la faute prouvée, et non le fait des choses que l'on a sous sa garde.

Dès lors, viole les articles 2 et 3 de la loi du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer et l'article 1384, alinéa premier, du code civil l'arrêt qui, pour déclarer responsable une société du dommage causé par un abordage, retient qu'il ne procède que du seul fait de ses embarcations, qui, ayant rompu leurs

amarres sous l'effet d'un coup de vent, avaient poussé un catamaran puis l'avaient entraîné dans une dérive commune avant de l'écraser.

Com. - 5 octobre 2010.
CASSATION PARTIELLE

N° 08-19.408. - CA Aix-en-Provence, 12 juin 2008.

Mme Favre, Pt. - M. Rémy, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 1198, p. 1135-1136.

N° 84

Droit maritime

Navire. - Saisie. - Saisie conservatoire. - Convention de Bruxelles du 10 mai 1952. - Conditions. - Créance maritime. - Créance disponible ou menacée dans son recouvrement. - Nécessité (non).

Ni l'indisponibilité de la créance cause de la saisie ni l'absence de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement ne font obstacle à la saisie conservatoire d'un navire.

Dès lors, justifie légalement sa décision d'autoriser la saisie conservatoire d'un navire la cour d'appel qui retient que le saisissant alléguait une créance maritime qui, au sens de l'article premier § 1 q de la Convention de Bruxelles du 10 mai 1952, portant unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires, avait pour cause un mort-gage.

Com. - 5 octobre 2010.
REJET

N° 09-13.092. - CA Aix-en-Provence, 13 novembre 2008.

Mme Favre, Pt. - M. Rémy, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, SCP Gaschignard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 1185, p. 1119-1120.

N° 85

Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Candidat. - Désistement. - Désistement entre les deux tours. - Information du syndicat auquel la liste est rattachée. - Nécessité.

Si un syndicat ne peut présenter un candidat aux élections professionnelles sans son accord, il ne lui incombe pas de s'assurer de la persistance de cet accord entre les deux tours de scrutin. Il doit en revanche être informé du retrait d'un candidat de la liste présumée reconduite pour le second tour.

L'absence d'information est une irrégularité de nature à fausser la loyauté du scrutin.

Soc. - 13 octobre 2010.
REJET

N° 09-60.233. - TI Palaiseau, 18 mai 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Lambremon, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 962, p. 857-858. Voir également la revue Droit social, n° 1, janvier 2011, Actualité jurisprudentielle, p. 107 à 109, note Franck Petit.

N° 86

Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel - Élections complémentaires - Organisation - Possibilité - Conditions - Détermination - Portée.

Si la loi ne prévoit pas d'élections complémentaires de représentants du personnel dans le cas d'augmentation d'effectifs de l'entreprise, de telles élections tendant à désigner des délégués en plus de ceux dont le mandat est en cours, et pour la durée restant à courir, peuvent néanmoins être organisées, à la condition qu'elles soient prévues par un accord collectif signé par tous les syndicats présents dans l'entreprise.

Doit dès lors être cassé le jugement qui valide de telles élections sans constater que cette condition était remplie.

Soc. - 13 octobre 2010
RABAT D'ARRÊT ET CASSATION

N° 09-60.206. - TI Dole, 21 avril 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Béraud, Rap. - M. Lalande, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 39, 11 novembre 2010, Actualité / droit du travail et sécurité sociale, p. 2587, note L. Perrin (« Organisation d'élections complémentaires : accord unanime »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 960, p. 856-857, la Revue de droit du travail, n° 12, décembre 2010, Chroniques, p. 727-728, note Isabel Odoul Asorey (« La possibilité d'organiser des élections complémentaires en cas d'augmentation des effectifs de l'entreprise »), et la revue Droit social, n° 1, janvier 2011, Actualité jurisprudentielle, p. 109 à 111, note Franck Petit.

Note sous Soc., 13 octobre 2010, n° 86 ci-dessus

Si la loi rend obligatoires des élections partielles lorsque les mandats des délégués du personnel ou des membres du comité d'entreprise prennent fin avant leur échéance normale et que les dispositions légales assurant leur remplacement par des suppléants ne suffisent pas à maintenir l'institution ou à la maintenir dans un état suffisamment représentatif (articles L. 2314-7 et L. 2324-10 du code du travail), elle est muette sur le cas des élections complémentaires destinées à accroître le nombre des représentants du personnel pour répondre à un accroissement des effectifs de l'entreprise.

En principe, l'accroissement des effectifs en cours de mandat n'affecte donc pas l'institution représentative en place, qui conserve ses attributions pour l'ensemble du personnel (voir par exemple Soc., 5 juin 1975, Bull. 1975, V, n° 310, jugeant qu'en cas de fusion de deux sociétés, dont l'une a seule un comité d'entreprise, ce comité conserve la plénitude de ses attributions pour l'ensemble de la nouvelle entreprise).

L'arrêt du 13 octobre 2010 admet toutefois que, si les élections complémentaires destinées à accroître le nombre des représentants pour la durée des mandats restant à courir ne sont pas légalement prévues, elle ne sont cependant pas interdites. Mais de telles élections modifiant nécessairement le protocole préélectoral sur la base duquel les représentants déjà en place ont été élus ainsi que la configuration de l'institution existante, l'arrêt exige qu'elles soient prévues par un accord collectif signé par tous les syndicats présents dans l'entreprise.

N° 87

N° 89

Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)

Liquidation judiciaire. - Actif. - Immeuble. - Cession par autorité de justice. - Vente de gré à gré. - Effets.

La vente de l'immeuble d'un débiteur en liquidation judiciaire par le liquidateur, fût-elle de gré à gré, est une vente qui, selon l'article L. 622-16 (devenu l'article L. 642-18, alinéa 3) du code de commerce, ne peut être faite que par autorité de justice et n'est donc pas rescindable pour cause de lésion.

3^e Civ. - 6 octobre 2010.
REJET

N° 09-66.683. - CA Versailles, 12 mars 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Rouzet, Rap. - M. Laurent-Atthalin, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Lesourd, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 37, 28 octobre 2010, Actualité / droit civil, p. 2429 (« Pas de lésion en cas de vente d'immeuble de gré à gré »). Voir également la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 1179, p. 1115-1116, et la Revue Lamy droit civil, n° 77, décembre 2010, Actualités, n° 4034, p. 13, note Alexandre Paulin (« Rejet de la rescision pour lésion en cas de vente judiciaire d'immeuble réalisée de gré à gré »).

N° 88

Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)

Voies de recours. - Appel. - Appel-nullité. - Recevabilité. - Excès de pouvoir. - Débiteur en liquidation judiciaire invoquant une violation des règles relatives à son dessaisissement.

Un débiteur en liquidation judiciaire peut toujours exercer seul, pourvu qu'il le fasse contre le liquidateur ou en sa présence, les voies de recours à l'encontre d'une décision qui l'a déclaré irrecevable à agir en application des dispositions de l'article L. 622-9 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, suivant lesquelles le liquidateur exerce seul les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine, si ce débiteur prétend que la nature ou la portée des règles relatives au dessaisissement ont été violées.

À ce titre, constitue un excès de pouvoir le fait pour les premiers juges d'avoir déclaré irrecevable le recours formé par un débiteur en liquidation judiciaire, qui exerce son droit propre, contre la décision prise par le juge-commissaire d'autoriser la vente d'un de ses biens, dont il prétend qu'elle a violé la nature ou la portée des règles relatives à son dessaisissement.

Com. - 5 octobre 2010.
CASSATION

N° 09-16.602. - CA Colmar, 30 juin 2009.

Mme Favre, Pt. - M. Arbellot, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, SCP Defrenois et Levis, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 36, 21 octobre 2010, Actualité / droit des affaires, p. 2359 (« Appel-nullité : violation des règles du dessaisissement »). Voir également la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 1204, p. 1141, et la Revue des procédures collectives, n° 6, novembre-décembre 2010, commentaire n° 246, p. 56, note G. Berthelot (« Maintien des droits propres du débiteur en liquidation judiciaire »).

1^o Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Procédure (dispositions générales). - Voies de recours. - Appel. - Jugement de report de la date de cessation des paiements. - Appel à titre personnel du dirigeant de la société débitrice. - Recevabilité.

