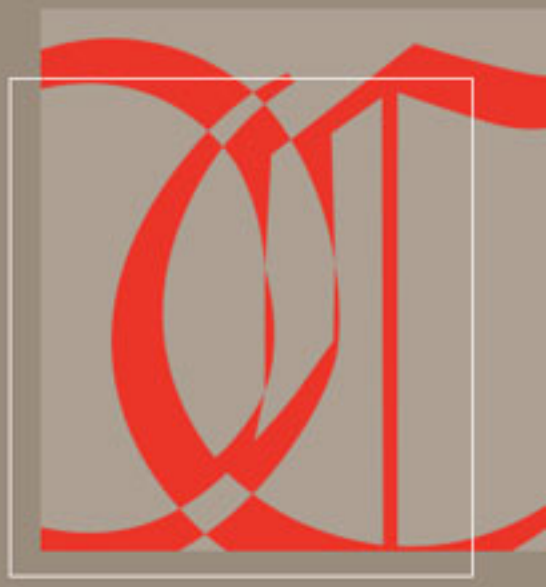
COUR DE CASSATION



RAPPORT ANNUEL 2005

L'innovation technologique

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

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

« Article 12. Il est fait rapport annuellement au garde des Sceaux, ministre de la Justice, de la marche des procédures et de leur délais d'exécution ».

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

« En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992, complétés par la loi du 3 janvier 1995, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur. Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre. »
©La Documentation française, Paris, 2006.
ISBN : 2-11-006153-7

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

Présidence :
– M. le Conseiller Charruault

Secrétariat Général :
– M. le Conseiller référendaire Betoulle
– Mme Carry, Adjoint administratif principal

Première Chambre Civile :
– M. l'Avocat général Sainte-Rose
– M. le Conseiller référendaire Chauvin

Deuxième Chambre Civile :
– M. l'Avocat général Kessous
– Mme le Conseiller référendaire Coutou
– M. le Conseiller référendaire Grignon Dumoulin

Troisième Chambre Civile :
– M. l'Avocat général Guérin
– M. le Conseiller référendaire Jacques

Chambre Commerciale :
– M. l'Avocat général Lafortune
– M. le Conseiller référendaire de Monteynard

Chambre Sociale :
– M. l'Avocat général Duplat
– Mme le Conseiller référendaire Farthouat-Danon

Chambre Criminelle :
– M. l'Avocat général Di Guardia
– M. le Conseiller référendaire Lemoine
– M. le Conseiller référendaire Chaumont
– M. le Conseiller référendaire Soulard
– M. le Conseiller référendaire Valat

Service de documentation et d'études :
– M. le Conseiller Lacabarats

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE
SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES 7

DEUXIÈME PARTIE
LES DISCOURS 23

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le vendredi 6 janvier 2006 par :
Monsieur Jean-Louis Nadal, Procureur général près la Cour de cassation. 25

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le vendredi 6 janvier 2006 par :
Monsieur Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation 33

TROISIÈME PARTIE
L'ÉTUDE 43

INTRODUCTION
Par Pierre Sirinelli 45

L'INNOVATION TECHNOLOGIQUE APPRÉHENDÉE PAR LE JUGE. 57

L'INNOVATION TECHNOLOGIQUE AU SERVICE DU JUGE. 165

QUATRIÈME PARTIE
LA JURISPRUDENCE DE LA COUR. 201

CINQUIÈME PARTIE
L'ACTIVITÉ DE LA COUR 417

PREMIÈRE PARTIE

SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

I – SUIVI DES SUGGESTIONS DE REFORME

Bilan sur les propositions de réforme en matière pénale

Le Comité de suivi, composé des membres du bureau de la Cour de cassation ainsi que du directeur des affaires criminelles et des grâces, s'est réuni le 9 janvier 2006 afin d'examiner la suite réservée à la proposition d'extension de la représentation obligatoire en matière pénale.

Cette proposition a été régulièrement formulée depuis 2000 (rapport 2000, page 23, rapport 2001, page 18, rapport 2002 page 12, rapport 2003 page 14, rapport 2004, page 9).