2^o Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Procédure (dispositions générales). - Voies de recours. - Appel. - Jugement de report de la date de cessation des paiements. - Appel du liquidateur. - Délai. - Détermination.

1^o Il résulte des dispositions des articles L. 653-8, alinéa 3, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, et R. 653-1, alinéa 2, du code de commerce que, pour sanctionner par l'interdiction de gérer le dirigeant de la société débitrice qui n'a pas déclaré la cessation des paiements de celle-ci dans le délai légal, la date de la cessation des paiements à retenir ne peut être différente de celle fixée par le jugement d'ouverture de la procédure collective ou un jugement de report.

Dès lors, ce dirigeant a un intérêt personnel à contester la décision de report de la date de cessation des paiements et est ainsi recevable à former un pourvoi à titre personnel contre ladite décision.

2^o Il résulte des articles R. 641-9 et R. 661-3 du code de commerce que le liquidateur peut interjeter appel du jugement statuant sur sa demande de report de la date de la cessation des paiements dans les dix jours de la communication qui lui est faite de la décision.

Dès lors, viole ces textes l'arrêt qui déclare recevable l'appel du liquidateur judiciaire contre un tel jugement au motif qu'il n'avait pas à être signifié et que son appel n'avait en conséquence pas été formé hors délai, alors que, le jugement lui ayant été communiqué plus de dix jours avant son appel, celui-ci était tardif.

Com. - 5 octobre 2010.
CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 09-69.010. - CA Aix-en-Provence, 7 mai 2009.

Mme Favre, Pt. - M. Rémy, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, M^e Blanc, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 36, 21 octobre 2010, Actualité / droit des affaires, p. 2359, note Alain Lienhard (« Interdiction de gérer : déclaration de cessation des paiements tardive »). Voir également la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 1181, p. 1117-1118, la Revue des procédures collectives, n° 6, novembre-décembre 2010, commentaire n° 246, p. 56, note G. Berthelot (« Maintien des droits propres du débiteur en liquidation judiciaire »), et le Bulletin Joly sociétés, n° 1, janvier 2011, Jurisprudence, n° 11, p. 40 à 42, note Pascal Rubellin (« Précisions sur les voies de recours en cas d'interdiction de gérer »).

N° 90

**Entreprise en difficulté
(loi du 26 juillet 2005)**

Sauvegarde. - Période d'observation. - Déclaration de créances. - Procédure. - Créances du fisc et des organismes sociaux. - Déclaration modificative. - Délai et montant. - Effet.

Par application des articles L. 622-24 et L. 624-1 du code de commerce, n'encourt pas la forclusion la déclaration modificative de créance en vue de son admission à titre définitif effectuée par le Trésor public, les organismes de prévoyance et de sécurité sociale ainsi que les organismes visés à l'article L. 351-21, devenu L. 5427-1, du code du travail dans le délai imparti par le tribunal pour l'établissement de l'état des créances, et pour une somme inférieure à la déclaration à titre provisionnel.

Com. - 5 octobre 2010.

REJET

N° 09-16.558. - CA Poitiers, 26 mai 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Pinot, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Ortscheidt, SCP Boutet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 37, 28 octobre 2010, Actualité / droit civil, p. 2429, note Alain Lienhard (« Créance des organismes sociaux : admission définitive »).

N° 91

Étranger

Mesures d'éloignement. - Rétenion dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire. - Prolongation de la rétenion. - Audition de l'étranger par le juge des libertés et de la détention. - Conditions de forme. - Procès-verbal signé par l'étranger. - Nécessité (non).

Aucune disposition légale ou réglementaire n'impose au juge des libertés et de la détention qui procède à l'audition d'un étranger d'établir un procès-verbal signé par celui-ci.

1^{re} Civ. - 6 octobre 2010.

CASSATION SANS RENVOI

N° 09-14.151. - CA Versailles, 9 mars 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Bobin-Bertrand, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue juridique Personnes et famille, n° 12, décembre 2010, p. 16, note Emmanuel Putman (« La Cour de cassation précise les conditions de forme de l'audition de l'étranger par le juge des libertés et de la détention »).

N° 92

Étranger

Mesures d'éloignement. - Rétenion dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire. - Prolongation de la rétenion. - Ordonnance du juge des libertés et de la détention. - Appel. - Délai pour statuer. - Expiration. - Portée.

L'expiration du délai fixé par l'article L. 552-9 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, insusceptible d'interruption ou de suspension, entraîne le dessaisissement du premier président, qui ne peut, en conséquence, se prononcer sur la prolongation de la rétenion de l'étranger.

1^{re} Civ. - 6 octobre 2010.

CASSATION SANS RENVOI

N° 09-12.367. - CA Aix-en-Provence, 21 avril 2008.

M. Charruault, Pt. - M. Falcone, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Ancel et Couturier-Heller, Av.

L'avis de l'avocat général est paru au Recueil Dalloz, n° 38, 4 novembre 2010, Études et commentaires, p. 2550 à 252 (« 48 heures pour statuer : rien n'arrête le cours de la justice ! »). Voir également la Revue juridique Personnes et famille, n° 12, décembre 2010, p. 16, note Emmanuel Putman (« En matière de rétenion administrative, le délai pour statuer en appel est un délai préfix »).

N° 93

Filiation

Filiation adoptive. - Adoption simple. - Effets. - Nom de l'adopté. - Détermination. - Adjonction du nom de l'adoptant à celui de l'adopté. - Portée.

L'article 363 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002, qui prévoit aussi la possibilité de substituer le nom de l'adoptant à celui de l'adopté, n'exclut pas la possibilité pour le juge de décider que le nom d'origine de l'adopté suivra celui de l'adoptant.

1^{re} Civ. - 6 octobre 2010.

REJET

N° 09-15.092. - CA Aix-en-Provence, 25 mars 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Trapero, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 314-315, 10-11 novembre 2010, Chronique de jurisprudence - droit de la famille, p. 42-43, note Stéphanie Chrétien. Voir également la Revue juridique Personnes et famille, n° 12, décembre 2010, p. 14-15, note Isabelle Corpart (« Dans l'adoption simple, le nom d'origine peut précéder ou suivre le nom de l'adoptant »), la revue Droit de la famille, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 186, p. 38 à 40, note Jacques Massip (« L'adopté en la forme simple peut se voir attribuer un double nom constitué par le nom de l'adoptant suivi du nom d'origine de l'adopté »), la revue Actualité juridique Famille, n° 12, décembre 2010, Jurisprudence, p. 547-548, note François Chénéde (« Indifférence de l'ordre des noms en cas d'adoption simple »), et la Revue Lamy droit civil, n° 77, décembre 2010, Actualités, n° 4057, p. 48-49, note Guillaume Chauchat-Rozier (« Adoption et règles de changement de nom de l'adopté »).

N° 94

Fonds de garantie

Obligation. - Caractère subsidiaire. - Effet. - Sommes susceptibles d'être perçues par la victime au titre d'une rente accident du travail.

En raison du caractère subsidiaire de son obligation, le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages n'est tenu d'indemniser la victime d'un accident de la circulation que dans la mesure où cette indemnisation n'incombe à aucune autre personne ou à aucun autre organisme.

Doit être censuré l'arrêt qui a débouté le fonds de sa demande tendant à ce que soit déduites du poste d'indemnisation du déficit fonctionnel permanent les sommes que la victime aurait dû percevoir au titre d'une rente accident du travail qui lui aurait été versée si elle n'avait pas laissé s'éteindre son droit à indemnisation en ne se rendant pas aux convocations du médecin de la caisse primaire d'assurance maladie.

Crim. - 5 octobre 2010.

CASSATION

N° 09-88.692. - CA Douai, 13 novembre 2009.

M. Louvel, Pt. - M. Roth, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

N° 95

Fraudes et falsifications

Preuve. - Expertise. - Expertise contradictoire.- Formalités. - Détermination.

Pour contester les résultats de l'analyse prévue par les articles L. 215-9 et suivants du code de la consommation, sollicitée par la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, les parties doivent, devant le juge d'instruction, le tribunal ou la cour d'appel, demander l'expertise contradictoire prévue par l'article L. 215-12 du code de la consommation.

Crim. - 5 octobre 2010.

REJET

N° 09-87.548. - CA Aix-en-Provence, 13 octobre 2009.

M. Louvel, Pt. - M. Roth, Rap. - M. Davenas, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit pénal, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 142, p. 35-36, note Jacques-Henri Robert (« Jura vigilantibus non dormientibus prosunt »).

N° 96

Impôts et taxes

Enregistrement. - Droits de mutation. - Mutation à titre gratuit. - Donations. - Don manuel. - Fait générateur. - Reconnaissance judiciaire. - Motifs d'un jugement.

La reconnaissance judiciaire d'un don manuel, sujet au droit de mutation en application de l'article 757 du code général des impôts, peut résulter des motifs d'un jugement.

Com. - 12 octobre 2010.

REJET

N° 09-70.337. - CA Versailles, 11 septembre 2008.

Mme Favre, Pt. - Mme Bregeon, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - M^e Odent, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

N° 97

Intérêts

Intérêts moratoires. - Point de départ. - Sommation de payer. - Cas. - Dette d'une somme d'argent. - Condition.

La créance d'une somme d'argent née et déterminée dans son montant antérieurement à toute décision du juge, qui se borne à la constater, porte intérêts à compter de la sommation de payer.

1^{er} Civ. - 14 octobre 2010.

CASSATION PARTIELLE

N° 09-12.921. - CA Paris, 20 janvier 2009.

M. Charruault, Pt. - M. Creton, Rap. - M^e Odent, SCP Richard, Av.

N° 98

Intervention

Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions. - Recours subrogatoire. - Exercice. - Conditions. - Juridictions. - Juridictions du jugement. - Exclusivité.

La constitution de partie civile du fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) a uniquement pour objet d'obtenir des personnes responsables le remboursement de l'indemnité ou de la provision qu'il a versée, dans la limite du montant des réparations mises à leur charge, de sorte que le recours subrogatoire du FGTI ne peut s'exercer que devant les juridictions de jugement.

Crim. - 5 octobre 2010.

REJET

N° 09-82.862. - CA Paris, 3 mars 2009.

M. Louvel, Pt. - Mme Radenne, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, M^e Foussard, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° 99

Juridictions correctionnelles

Citation. - Délai. - Point de départ. - Prévenu domicilié à l'étranger. - Remise effective de l'acte.

Il résulte des dispositions combinées des articles 552, 553 et 562 du code de procédure pénale que le délai d'une citation à comparaître devant une juridiction, délivrée à une personne résidant à l'étranger, ne court qu'à compter de la remise effective de l'acte à celle-ci.

Crim. - 6 octobre 2010.

CASSATION

N° 10-81.585. - CA Aix-en-Provence, 10 février 2010.

M. Louvel, Pt. - Mme Desgrange, Rap. - Mme Zientara-Logeay, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, Av.

N° 100

Mesures d'instruction

Expertise. - Rapport de l'expert. - Appréciation par les juges du fond. - Nature. - Appréciation souveraine. - Portée.

Il résulte de la combinaison des articles R. 142-39 du code de la sécurité sociale et 246 du code de procédure civile qu'en matière de réparation d'accident de travail agricole, le juge, par décision motivée, apprécie souverainement la portée des documents médicaux qui lui sont soumis.

2^e Civ. - 7 octobre 2010.

REJET

N° 09-70.611. - CA Nîmes, 15 avril 2008.

M. Loriferne, Pt. - M. Salomon, Rap. - SCP Richard, SCP Baraduc et Duhamel, Av.

N° 101

Nom

Prénom. - Changement. - Conditions. - Intérêt légitime. - Caractérisation. - Défaut. - Applications diverses.

Une cour d'appel, saisie d'une demande de changement de prénom, qui relève que la requérante, qui avait expressément

accepté la francisation de son prénom lors de sa naturalisation par décret, produit, pour justifier des conséquences psychologiques du changement de prénom, un certificat médical qui se contente de reproduire ses doléances, ne démontre pas que l'usage de son prénom français l'ait coupé de sa famille et invoque des motifs religieux purement généraux a pu en déduire que la demande ne reposait pas sur un intérêt légitime.

1^{re} Civ. - 6 octobre 2010.

REJET

N° 09-10.240. - CA Besançon, 28 mars 2007.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Trapero, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - M^e Luc-Thaler, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 11, novembre 2010, Jurisprudence, p. 499, note François Chénéde (« Modification du nom sur modification du nom ne vaut en l'absence d'intérêt légitime »). Voir également la Revue juridique Personnes et famille, n° 12, décembre 2010, p. 14, note Isabelle Corpart (« Un nouveau changement de prénom est envisageable seulement s'il est justifié »), et La Semaine juridique, édition générale, n° 50, 13 décembre 2010, Jurisprudence, n° 1237, p. 2328-2329, note Thierry Garé (« Pas de changement de prénom sans intérêt légitime ! »).

N° **I 02**

Officiers publics et ministériels

Notaire. - Émoluments. - Émoluments de négociation. - Contestation. - Procédure spécifique de taxe. - Caractère obligatoire. - Portée.

Doit être relevé d'office le moyen tiré de l'irrecevabilité de la demande en paiement des émoluments tarifés d'un notaire formée devant un tribunal de grande instance, cette demande devant être formée selon la procédure spécifique de taxe, qui impose une vérification préalable des émoluments par le secrétaire de la juridiction avant toute saisine du magistrat taxateur.

2^e Civ. - 14 octobre 2010.

CASSATION SANS RENVOI

N° 09-14.033. - CA Rennes, 10 février 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Vasseur, Rap. - M. Marotte, Av. Gén. - SCP Ortscheidt, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Répertoire du notariat Defrénois, n° 22, 30 décembre 2010, Jurisprudence, Décisions commentées, n° 39183, p. 2368 à 2371, note Richard Crône (« Procédure de recouvrement d'émoluments ou honoraires. Rien ne sert de courir, il faut partir à point »).

N° **I 03**

Peines

Peines correctionnelles. - Peine d'emprisonnement sans sursis prononcée par la juridiction correctionnelle. - Article 132-24 du code pénal issu de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009. - Application. - Portée.

En matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1 du code pénal, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours, si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28.

En conséquence, doit être cassé l'arrêt qui, pour condamner à la peine de trois mois d'emprisonnement sans sursis une personne reconnue coupable de vol, se borne à retenir, par motifs propres et adoptés, que les faits sont d'autant plus graves qu'ils ont été commis au préjudice d'une personne âgée qui reste psychologiquement traumatisée et que la peine tient exactement compte de la personnalité du prévenu.

Crim. - 12 octobre 2010.

CASSATION PARTIELLE

N° 10-81.044. - CA Rennes, 30 novembre 2009.

M. Louvel, Pt. - Mme Palisse, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 42, 2 décembre 2010, Actualité / droit pénal et procédure pénale, p. 2775, note M. Lena (« Condamnation sans sursis : nécessité d'une motivation »).

N° **I 04**

Presse

Procédure. - Action publique. - Mise en mouvement. - Ministère public. - Association. - Association se proposant de combattre le racisme. - Constitution de partie civile par voie d'intervention. - Recevabilité. - Condition.

Aucune disposition ne fait obstacle à l'intervention d'une association habilitée par l'article 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 et qui entend se constituer partie civile dans une procédure engagée par une autre partie ou le ministère public du chef des infractions visées par ce texte.

En conséquence, justifie sa décision la cour d'appel qui reçoit en leur constitution de partie civile les associations habilitées par ledit article et leur alloue des dommages-intérêts, les propos incriminés portant directement atteinte aux intérêts moraux et aux valeurs défendus par ces associations.

Crim. - 12 octobre 2010.

REJET

N° 10-80.825. - CA Paris, 21 janvier 2010.

M. Louvel, Pt. - Mme Palisse, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

N° **I 05**

1^o Procédure civile

Droits de la défense. - Principe de la contradiction. - Violation. - Défaut. - Cas. - Dernières conclusions en réponse aux écritures du contradicteur faisant état d'une décision de justice.

2^o Référé

Mesures conservatoires ou de remise en état. - Trouble manifestement illicite. - Applications diverses. - Exploitation sans autorisation d'un supermarché.

1^o Une cour d'appel retient souverainement qu'en tirant argument d'un arrêt produit par son contradicteur, une partie ne viole pas le principe de la contradiction, ses dernières écritures étant des conclusions en réponse à celles faisant état de cette décision.