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a indiqué que cette proposition pourrait faire l'objet d'un projet de loi au cours de l'année 2006.

Est maintenue par le bureau la suggestion formulée par le Parquet général en 2003 (rapport 2003 page 14) et en 2004 (rapport 2004 page 10) de modifier l'article 706-65 du Code de procédure pénale pour rendre obligatoire, à peine d'irrecevabilité de la demande d'avis envisagée par le juge pénal, l'avis au ministère public, étant relevé que cet avis obligatoire au ministère public a été introduit dans la procédure d'avis en matière civile.

Bilan sur les propositions de réforme relevant du domaine civil

Le Comité de suivi, composé des membres du bureau de la Cour de cassation ainsi que du directeur des affaires civiles et du sceau, s'est réuni le 9 janvier 2006 afin d'examiner les suites éventuellement données aux propositions de réforme des textes de nature législative et réglementaire en matière civile figurant dans les rapports annuels de la Cour de cassation.

Procédure d'avis

La modification des articles 1031-1 premier alinéa du nouveau Code de procédure civile, relative à l'irrecevabilité de la demande de l'avis de la Cour de cassation par le juge à défaut d'en avoir avisé le ministère public, a été mise en œuvre par le décret n° 2005-460 du 13 mai 2005 (art. 30).

Modification de l'article 515 du nouveau Code de procédure civile

La suggestion d'abandonner la prohibition faite par ce texte de soumettre les frais irrépétibles et les dépens à l'exécution provisoire a été partiellement reprise par le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 (art. 16, Journal Officiel du 22 août 2004, entré en vigueur le 1er janvier 2005). La référence aux frais irrépétibles étant désormais supprimée, ces derniers peuvent désormais être soumis à l'exécution provisoire. Tel n'était toutefois pas le cas des dépens, qui demeuraient explicitement exclus du champ de celle-ci. Cette restriction est supprimée à compter de l'entrée en vigueur du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, dont l'article 46 a supprimé la dernière phrase du second alinéa de l'article 515 du nouveau Code de procédure civile.

Demeurent à l'étude les propositions suivantes :

En matière de prescription

La modification des règles de prescription en matière d'assurance (rapports 1990, 1996, 1997, 2001, 2002) : la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 2004/251 du 22 octobre 2004 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale prévoit en son article 7 la suspension du délai de prescription en cas de recours à la médiation ; la proposition de la Cour est donc suspendue à la transposition de cette directive dont le calendrier d'adoption n'est pas encore connu.

La modification des articles 2262 et 2270-1 du Code civil (rapport 2002), dans le sens d'une généralisation à dix ans du délai maximal de la prescription des actions en toute nature, n'est pas intervenue, mais le ministère de la justice est favorable à une telle réforme.

Résolution judiciaire du contrat de travail pour inaptitude

La modification de l'article L. 122-32-9 du Code du travail permettant l'extension de la résolution judiciaire du contrat de travail pour une inaptitude dont l'origine n'est pas professionnelle (rapport 2002) n'a pas été mise en œuvre, les discussions interministérielles étant toujours en cours.

L'abrogation de la loi du 30 mai 1857

L'abrogation de la loi du 30 mai 1857 (rapport 2003) a fait l'objet d'une proposition de loi enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 février 2005, et renvoyée à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République. Le directeur des affaires civiles et du sceau a indiqué qu'un autre véhicule législatif devrait permettre de procéder à cette abrogation.

Oralité des débats

La modification des articles 727, 843, 871, 882 et 946 du nouveau Code de procédure civile et R. 516-7 du Code du travail sur l'oralité des débats (rapport 2003) devait trouver sa place après l'adoption d'un règlement sur la simplification des règles de procédure pour les petits litiges. En l'état, seul un livre vert du 20 décembre 2002 sur une procédure européenne d'injonction de payer et sur des mesures visant à simplifier et accélérer le règlement des litiges portant sur des montants de faible importance fait référence mais pour la seule procédure d'injonction de payer, à l'introduction d'une procédure purement écrite.