2^o Relevant qu'un arrêt d'une cour administrative d'appel confirmant l'annulation d'une autorisation donnée par une commission départementale d'équipement commercial est exécutoire nonobstant un pourvoi en cassation, une cour d'appel, constatant que cet arrêt a pour conséquence de faire

disparaître la décision initiale, d'où il suit une exploitation sans autorisation, en déduit exactement l'existence d'un trouble manifestement illicite.

1^{re} Civ. - 6 octobre 2010.
REJET

N° 09-12.686. - CA Bourges, 19 mars 2009.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - M. Falcone, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, M^e Odent, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 1199, p. 1137-1138. Voir également la revue Procédures, n° 12, décembre 2010, commentaire n° 398, p. 12, note Roger Perrot (« Conclusions déposées le jour de la clôture »).

N° 106

Professions médicales et paramédicales

Médecin. - Responsabilité contractuelle. - Faute. - Réparation du préjudice direct et certain. - Condition suffisante. - Disparition d'une éventualité favorable. - Portée.

Lorsque la responsabilité d'un professionnel de santé est engagée pour faute en vertu de l'article L. 1142-1 I du code de la santé publique, le préjudice de la victime présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable.

Il en résulte que ni l'incertitude relative à l'évolution de la pathologie dont la patiente était atteinte ni l'indétermination de la cause du syndrome de détresse respiratoire aiguë ayant entraîné son décès n'étaient de nature à faire écarter le lien de causalité entre la faute commise par le médecin, laquelle avait eu pour effet de faire retarder la prise en charge de cette patiente, et la perte pour elle d'une chance de survie.

1^{re} Civ. - 14 octobre 2010.
CASSATION

N° 09-69.195. - CA Rennes, 3 juin 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Dreifuss-Netter, Rap. - M. Legoux, Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, SCP Richard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 43, 25 octobre 2010, Jurisprudence, n° 1049, p. 1988 (« Lien de causalité entre la faute d'un médecin et la perte de chance de survie »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 37, 28 octobre 2010, Actualité / droit civil, p. 2430, note Inès Gallmeister (« Perte de chance : caractère direct et certain du dommage »), cette même revue, n° 40, 18 novembre 2010, Etudes et commentaires, p. 2682 à 2685, note Pierre Sargos (« Confirmation et approfondissement du nouveau fondement de la responsabilité civile médicale et de la problématique et méthodologie de la perte de chance »), et n° 1, 6 janvier 2011, Panorama - Contrat - responsabilité - assurance, p. 35 à 46, spec. n° I - A - 1, p. 37-38, note Olivier Gout (« L'indemnisation de la perte d'une chance de survie »), ainsi que la Gazette du Palais, n° 342-343, 8-9 décembre 2010, Chronique de jurisprudence - Droit de la responsabilité civile, p. 18 à 21, note Mustapha Mekki, et cette même revue, n° 353-355, 19-21 décembre 2010, Jurisprudence, p. 35-36, note Marie Perini-Mirski (« La perte de chance existe et présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable »).

N° 107

Professions médicales et paramédicales

Médecin. - Responsabilité contractuelle. - Obligation de moyens. - Manquement. - Prescription n'apportant pas les soins les plus appropriés à l'âge et à l'état de la personne.

Un enfant de six semaines ayant été victime d'une intoxication salicylique à la suite de l'absorption de Catalgine à 0,50 g délivrée par erreur par un préposé de la pharmacie à la place de la Catalgine à 0,10 g prescrite par le médecin généraliste, la cour d'appel, au vu du rapport d'expertise dont il résultait que les salicylés, déconseillés en raison de la perturbation de la coagulation sanguine qu'ils entraînent, du fait qu'ils peuvent favoriser des maladies neurologiques graves voire induire un syndrome de Reyne, maladie rare mais très grave quand ils sont administrés dans un contexte de pathologie virale, ne constituaient plus, depuis plusieurs années au moment des faits, le médicament antithermique de référence et de première intention chez le nourrisson, tandis que d'autres principes actifs, tels le paracétamol, offraient la même efficacité et présentaient moins d'inconvénients, a pu en déduire, le principe de liberté de prescription ne trouvant application que dans le respect du droit de toute personne de recevoir les soins les plus appropriés à son âge et à son état, conformes aux données acquises de la science et ne lui faisant pas courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté, que ce médecin avait manqué à son obligation contractuelle de moyens.

Ayant ensuite retenu que l'absence de mention sur l'ordonnance, obligatoire en toute hypothèse, de l'âge et du poids du malade, qui correspondait en outre, dans le domaine de la pédiatrie, à un standard de qualité en ce qu'elle mettait le pharmacien en mesure de disposer des éléments lui permettant de contrôler la prescription, avait facilité la commission d'une faute en relation directe avec le dommage, elle a pu en déduire que la faute du médecin avait contribué à sa réalisation.

1^{re} Civ. - 14 octobre 2010.
REJET

N° 09-68.471. - CA Montpellier, 3 juin 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Dreifuss-Netter, Rap. - M^e Le Prado, SCP Baraduc et Duhamel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 349-350, 15-16 décembre 2010, Jurisprudence, p. 10 à 12, note Valérie Siranyan et François Locher (« Liberté de prescription du médecin : primum non nocere »).

N° 108

Professions médicales et paramédicales

Médecin gynécologue obstétricien. - Responsabilité contractuelle. - Suivi médical d'une parturiente. - étendue. - Détermination.

La sage-femme étant habilitée à pratiquer les actes nécessaires quant à la surveillance et la pratique de l'accouchement mais devant faire appel à un médecin en cas d'accouchement dystocique, une cour d'appel a pu retenir qu'il ne pouvait être fait grief au médecin « *compétent exclusif en obstétrique* » de ne pas s'être informé par lui-même et, dès lors que l'accouchement par voie basse constituait à son arrivée le seul choix médicalement approprié en raison de l'état de dilatation du col de l'utérus, que l'instrumentation utilisée pour faciliter l'expulsion, compte tenu du temps et des éléments d'information dont il disposait,

n'était pas critiquable et que les actes accomplis relevaient de sa qualification, a pu en déduire qu'aucune faute ne pouvait être retenue à son encontre.

1^{re} Civ. - 14 octobre 2010.

REJET

N° 09-16.085, 09-17.035. - CA Nîmes, 12 mai 2009.

M. Charruault, Pt. - Mme Dreifuss-Netter, Rap. - SCP Bouzidi et Bouhanna, SCP Baraduc et Duhamel, Av.

N° 109

Protection des consommateurs

Crédit à la consommation. - Défaillance de l'emprunteur. - Sanctions. - Paiement des intérêts conventionnels incluant les intérêts moratoires. - Conditions. - Existence d'une convention ou d'une demande aux fins de capitalisation des intérêts moratoires.

Prive sa décision de base légale au regard de l'article 1154 code civil la cour d'appel qui condamne un emprunteur défaillant aux intérêts conventionnels calculés sur une somme qui comprenait, conformément aux dispositions de l'article L. 311-30 du code de la consommation, non seulement le capital restant dû et les échéances impayées incluant les intérêts, mais également les intérêts moratoires calculés sur cette somme, sans relever l'existence ni d'une convention ni d'une demande aux fins de capitalisation des intérêts moratoires.

1^{re} Civ. - 14 octobre 2010.

CASSATION

N° 09-68.026. - CA Poitiers, 22 janvier 2008.

M. Charruault, Pt. - M. Creton, Rap. - SCP Capron, SCP Célice, Blanpain et Soltner, Av.

N° 110

Représentation des salariés

Cadre de la représentation. - Unité économique et sociale. - Reconnaissance. - Exclusion. - Applications diverses.

Selon l'article L. 3344-1 du code du travail, l'intéressement, la participation ou un plan d'épargne d'entreprise pouvant être mis en place au sein d'un groupe constitué par des entreprises juridiquement indépendantes mais ayant établi entre elles des liens financiers et économiques, la conclusion d'un tel accord ne postule pas l'existence d'une unité économique et sociale.

C'est dès lors à bon droit qu'un tribunal, ayant constaté qu'un accord avait pour seul objet l'intéressement et ne comportait aucune référence à une unité économique et sociale, décide qu'il ne valait pas reconnaissance conventionnelle d'une unité économique et sociale.