Le directeur des affaires civiles et du sceau a indiqué que le projet de règlement en cours d'élaboration sur les litiges transfrontaliers aborderait cette question et qu'un point sera fait au début de l'été 2006 au niveau européen sur l'état d'avancement de ce projet.

Durée de l'interdiction de gérer (ancien article L. 626-6 du Code de commerce)

La suggestion d'insérer un renvoi à l'article L. 625-10 (limitation dans le temps avec un maximum de cinq ans de l'interdiction de gérer) n'a pas été concrétisée. Néanmoins, une nouvelle articulation entre les pouvoirs respectifs des juges civils et commerciaux et juges répressifs a été mise en place par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005. Aux termes de l'article

L. 653-11 du Code de commerce, l'interdiction de gérer prévue à l'article L. 653-8 du même code doit être fixée par le tribunal à une durée qui ne peut être supérieure à quinze ans. Cette limitation de durée n'est pas prévue pour la même interdiction qui peut être prononcée par le juge pénal en application de l'article L. 654-6 du Code de commerce. Ce dernier texte exclut toutefois le prononcé d'une telle mesure par le juge pénal si une juridiction civile ou commerciale a déjà prononcé une telle mesure par une décision définitive.

Action récursoire des organismes sociaux en matière de préjudice corporel (articles 31 de la loi nº 85-677 du 5 juillet 1985 et L. 376-1 al. 3 du Code de la sécurité sociale)

N'a pas été reprise la suggestion de modifier ces textes dans le sens des recommandations du rapport du groupe d'expert présidé par Mme le Professeur Lambert-Faivre et remis au Garde des Sceaux en octobre 2003, de manière à envisager explicitement le recours-subrogatoire des tiers-payeurs s'agissant de préjudices à caractère personnel lorsque ceux-ci ont été indemnisés sur la période couverte.

Modification de l'article 424 du nouveau Code de procédure civile

La suggestion de créer un alinéa second à l'article 424 NCPC, destiné à élargir en toute matière et pour tous les recours la solution posée par l'article L. 623-8 du Code de commerce, réservant au seul ministère public le pourvoi en cassation pour défaut de communication de certaines procédures en matière commerciale, n'a pas été reprise.

Modification de l'article 978 du nouveau Code de procédure civile

La proposition de rendre obligatoire, lors de la reprise de l'instance après son interruption, le dépôt d'un nouveau mémoire ou la reprise du mémoire antérieur, à peine de déchéance de cette instance, n'a pas été reprise.

Modification de l'article 39 du décret 91-1266 du 19 décembre 1991

N'a pas été reprise la suggestion d'insérer dans ce texte un nouvel alinéa troisième, destiné à permettre de faire courir les délais à compter de l'expiration d'un délai d'un mois suivant le jour de présentation de la lettre de notification à l'intéressé, à défaut de réception par l'intéressé de la notification de la décision du bureau d'aide juridictionnelle ou de la notification de la nouvelle décision du bureau ou de la décision prise sur le recours.

Le directeur des affaires civiles et du sceau a indiqué que le service de l'accès au droit était hostile à cette mesure.

Le bureau a décidé de maintenir les propositions rappelées ci-dessus et non suivies d'effet, à l'exception de celle relative à l'article 39 du décret 91-1266 du 19 décembre 1991.

II – SUGGESTIONS NOUVELLES

Textes dont la modification est suggérée

Abrogation du deuxième alinéa de l'article 1384 du Code civil et de l'article 1386 du Code civil

Article L. 455-1-1 du Code de la sécurité Sociale

Article 3 de la loi nº 85-677 du 5 juillet 1985 et abrogation de l'article 4 de la même loi

Article 1 de la loi nº 85-677 du 5 juillet 1985 et article L. 211-8 du Code des assurances

Article 223-15-2 du Code pénal

Article 551 du Code de procédure pénale

Article 205 du Code de justice militaire

Article 380-14 du Code de procédure pénale

Article 380-11 du Code de procédure pénale

Article 584 du Code de procédure pénale

Article 695-12 du Code de procédure pénale

Exposé des motifs

PREMIÈRE SUGGESTION

Abrogation du deuxième alinéa de l'article 1384 du Code civil
et de l'article 1386 du Code civil.

Article 1384 1er alinéa :

On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

Article 1384 2e alinéa :

(L. 7 nov. 1922) Toutefois, celui qui détient à un titre quelconque tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable vis-à-vis des tiers des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable.

Article 1384 3e alinéa :

Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du Code civil.

Article 1386 :

Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.

Les dispositions du 2e alinéa de l'article 1384 du Code civil et de l'article 1386 du même Code ont pour effet de réduire la portée de la jurisprudence élaborée à partir du 1er alinéa de l'article 1384 de ce Code et, par voie de conséquence, de compliquer le droit de la responsabilité en suscitant un contentieux non négligeable.

Dans son récent ouvrage sur la responsabilité civile extra contractuelle (Litec juillet 2005, pages 218 et suivantes et 244 et suivantes), le professeur Philippe Brun relève, après d'autres, le caractère circonstanciel de la loi du 7 novembre 1922 qui a introduit ce deuxième alinéa.

Il relève la complexité de la jurisprudence relative à cette disposition dérogatoire au droit de la responsabilité et conclut en notant que « *la suppression de cette dérogation injustifiée au jeu normal de la responsabilité du fait des choses est la seule réponse à ces solutions alambiquées et contradictoires* » de la jurisprudence qui a fait ce qu'elle a pu pour limiter les effets de cette disposition.

Quant à l'article 1386, son application implique, pour le demandeur victime d'un dommage du fait d'un bâtiment, d'apporter la preuve « *toujours délicate* », d'une part, du fait que ce dommage procède de la ruine du bâtiment et, d'autre part, que cette ruine trouve son origine dans le défaut d'entretien ou dans le vice de construction du bâtiment.

Il convient de relever que la Cour de cassation a déjà suggéré l'abrogation de cet article au titre des propositions de réforme et, en dernier lieu, dans son rapport pour 2002.

DEUXIÈME SUGGESTION

Modification de l'article L. 455-1-1 du Code de la sécurité Sociale

Article L. 455-1-1

(Loi nº 93-121 du 27 janvier 1993 art. 15 I, Journal Officiel du 30 janvier 1993)

(Loi nº 94-43 du 18 janvier 1994 art. 69 II, III, Journal Officiel du 19 janvier 1994)

La victime, ou ses ayants droit, et la caisse peuvent se prévaloir des dispositions des articles L. 454-1 et L. 455-2 lorsque l'accident défini à l'article L. 411-1 survient sur une voie ouverte à la circulation publique et implique un véhicule terrestre à moteur conduit par l'employeur, un préposé ou une personne appartenant à la même entreprise que la victime.

La réparation complémentaire prévue au premier alinéa est régie par les dispositions de la loi nº 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

Le premier alinéa de ce texte limite la réparation complémentaire des accidents du travail occasionnés par un véhicule de l'entreprise aux accidents survenus « sur une voie ouverte à la circulation publique ». Cette restriction exclut les accidents occasionnés à l'intérieur de l'entreprise ou dans un lieu qui n'est pas une voie ouverte à la circulation publique.

Or, par un arrêt du 17 novembre 2005 (pourvoi nº 03-20 551), la Deuxième chambre civile a jugé, à propos d'un accident du travail survenu dans le cadre d'une entraide agricole, que « toute victime d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur a droit à l'indemnisation de son dommage dans les conditions de la loi du 5 juillet 1985, dont les dispositions sont d'ordre public ».

Le domaine d'application de la loi de 1985 est général. Sa restriction par l'article L. 455-1-1 ne semble pas justifiée. Elle pourrait être écartée par une modification du premier alinéa de ce texte consistant à remplacer les mots « survient sur une voie ouverte à la circulation publique et implique » par les mots « est un accident de la circulation impliquant ».

TROISIÈME SUGGESTION

Modification de l'article 1 de la loi nº 85-677 du 5 juillet 1985 et de l'article L. 211-8 du Code des assurances

Article 1 de la loi nº 85-677 du 5 juillet 1985
(tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation)

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat, aux victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques, à l'exception des chemins de fer et des tramways circulant sur des voies qui leur sont propres.