Soc. - 13 octobre 2010.

REJET

N° 09-60.473. - TI Longjumeau, 3 décembre 2009.

Mme Morin, Pt (f.f.). - M. Béraud, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - M^e Carbonnier, SCP Defrenois et Levis, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 48, 30 novembre 2010, Jurisprudence, n° 1514, p. 36 à 39, note Jérôme Daniel (« Un accord d'intéressement de groupe n'implique-t-il pas la reconnaissance d'une UES ? »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 948, p. 848-849, et le Bulletin Joly sociétés, n° 1, janvier 2011, Jurisprudence, n° 4, p. 60 à 62, note Gilles Dedessus-Le-Moustier (« La conclusion d'un accord d'intéressement ne vaut pas reconnaissance d'une UES »).

N° 111

Représentation des salariés

Comité d'entreprise. - Représentant syndical. - Désignation. - Conditions. - Obtention d'élu par l'organisation syndicale. - Nombre. - Détermination.

Il résulte de l'article L. 2324-2 du code du travail qu'une organisation syndicale ne peut désigner un représentant au comité d'entreprise ou d'établissement que si elle a au moins deux élus au sein de ce comité, qu'en cas de constitution d'une liste commune pour les élections au comité d'entreprise ou d'établissement, le nombre d'élus obtenu par chaque organisation syndicale s'apprécie sur la base indiquée par les organisations syndicales concernées lors du dépôt de leur liste et, à défaut, par parts égales entre les organisations concernées.

L'indication de la base de répartition peut résulter de la mention sur la liste de candidature présentée aux électeurs, pour chacun des candidats de la liste commune, de leur appartenance à l'un ou l'autre des syndicats de la liste.

Dès lors, statue à bon droit le tribunal qui annule la désignation par un syndicat, qui n'avait obtenu qu'un élu sur la liste commune, d'un représentant syndical au comité d'entreprise.

Soc. - 13 octobre 2010.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 09-60.456. - TI Évry, 24 novembre 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Célice, Blanpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 44, 1^{er} novembre 2010, Jurisprudence, n° 1092, p. 2060, note Gilles Dedessus-Le-Moustier (« Modalités de désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise »). Voir également la revue Droit social, n° 12, décembre 2010, p. 1168 à 1175, note Laurence Pécaut-Rivolier et Franck Petit (« Le redéploiement des forces syndicales - Enjeux et mesures de l'audience électorale »), cette même revue, n° 1, janvier 2011, p. 62 à 72, spéc. n° 31, p. 70, note Marie-Laure Morin (« Les nouveaux critères de la représentativité syndicale dans l'entreprise »), et la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 949, p. 849-850.

N° 112

Représentation des salariés

Règles communes. - Contrat de travail. - Licenciement. - Mesures spéciales. - Domaine d'application. - Élection des délégués du personnel. - Salarié ayant demandé l'organisation de l'élection. - Protection. - Conditions. - Portée.

Sauf si la demande est manifestement dépourvue de caractère sérieux, le salarié qui demande à l'employeur d'organiser des élections de délégués du personnel ou d'accepter d'organiser ces élections bénéficie, lorsqu'une organisation syndicale intervient aux mêmes fins, de la protection de six mois prévue par l'article L. 2411-6 du code du travail.

Viole ce texte l'arrêt qui déboute un salarié de sa demande de nullité du licenciement prononcé sans autorisation de l'inspecteur du travail au motif qu'un jugement du tribunal d'instance avait dit que l'effectif de l'entreprise était inférieur à onze, alors qu'il a constaté que l'effectif s'établissait à 9,63 en tenant compte des salariés mis à disposition, ce dont il résultait que le salarié avait pu se méprendre sur la nécessité d'organiser des élections.

Soc. - 13 octobre 2010.
CASSATION PARTIELLE

N° 09-41.916. - CA Reims, 25 février 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Perony, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 956, p. 853-884. Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 50, 16 décembre 2010, Jurisprudence, n° 2114, p. 33-34, note Stéphane Béal et Cécile Terrenoire (« Protection du salarié demandant l'organisation des élections des délégués du personnel : lorsque le seuil des onze fait défaut »), et la revue Droit social, n° 1, janvier 2011, Actualité jurisprudentielle, p. 111-112, note Franck Petit.

N° **II 3**

Représentation des salariés

Règles communes. - Fonctions. - Temps passé pour leur exercice. - Heures de délégation. - Heures de délégation des maîtres de l'enseignement privé sous contrat d'association avec l'Etat. - Heures prises en dehors du temps de travail. - Paiement. - Charge. - Détermination.

Le paiement des heures de délégation des maîtres d'enseignement privé sous contrat, prises en dehors de leur temps de travail, incombe à l'établissement au sein duquel ils exercent les mandats prévus par le code du travail dans l'intérêt de la communauté constituée par l'ensemble du personnel de l'établissement.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui a débouté l'enseignant de sa demande de paiement des heures de délégation prises en dehors de son temps de travail, alors que les heures de délégation dont chaque délégué syndical dispose pour l'exercice de ses fonctions ne se confondent pas avec les décharges d'activité de service accordées au représentant syndical en application de l'article 16 du décret n° 82-447 du 28 mai 1982, relatif à l'exercice du droit syndical dans l'association.

Soc. - 13 octobre 2010.
CASSATION PARTIELLE

N° 09-67.198. - CA Montpellier, 22 avril 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Perony, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Peignot et Garreau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 990, p. 874-875.

N° **II 4**

1^o Représentation des salariés

Règles communes. - Mandat. - Durée. - Modification dans la situation juridique de l'employeur. - Portée.

2^o Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Accords collectifs. - Accord d'entreprise. - Mise en cause. - Effets. - Négociation d'un accord d'adaptation. - Obligation. - étendue.

3^o Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Accords collectifs. - Accord d'entreprise. - Validité. - Conditions. - Absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales

de salariés représentatives. - Volonté commune des syndicats de joindre leurs oppositions. - Nécessité. - Exclusion.

1^o Une cour d'appel décide exactement que les mandats des représentants du personnel et des représentants syndicaux se poursuivent après une fusion-absorption, dès lors qu'ils s'exercent dans l'entreprise absorbante.

2^o En cas de mise en cause d'un accord collectif, consécutif à une fusion-absorption, des négociations sur un accord d'adaptation peuvent s'engager avant la réalisation de la fusion, et l'employeur n'est alors tenu de reprendre la négociation après cet événement que lorsque les organisations syndicales représentatives ne sont plus les mêmes dans la nouvelle entreprise.

Une cour d'appel retient en conséquence à bon droit qu'un syndicat qui avait participé à la négociation ayant abouti à la conclusion des accords soumis, après la fusion, à la signature des négociateurs avait été valablement associé à la négociation des accords d'adaptation, dès lors que n'était pas alléguée l'existence, au sein de la nouvelle structure, d'organisations syndicales qui n'auraient pas été appelées à la négociation antérieure.

3^o Doit être cassé l'arrêt qui subordonne la validité de l'opposition de syndicats à un accord collectif à une volonté commune de joindre leurs oppositions respectives.

Soc. - 13 octobre 2010.
CASSATION PARTIELLE

N° 09-13.109. - CA Douai, 30 janvier 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Bailly, Rap. - M. Lacan, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 946, p. 845 à 848. Voir également la Revue de droit du travail, n° 12, décembre 2010, Chroniques, p. 715 à 719, note Frédéric Géa (« Restructuration : l'anticipation de la mise en cause de l'accord collectif »), et la Revue Lamy droit des affaires, n° 55, décembre 2010, Actualités, n° 3138, p. 18-19, note Audrey Faussurier (« Sort des mandats représentatifs en cas de fusion »).

N° **II 5**

Sécurité sociale

Cotisations. - Assiette. - Rémunérations. - Définition. - Rémunérations versées à un médecin exerçant à titre libéral une activité d'expert auprès de différentes compagnies d'assurance.