Article L. 211-8 du Code des assurances
(Créé, D. 88-260, 18 mars 1988, art. 2, 2)

Les dispositions de la présente section s'appliquent, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat, aux victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques, à l'exception des chemins de fer et des tramways circulant sur les voies qui leur sont propres.

Excluant les victimes des accidents provoqués tant par les chemins de fer que par les tramways, ces dispositions sont à l'origine de distorsions importantes pour les victimes selon qu'elles ont été heurtées par un véhicule circulant sur la voie publique ou par un véhicule circulant sur « *des voies qui leur sont propres* ».

Ces dispositions législatives ont été strictement appliquées par deux arrêts de la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation :

– le 29 mars 1996 (Bull. nº 108) pour les tramways :

Constitue une voie propre au sens de l'article 1er de la loi du 5 juillet 1985, la voie de circulation réservée aux tramways et séparée de la rue par un terre-plein planté d'arbustes formant haie vive.

Dès lors que la victime d'une collision avec un tramway quitte le terre-plein planté d'arbustes constitutif d'une haie vive faisant obstacle au passage des piétons, pour traverser la chaussée en biais, sans aucune précaution, en courant, au moment où le tramway arrivait à sa hauteur, ce comportement imprévisible et irrésistible de la victime exonère totalement la société gardienne du tramway de la présomption de responsabilité pesant sur elle.

– et le 19 mars 1997 (Bull. nº 78) pour les chemins de fer :

La loi du 5 juillet 1985 n'est pas applicable à un accident survenu entre un train et une automobile à un passage à niveau dès lors que le train circulait sur une voie propre.

La loi de 1985 a en revanche été déclarée applicable aux trolleybus par un arrêt du 12 mai 1993 (Bull. nº 170) :

L'article 1er de la loi du 5 juillet 1985 exclut seulement du domaine d'application de la loi les véhicules circulant sur une voie ferrée qui leur est propre ; tel n'est pas le cas pour un trolleybus circulant grâce à des câbles aériens dans un couloir de circulation propre.

Il résulte de ce texte, que la Cour de cassation ne peut qu'appliquer une différence de traitement entre les victimes d'autant plus sensible que l'interprétation de la loi de 1985 par la jurisprudence a permis d'améliorer sensiblement la situation des victimes relevant de ce texte.

Alors, notamment, que se développent dans de nombreuses villes les réseaux de tramways, il pourrait se justifier de placer dans la même situation les victimes d'accidents ayant pour origine les véhicules de transport urbain, qu'il s'agisse d'autobus, de trolleybus ou de tramway.

Il conviendrait, à cet effet, de supprimer, dans l'article 1 de la loi du 5 juillet 1985 ainsi qu'à l'article L. 211-8 du Code des assurances, les mots : « *et des tramways* ».

QUATRIÈME SUGGESTION

Modification de l'article 3 de la loi nº 85-677 du 5 juillet 1985

et abrogation de l'article 4 de la même loi

Article 3 :

Les victimes, hormis les conducteurs de véhicules terrestres à moteur, sont indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis, sans que puisse leur être opposée leur propre faute ***à l'exception de leur faute inexcusable*** *si elle a été la cause exclusive de l'accident.*

Les victimes désignées à l'alinéa précédent, lorsqu'elles sont âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans, ou lorsque, quel que soit leur âge, elles sont titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80 %, sont, dans tous les cas, indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis.

Toutefois**, dans les cas visés aux deux alinéas précédents, **la victime n'est pas indemnisée** par l'auteur de l'accident des dommages résultant des atteintes à sa personne **lorsqu'elle a volontairement recherché le dommage qu'elle a subi.

Article 4 :

La faute commise par le conducteur du véhicule terrestre à moteur a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages qu'il a subis.

Les dispositions de l'article 3 de la loi de 1985 ont toujours été considérées par la doctrine et même par le ministre de la justice qui a soutenu la loi devant le Parlement, comme une concession à la notion de faute qui avait pour effet de laisser à mi-chemin la réforme visant à mieux protéger les victimes d'accidents de la circulation.

La jurisprudence s'est d'ailleurs employée à réduire la portée de la faute, notamment en repoussant la notion de faute inexcusable à des situations dans lesquelles le comportement de la victime se rapprochait du troisième alinéa de l'article 3, c'est-à-dire de celui de la victime qui recherche volontairement le dommage qu'elle a subi.

Cependant, malgré cette jurisprudence restrictive, la faute inexcusable de la victime continue à être fréquemment invoquée par les auteurs d'accidents de la circulation et leurs assureurs, ce dont il suit un retard dans l'indemnisation des victimes et un contentieux à effet purement dilatoire.

Il en est de même de l'article 4 de la loi de 1985 dont la mise en œuvre a en outre pour effet de susciter des applications très diverses selon les juridictions, source d'inégalités entre les victimes.

Ainsi, la doctrine, pratiquement unanime, a-t-elle toujours considéré que les conducteurs constituaient « *la catégorie de victimes négligées par la réforme tant sur le terrain de la responsabilité que sur celui de l'assurance* », même si, sur ce dernier terrain, la grande majorité des contrats prévoient d'ores et déjà une assurance dommage du conducteur.

En supprimant la référence à la faute inexcusable pour les victimes majeures, ce qui devrait conduire, par voie de conséquence, à la suppression du deuxième alinéa qui fait une exception pour les enfants de moins de 16 ans, les personnes de plus de 70 ans et celles atteintes d'une incapacité au moins égale à 80 %, et en abrogeant l'article 4, le dispositif de réparation trouverait une cohérence qu'il n'a pas encore.

Il conviendrait bien entendu, en revanche, de maintenir les dispositions de l'actuel alinéa 3 de l'article 3 qui concerne l'exclusion de toute indemnisation des victimes de dommages lorsque celles-ci l'ont volontairement recherché.

De même, l'indemnisation systématique des victimes ne devrait pas faire obstacle à ce que des poursuites pénales soient engagées contre les auteurs de fautes graves ayant eu pour conséquences des dommages dont auraient été victimes le conducteur ou les passagers de véhicules adverses.

CINQUIÈME SUGGESTION

Modification de l'article 223-15-2 du Code pénal

L'article 223-15-2 du Code pénal, issu de la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 qui a corrélativement abrogé l'article 313-4 du même code, incrimine l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'un mineur ou d'une personne vulnérable.

Pour que le délit soit constitué, ce texte exige que la minorité ou la particulière vulnérabilité de la victime soit « *apparente* ***et*** *connue de son auteur* ».

Exiger que ces deux conditions soient cumulativement réunies apparaît redondant dans l'hypothèse où la situation est apparente (car elle devient alors nécessairement connue de l'auteur) et superflu lorsqu'elle est connue de l'auteur (car on ne voit pas quel est alors l'intérêt d'exiger qu'elle soit, au surplus, apparente).

En outre, une telle rédaction peut susciter des difficultés de preuve de l'infraction, de nature à atténuer singulièrement l'efficacité attendue de cette incrimination dont la nouvelle rédaction visait, notamment, à permettre de poursuivre les pressions dont sont victimes les adeptes des sectes.

Enfin, il est à noter que lorsque le Code pénal érige la vulnérabilité de la victime en circonstance aggravante de l'infraction il exige seulement qu'elle soit « *apparente* ***ou*** *connue de son auteur* » ; tel est le cas en matière de viol (art. 222-24-3), d'agression sexuelle (art. 222-29-2), d'escroquerie (art. 313-2-4) ou d'abus de confiance (art. 314-2-4) et tel était également le cas de l'ancien article 313-4 dont les dispositions ont été abrogées et remplacées par l'article 223-15-2 dont s'agit.

Il est donc proposé de substituer aux mots « *dont la vulnérabilité est apparente* ***et*** *connue de son auteur* » les mots « *apparente* ***ou*** *connue de son auteur* ».

SIXIÈME SUGGESTION

Modification de l'article 551 du Code de procédure pénale

L'article 551 du Code de procédure pénale prévoit qu'une partie civile peut faire délivrer une citation et que l'huissier doit déférer sans délai à cette réquisition.