Une cour d'appel, retenant, d'une part, que les seules notes envoyées à un médecin expert auprès des compagnies d'assurances se rapportaient à des questions d'intérêt commun et ne pouvaient être assimilées à des directives dont le non-respect aurait pu entraîner des sanctions disciplinaires, d'autre part, que ce médecin examinait les assurés à son cabinet personnel, fixait ses honoraires à l'intérieur d'une fourchette fixée par la compagnie d'assurances, restait maître de son organisation, n'était soumis à aucun horaire ou à aucune directive contraignante et menait son activité d'expert en toute indépendance et en dehors de tout service organisé, a exactement déduit de ces constatations et énonciations qu'en l'absence d'un lien de subordination, le montant des rémunérations perçues par ce médecin exerçant à titre libéral son activité d'expert auprès de plusieurs compagnies d'assurance devait être réintégré dans l'assiette de ses cotisations de travailleur indépendant.

2^o Civ. - 7 octobre 2010.
REJET

N° 09-69.830. - CA Pau, 15 juillet 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Héderer, Rap. - M^e Odent, SCP Delvolvé, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 46, 16 novembre 2010, Jurisprudence, n° 1489, p. 39-40, note Thierry Tauran (« Paiement de cotisations sociales sur des honoraires perçus en qualité d'expert »).

N° I I 6

Sécurité sociale

Cotisations. - Assiette. - Sommes versées à titre transactionnel en cas de rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Les sommes accordées, même à titre transactionnel, en cas de rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée ne sont pas au nombre de celles limitativement énumérées par l'article 80 *duodecies* du code général des impôts, auquel renvoie l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale.

Encourt la cassation l'arrêt qui retient, dans la situation d'une transaction intervenue après un licenciement pour faute grave de salariés bénéficiant d'un contrat à durée déterminée, que, s'agissant de dommages-intérêts réparant un préjudice du fait de la rupture anticipée non autorisée par la loi, ces sommes n'ont pas à être intégrées dans l'assiette de cotisations, et, dans la situation d'une transaction intervenue afin de convenir d'une rupture anticipée d'un contrat de même nature, que l'inexistence du préjudice évoqué dans les accords transactionnels n'était pas démontrée.

2^e Civ. - 7 octobre 2010.
CASSATION PARTIELLE

N° 09-12.404. - CA Lyon, 13 janvier 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Barthélemy, Rap. - SCP Delvolvé, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 46, 16 novembre 2010, Jurisprudence, n° 1488, p. 38-39, note Thierry Tauran (« Intégration dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale des sommes versées à titre transactionnel »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 983, p. 871-872.

N° I I 7

Sécurité sociale, assurances sociales

Vieillesse. - Pension. - Pension de retraite. - Pension attribuée à taux plein. - Conditions. - Condition d'âge. - Abaissement. - Modalités. - Détermination. - Portée.

Selon le premier alinéa de l'article 5-V de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003, la durée d'assurance requise des assurés pour l'obtention d'une pension de retraite au taux plein est celle qui est en vigueur lorsqu'ils atteignent l'âge prévu à l'article L. 351-1 du code de la sécurité sociale.

Selon le premier alinéa de l'article L. 351-1-1 du code de la sécurité sociale, l'âge prévu à l'article L. 351-1 est abaissé pour les assurés qui ont commencé leur activité avant un âge et dans des conditions déterminés par décret et ont accompli une durée totale d'assurance au moins égale à une limite définie par décret.

Il résulte de la combinaison de ces textes que la durée d'assurance requise de l'assuré qui demande la liquidation de ses droits au titre des dispositions de l'article L. 351-1-1

du code de la sécurité sociale est celle en vigueur lorsqu'il atteint l'âge auquel celles-ci ouvrent, par dérogation, le droit à pension.

2^e Civ. - 7 octobre 2010.
REJET

N° 09-67.278. - CA Caen, 24 avril 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Prétot, Rap. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 46, 16 novembre 2010, Jurisprudence, n° 1490, p. 40-42, note Thierry Tauran (« Mise en œuvre du dispositif carrières longues »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 72, p. 72-73.

N° I I 8

Sécurité sociale, contentieux

Contentieux général. - Procédure. - Appel. - Décisions susceptibles. - Décision d'avant dire droit. - Dispositif ordonnant une expertise médicale. - Conditions. - Autorisation du premier président.

Saisi par un employeur qui contestait la date de consolidation de sa salariée victime d'un accident du travail, un tribunal des affaires de sécurité sociale a ordonné une expertise médicale en donnant à l'expert mission, notamment, de se faire communiquer par la caisse primaire d'assurance maladie l'entier dossier médical de cette dernière.

La caisse ayant interjeté appel de ce jugement, viole les articles 125, 150, 272, 544 et 545 du code de procédure civile la cour d'appel qui déclare cet appel recevable alors que cette caisse n'était fondée à opposer ni l'impossibilité d'obtenir la production d'une pièce détenue par un tiers ni le respect du secret médical à une demande de communication d'un dossier médical à un médecin expert judiciaire, de sorte que la décision du premier juge, n'étant pas entachée d'excès de pouvoir, ne pouvait être frappée d'appel que sur autorisation du premier président de la cour d'appel.

2^e Civ. - 7 octobre 2010.
CASSATION SANS RENVOI

N° 09-16.829. - CA Nîmes, 7 juillet 2009.

M. Loriferne, Pt. - M. Héderer, Rap. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Boutet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 46, 16 novembre 2010, Jurisprudence, n° 1491, p. 42-43, note Thierry Tauran (« Demande de communication d'un dossier médical par un expert judiciaire »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 989, p. 874.

N° I I 9

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige relatif à un contrat de droit privé. - Contrat de droit privé. - Caractérisation. - Cas. - Contrat emploi-jeune. - Portée.

S'il appartient au juge judiciaire de se prononcer sur les litiges nés de la conclusion, de l'exécution, de la rupture ou de l'échéance du contrat « emploi-jeune », même si l'employeur est une personne publique gérant un service public à caractère administratif, le juge administratif est seul compétent pour statuer sur la demande de requalification de la relation contractuelle lorsque celle-ci s'est poursuivie avec la personne morale de droit public au-delà du terme des contrats, ainsi que sur les conséquences de la rupture intervenue après cette échéance.

Dès lors, doit être cassé l'arrêt qui a déclaré la juridiction prud'homale compétente pour connaître des demandes formées par des personnes engagées par une commune par contrat emploi-jeune, alors qu'il résultait de ses constatations qu'après l'échéance de ces contrats, ceux-ci avaient continué leur service au bénéfice de la collectivité territoriale.

Soc. - 13 octobre 2010.

CASSATION SANS RENVOI

N° 09-40.830. - CA Basse-Terre, 17 novembre 2008.

Mme Collomp, Pt. - Mme Perony, Rap. - M. Lacan, Av. Gén. - SCP Nicolăy, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 968, p. 861-862.

N° I 20

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Exclusion. - Cas. - Litige relatif aux travaux publics. - Travaux publics. - Définition. - Critères. - Détermination.

Viola la loi des 16-24 août 1790, l'article 4 du titre II de la loi du 28 pluviôse an VIII, alors applicable, et excède ses pouvoirs la cour d'appel qui rejette l'exception d'incompétence des juridictions de l'ordre judiciaire, alors que la convention conclue entre une commune et une société prévoit que les équipements publics devant revenir à la commune lui seront remis gratuitement après leur réception et qu'ont le caractère de travaux publics les travaux immobiliers répondant à une fin d'intérêt général et qui comportent l'intervention d'une personne publique, soit en tant que collectivité réalisant les travaux, soit comme bénéficiaire de ces derniers.

1^{re} Civ. - 6 octobre 2010.

CASSATION SANS RENVOI

N° 09-15.448. - CA Nîmes, 18 mai 2009.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - M. Falcone, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, SCP Le Bret-Desaché, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 42, 18 octobre 2010, Jurisprudence, n° 1037, p. 1954, note Jean-Gabriel Sorbara (« Convention de ZAC entre personnes privées : compétence du juge administratif »). Voir également la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 1200, p. 1138-1139.

N° I 21

Sports

Règlement. - Football. - Charte du football professionnel. - Joueurs professionnels. - Joueurs espoirs. - Article 23 de la charte du football professionnel. - Compatibilité avec le principe européen de libre circulation des travailleurs (non).