Il résulte de la lettre de l'article précité qui, en son alinéa 4, précise que si la citation « e*st délivrée à la requête de la partie civile, elle mentionne les nom, prénoms, profession et domicile réel ou élu de celle-ci* », que ce texte n'envisage que la citation délivrée par une partie civile, personne physique et n'envisage pas le cas où elle est délivrée à l'initiative de la partie civile, personne morale.

Lorsqu'un moyen pris de l'irrégularité de la citation délivrée à l'initiative de la partie civile, personne morale, a été soulevé au soutien d'un pourvoi formé devant elle, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé, d'une part, que l'exigence figurant à l'article 551, alinéa 4, précité s'appliquait à la désignation de la personne physique agissant en justice au nom de la personne morale et, d'autre part, que la méconnaissance de cette formalité faisait nécessairement

grief au prévenu qui n'avait pas été en mesure de s'assurer que la citation avait été délivrée à la requête de la personne physique ayant qualité pour agir au nom de la personne morale (Crim., 3 juin 2004, Bull. crim., n° 148 ; 10 mars 1993, Bull. crim, n° 111 ; 15 mai 1984, Bull. crim., n° 179 ; 22 juin 1967, Bull. crim., n° 188).

En revanche, l'article 648 du nouveau Code de procédure civile prévoit expressément que si le requérant est une personne morale, l'acte d'huissier doit préciser sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement.

Il est donc proposé de compléter, sur ce point, l'article 551 du Code de procédure pénale en reprenant la formulation retenue par le nouveau Code de procédure civile.

SEPTIÈME SUGGESTION

Modification de l'article 205 du Code de justice militaire

L'article 205 du Code de justice militaire, dont la rédaction actuellement en vigueur est issue de la loi n° 99-929 du 10 novembre 1999, est relatif à la composition du tribunal militaire aux armées siégeant à Paris lorsqu'il juge les personnes accusées de crimes de droit commun commis dans l'exécution du service par des militaires.

Ce texte distingue selon qu'il existe ou non un risque de divulgation d'un secret de la défense nationale.

Dans le premier cas, la composition du tribunal est prévue par l'alinéa 1er, qui renvoie à l'article 698-6 du Code de procédure pénale, en application duquel les assesseurs sont uniquement des magistrats professionnels.

Dans le second cas, elle est prévue par l'alinéa 2 qui, par dérogation aux règles qui viennent d'être exposées, dispose que le tribunal est composé, comme une cour d'assises de droit commun, d'un président, de deux assesseurs et d'un jury composé conformément aux règles édictées par le Code de procédure pénale en matière de jury d'assises.

Or, dans le renvoi qu'il fait aux dispositions du Code de procédure pénale, l'alinéa 2 vise à tort l'article 305-1 selon lequel « *l'exception tirée d'une nullité autre que celles purgées par l'arrêt de renvoi, devenu définitif et entachant la procédure qui précède l'ouverture des débats doit, à peine de forclusion, être soulevée dès que le jury de jugement est définitivement constitué. Cet incident contentieux est réglé conformément aux dispositions de l'article 316* ».

En effet, l'article 305-1 précité apparaît être totalement étranger au domaine de l'article 205 du Code de justice militaire.

Il est donc proposé de supprimer la référence à l'article 305-1 précité et de ré-écrire la dernière phrase de l'alinéa 2 de l'article 205 de la façon suivante : *« Le jury est composé conformément aux articles 254 à 258-1, 293 à 305 du Code de procédure pénale, sous réserve des dispositions prévues aux troisième et cinquième alinéas »*.

HUITIÈME SUGGESTION

Modification de l'article 380-14 du Code de procédure pénale

Aux termes de l'article 380-14 du Code de procédure pénale, en cas d'appel d'un arrêt rendu par une cour d'assises il appartient à la Chambre criminelle de désigner la cour d'assises chargée de statuer en appel.