Doit être écarté comme étant contraire au principe de libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, garanti par l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), l'article 23 de la charte du football professionnel qui, si le joueur « espoir » refuse de conclure, à la fin de sa formation, un contrat de travail avec le club qui l'a formé, l'expose à devoir des dommages-intérêts dont le montant, non fixé dans le contrat de formation et sans rapport avec le coût réel de cette formation, constitue une entrave à son droit de conclure un contrat de travail avec un autre club.

Soc. - 6 octobre 2010

REJET

N° 07-42.023. - CA Lyon, 26 février 2007.

M. Lamanda, P. Pt. - M. Rovinski, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 967, p. 860-861. Voir également la revue Droit social, n° 1, janvier 2011, Actualité jurisprudentielle, p. 100 à 102, note Jacques Barthélémy.

N° I 22

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Accords collectifs. - Accord d'entreprise. - Accord d'entreprise Conforama du 15 janvier 1989. - Article 28 i. - Jours fériés. - Coïncidence avec un jour de repos. - Effet.

Selon l'article 28 i de l'accord d'entreprise Conforama du 15 janvier 1989, « les salariés dont le jour de repos coïncide avec un jour férié bénéficieront d'un jour supplémentaire de congé ».

En conséquence, doit être cassé l'arrêt qui interprète ce texte en ce sens que le jour de repos coïncidant avec un jour férié donne au salarié droit à un jour de congé supplémentaire, que ce jour férié soit ou non inclus dans une période de congé du salarié, renvoyant à l'obligation pour l'employeur d'accorder à chaque salarié un jour de repos hebdomadaire, alors qu'il ajoute au texte conventionnel le qualificatif d'hebdomadaire, qui n'y figure pas.

Soc. - 6 octobre 2010.

CASSATION

N° 09-16.435. - CA Paris, 4 juin 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Ballouhey, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

N° I 23

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Accords collectifs. - Accord d'entreprise. - Validité. - Condition.

Ni la validité d'un accord ni son applicabilité aux salariés ne sont subordonnées à sa notification aux organisations syndicales, laquelle a seulement pour effet de faire courir le délai d'opposition de celles qui n'en sont pas signataires, si elles remplissent les conditions pour l'exercer, et seules les organisations syndicales disposant du droit d'opposition sont recevables à se prévaloir d'une absence de notification de l'accord.

Une cour d'appel, statuant en matière de référé, décide donc à bon droit que l'application d'un accord d'entreprise à un salarié qui se prévaut de l'absence de notification régulière aux organisations syndicales non signataires ne constitue pas un trouble manifestement illicite.

Soc. - 13 octobre 2010.

REJET

N° 09-68.151. - CA Versailles, 26 mai 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Morin, Rap. - M. Lacan, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 48, 30 novembre 2010, Jurisprudence, n° 1516, p. 42 à 44, note Stéphane Brissy (« Portée de la

notification d'un accord collectif »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 64, p. 66-67.

N° 124

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Accords collectifs. - Accords particuliers. - Transports routiers et activités auxiliaires du transport. - Accord de branche du 18 avril 2002. - Article 28.1. - Changement de prestataire. - Garantie d'emploi et continuité du contrat de travail. - Bénéfice. - Conditions. - Détermination.

La forme du marché, à bons de commande, et du contrat de travail, intermittent, sont sans incidence sur le caractère régulier du transport de personnes au sens de l'article 28.1 de l'accord de branche du 18 avril 2002, relatif aux conditions de la garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire.

Soc. - 6 octobre 2010.

REJET

N° 09-65.349. - CA Douai, 19 décembre 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Linden, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 48, 30 novembre 2010, Jurisprudence, n° 1510, p. 28 à 30, note Thibault Lahalle (« Transfert d'un contrat de travail intermittent »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 994, p. 878-879.

N° 125

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Nettoyage. - Convention nationale des entreprises de propreté. - Annexe VII du 29 mars 1990. - Reprise de marché. - Garantie d'emploi. - Conditions. - Conditions remplies. - Preuve. - Charge. - Salarié. - Exclusion.

Il n'incombe pas au salarié affecté à un marché repris et que l'entreprise entrante refuse de conserver à son service d'établir qu'il remplit les conditions prévues par l'article 3 de l'accord du 29 mars 1990, relatif à la garantie de l'emploi et à la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui déboute un salarié de ses demandes en retenant qu'il lui incombait de rapporter cette preuve.

Soc. - 13 octobre 2010.

CASSATION

N° 09-67.458. - CA Besançon, 20 février 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Linden, Rap. - M. Lacan, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Hémerly et Thomas-Raquin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 903, p. 822.

N° 126

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Dispositions générales. - Avantages en concours avec des dispositions légales. - Cumul. - Prohibition. - Condition. - Détermination. - Portée.

Si, en cas de concours de dispositions légales et conventionnelles, les avantages qu'elles instituent ne peuvent se cumuler, c'est à la condition qu'ils aient le même objet et la même cause.

Doit en conséquence être approuvé le jugement qui estime possible le cumul, avec la cinquième semaine de congés payés résultant de l'ordonnance du 16 janvier 1982, de l'avantage institué par l'article 58 c de la convention collective nationale du travail mécanique du bois, des scieries, du négoce et de l'importation des bois, consistant en une majoration d'indemnité de congés payés en fonction de l'ancienneté du salarié, la prise effective des jours correspondants n'étant qu'une option ouverte dans certaines conditions au salarié.

Soc. - 6 octobre 2010.

REJET

N° 09-42.769. - CPH Laon, 14 mai 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Gosselin, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Roger et Sevaux, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 943, p. 844.

N° 127

1^o Statut collectif du travail

Usages et engagements unilatéraux. - Usages de l'entreprise. - Dénonciation. - Modalités.

2^o Statut collectif du travail

Usages et engagements unilatéraux. - Usages de l'entreprise. - Dénonciation. - Notification. - étendue.

1^o Ayant relevé que l'usage dénoncé était d'application générale, soumis aux mêmes conditions et modalités de calcul pour l'ensemble des salariés employés au sein de l'unité économique et sociale (l'UES) et n'impliquait, pour l'attribution de la prime aux salariés, aucune intervention de la part des chefs d'établissement, la cour d'appel, qui a fait ressortir que sa dénonciation procédait d'une décision de la direction générale et ne nécessitait pas, pour sa mise en œuvre, de décisions particulières de la part des chefs d'établissement, a décidé à bon droit que la mesure relevait de la compétence consultative du comité central d'entreprise et qu'il n'y avait pas lieu à consultation des comités d'établissement.

2^o La dénonciation par l'employeur d'un usage doit, pour être régulière, être précédée d'un préavis suffisant pour permettre les négociations et être notifiée aux représentants du personnel et à tous les salariés individuellement s'il s'agit d'une disposition qui leur profite ou, s'agissant d'un usage dont le bénéfice est subordonné à une condition d'ancienneté dans l'entreprise, qui est susceptible de leur profiter.

Soc. - 13 octobre 2010.

CASSATION

N° 09-13.110. - CA Versailles, 29 janvier 2009.

Mme Collomp, Pt. - M. Frouin, Rap. - M. Lacan, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Roger et Sevaux, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 44, 1^{er} novembre 2010, Jurisprudence, n° 1091, p. 2059-2060, note Gilles Dedessus-Le-Moustier (« Régime de la dénonciation d'un usage d'entreprise »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 1001, p. 881 à 883.

N° I 28

Statuts professionnels particuliers

Marin. - Statut. - Indemnité de nourriture prévue par l'article 72 du code du travail maritime. - Action en paiement. - Prescription applicable. - Détermination. - Portée.

L'article L. 110-4 II 1° du code de commerce, qui concerne les livraisons de nourriture faites aux matelots, ne s'applique pas à l'action d'un marin aux fins de paiement d'une indemnité de nourriture.

Cette indemnité devant être assimilée à un salaire, une telle action est soumise à la prescription quinquennale, en application des articles 2277 ancien du code civil et L. 110-4 III du code de commerce.

Soc. - 5 octobre 2010.

REJET

N° 09-41.492. - CA Rouen, 3 février 2009.

M. Linden, Pt (f.f.) et Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 48, 30 novembre 2010, Jurisprudence, n° 1508, p. 25 à 27, note Thibault Lahalle (« Action en paiement de l'indemnité de nourriture du marin : application de la prescription quinquennale »).

N° I 29

Syndicat professionnel

Représentativité. - Détermination. - Critères. - Respect des valeurs républicaines. - Défaut. - Preuve. - Charge. - Détermination. - Portée.

C'est à celui qui conteste le respect, par une organisation syndicale, des valeurs républicaines d'apporter la preuve de sa contestation.

Statue à bon droit le tribunal d'instance qui, ayant constaté que la preuve n'était pas rapportée que le syndicat CNT, en dépit des mentions figurant dans les statuts datant de 1946, poursuive dans son action un objectif illicite, contraire aux valeurs républicaines, valide la désignation par ce syndicat d'un représentant de section syndicale.

Soc. - 13 octobre 2010.

REJET

N° 10-60.130. - TI Boissy-Saint-Léger, 11 février 2010.

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - M^e Blondel, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 38, 4 novembre 2010, Actualité / droit du travail et sécurité sociale, p. 2521, note L. Perrin (« Représentation syndicale : respect des valeurs républicaines »). Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 47, 23 novembre 2010, Jurisprudence, n° 1493, p. 11 à 16, note Yannick Pagnerre (« Le respect des valeurs républicaines : Cour de cassation, Acte II »), la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 954, p. 851-852, la revue Droit social, n° 1, janvier 2011,

p. 62 à 72, spéc. n° 14, p. 67, note Marie-Laure Morin (« Les nouveaux critères de la représentativité syndicale dans l'entreprise »), et ce même numéro, Actualité jurisprudentielle, p. 112 à 114, note Christophe Radé, et la Revue de droit du travail, n° 12, décembre 2010, Chroniques, p. 728 à 730, note Hélène Tissandier (« De l'importance des statuts du syndicat depuis la loi du 20 août 2008 »).

N° I 30

Transports routiers

Marchandises. - Transport international. - Convention de Genève du 19 mai 1956 (CMR). - Responsabilité. - Perte ou avarie. - Indemnité due par le transporteur. - Valeur de la marchandise. - Inclusion des droits d'accise sur les tabacs. - Portée.

Une cour d'appel qui retient que, dès leur production, les cigarettes sont génératrices des droits indirects qui sont ultérieurement perçus par l'Etat du lieu de mise en consommation et que cette dette fiscale constitue un préjudice accessoire à la perte de la marchandise, ce dont il résulte que les droits d'accise sur les tabacs ne sont pas des frais encourus à l'occasion du transport, en déduit exactement que ces droits s'ajoutent à la valeur initiale de la marchandise et que l'indemnité mise à la charge du transporteur ne peut dépasser la limitation de la garantie prévue à l'article 23 § 3 de la Convention de Genève du 19 mai 1956, relative au contrat de transport international de marchandises par route, dite CMR.

Com. - 5 octobre 2010.

REJET

N° 09-10.837. - CA Paris, 11 septembre 2008.

Mme Favre, Pt. - M. Lecaroz, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° I 31

Travail réglementation, durée du travail

Durée hebdomadaire. - Calcul. - Entreprises de transport routier. - Décret n° 83-40 du 26 janvier 1983. - Article 4. - Calcul de la durée du travail sur une durée supérieure à une semaine. - Autorisation de l'inspecteur du travail. - Portée.

La fusion-absorption de deux sociétés n'est pas, à elle seule, de nature à remettre en cause l'autorisation accordée à l'une d'elles par l'inspecteur du travail, en vertu du décret du 16 janvier 1983 relatif à la durée du travail dans les transports routiers, de calculer la durée du travail dans les transports routiers sur un mois, « pour des raisons techniques d'exploitation ».

L'autorisation ainsi délivrée continue de bénéficier à la nouvelle personne morale employeur, jusqu'à son éventuel retrait par l'inspecteur du travail compétent.

Soc. - 6 octobre 2010.

CASSATION

N° 08-42.728 à 08-42.736. - CPH Rennes, 4 avril 2008.

Mme Collomp, Pt. - Mme Goasguen, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition social, n° 47, 23 novembre 2010, Jurisprudence, n° 1495, p. 21 à 23, note Michel Morand (« Décompte des heures supplémentaires et droit à repos

compensateur dans les entreprises de transports routiers de marchandises ». Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 993, p. 877-878, la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 1/11, janvier 2011, décision n° 44, p. 44-45, la Revue Lamy droit des affaires, n° 55, décembre 2010, Actualités, n° 3137, p. 18, note Audrey Faussurier (« Sort d'une autorisation administrative en cas de fusion-absorption »), et la Revue des sociétés, n° 1, janvier 2011, Jurisprudence, p. 24 à 26, note Alain Couret (« La fusion-absorption ne remet pas en cause l'autorisation précédemment donnée par l'inspection du travail »).

N° I32

Travail réglementation, hygiène et sécurité

Services de santé au travail. - Examens médicaux. - Visite de reprise. - Délai de huit jours. - Computation. - Modalités. - Portée.

En application des dispositions de l'article R. 4624-22 du code du travail, l'examen de reprise du salarié doit avoir lieu au plus tard dans un délai de huit jours à compter de la reprise du travail.

Justifie sa décision une cour d'appel qui, après avoir constaté que le salarié avait repris son travail le lundi 25 octobre 2004 sans bénéficier, au plus tard le lundi 1^{er} novembre 2004, d'une visite de reprise auprès du médecin du travail et sans que l'employeur ait allégué avoir pris l'initiative de faire passer une visite médicale dans le même délai, décide souverainement que celui-ci a commis un manquement suffisamment grave pour justifier la prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail.

Soc. - 6 octobre 2010.

REJET

N° 09-66.140. - CA Versailles, 5 mars 2009.

M. Trédez, Pt (f.f.). - Mme Ducloz, Rap. - M. Lalande, Av. Gén. - M^e de Nervo, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 12/10, décembre 2010, décision n° 921, p. 831-832.

N° I33

Vente

Promesse de vente. - Immeuble. - Modalités. - Condition suspensive. - Obtention d'un prêt. - Non-réalisation. - Fait du débiteur. - Preuve. - Charge.

Il appartient au promettant de rapporter la preuve que le bénéficiaire d'une promesse de vente sous condition suspensive d'obtention d'un prêt, qui démontre avoir présenté au moins une demande de prêt conforme aux caractéristiques stipulées, a empêché l'accomplissement de la condition.

3^e Civ. - 6 octobre 2010.

CASSATION

N° 09-69.914. - CA Versailles, 16 juillet 2009.

M. Lacabarats, Pt. - M. Jacques, Rap. - M. Laurent-Atthalin, Av. Gén. - M^e Haas, SCP Didier et Pinet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 304-308, 31 octobre - 04 novembre 2010, Chronique de jurisprudence - droit des contrats, p. 19, note Dimitri Houtcieff (« Condition suspensive : retour à la lettre du texte »). Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 51-52, 23 décembre 2010, Chronique - Technique contractuelle, n° 2134, p. 27 à 37, spéc. n° 2, p. 29-30, note Jean-Baptiste Seube (« Clause de constatation de la défaillance de l'acquéreur-emprunteur dans l'obtention du crédit »), et la Revue Lamy droit civil, n° 77, décembre 2010, Actualités, n° 4032, p. 12, note Alexandre Paulin (« Charge de la preuve et non-réalisation d'une condition suspensive »).

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 librairie de la Documentation française, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **130,50 €²**
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an
(référence d'édition 97) : **24,40 €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 2010, frais de port inclus.

191117350-000211



Imprimerie de la Direction de l'information
légale et administrative, 26, rue Desaix,
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de
chambre à la Cour de cassation, directeur du
service de documentation, d'études et du rapport :
Jacques Mouton

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

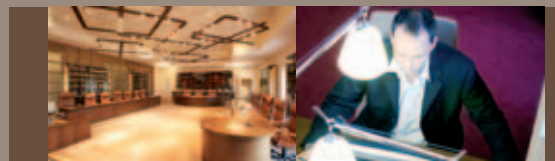
l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



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.



Prix : 7,70 €
ISSN 0992-6623



**Direction de l'information
légale et administrative**
accueil commercial :
01 40 15 70 10
commande :
Administration des ventes
23, rue d'Estrées, CS 10733
75345 Paris Cedex 07
télécopie : 01 40 15 68 00
ladocumentationfrancaise.fr