Par dérogation au deuxième alinéa de l'article 380-1, alinéa 2, du même code, qui dispose que l'appel est porté devant une autre cour d'assises, l'article 698-6, dernier alinéa, du Code de procédure pénale prévoit qu'en cas d'appel d'une décision d'une cour d'assises spécialement composée telle que prévue par ce texte, la Chambre criminelle peut désigner la même cour d'assises, autrement composée, pour connaître de cet appel.

Néanmoins, et s'agissant de l'appel d'un jugement rendu par le tribunal aux armées siégeant en matière criminelle, l'article 698-7 du même code prévoit que cette dérogation n'est applicable que s'il existe un risque de divulgation d'un secret de la défense nationale et ne concerne donc que la formation de cette juridiction siégeant avec des assesseurs professionnels.

L'article 1er du code de justice militaire, dans sa rédaction actuellement en vigueur issue de la loi nº 99-929 du 10 novembre 1999, dispose que « *la justice militaire est rendue sous le contrôle de la Cour de cassation : – en temps de paix et pour les infractions commises hors du territoire de la République, par le tribunal aux armées de Paris et, en cas d'appel, par la cour d'appel de Paris...* ».

La Chambre criminelle a été récemment confrontée à la difficulté suivante : saisie de l'appel d'un jugement rendu par le tribunal aux armées, statuant en matière criminelle dans une affaire de meurtre dans laquelle n'était pas en cause un risque de divulgation d'un secret de défense nationale, elle a dû désigner la juridiction chargée de statuer en appel, cette juridiction ne pouvant être que le tribunal aux armées.

Par un arrêt du 9 novembre 2005, la Chambre criminelle a désigné le tribunal aux armées de Paris, autrement composé, pour connaître de l'appel interjeté par le procureur de la République près ledit tribunal, alors même que la rédaction actuelle de l'article 380-14 du Code de procédure pénale, par le renvoi qui est opéré à l'article 698-7 du même code, ne lui permettait de le faire que s'il avait existé un risque de divulgation d'un secret de défense nationale.

S'agissant, cependant, d'une juridiction unique, il est apparu que c'était pourtant, dans le silence des textes, la seule manière de procéder.

Il conviendrait donc d'étendre la dérogation actuellement prévue par l'article 698-7 du Code de procédure pénale et de compléter l'article 380-14 du même code pour permettre à la Chambre criminelle de désigner, en appel, le tribunal aux armées de Paris en sa formation siégeant avec jury, « *autrement composée* ».

NEUVIÈME SUGGESTION

Modification de l'article 380-11 du Code de procédure pénale

L'article 380-11 du Code de procédure pénale prévoit que l'accusé peut se désister de son appel formé à l'encontre d'un arrêt de condamnation rendu par une cour d'assises en premier ressort.

Or, contrairement à ce qui est expressément prévu en matière correctionnelle par l'article 500-1 du Code de procédure pénale pour l'appel du procureur de la République, l'article 380-11 précité n'offre pas la possibilité au procureur général de se désister de l'appel qu'il a interjeté contre un arrêt de cour d'assises.

La Chambre criminelle admet cependant un tel désistement d'appel et le constate par arrêt.

Il est donc proposé de compléter, sur ce point, l'article 380-11 du Code de procédure pénale en prévoyant que le procureur général peut également se désister de son appel.

La rédaction de l'article 380-11 pourrait être ainsi modifiée :

« L'accusé peut se désister de son appel jusqu'à son interrogatoire par le président prévu par l'article 272.

Ce désistement rend caducs les appels incidents formés par le ministère public ou les autres parties.

Dans tous les cas, le ministère public peut toujours se désister de son appel formé après celui du prévenu en cas de désistement de celui-ci »... le reste sans changement.

DIXIÈME SUGGESTION

Modification de l'article 584 du Code de procédure pénale

Contrairement à ce qui est prévu pour le demandeur en cassation, partie privée, la loi ne prévoit aucun délai pour le dépôt du mémoire du procureur général demandeur au pourvoi.

Conscient de cette situation, le procureur général près la Cour de cassation avait adressé le 13 décembre 2000 une circulaire à l'ensemble des procureurs généraux leur « *suggérant, par précaution, de se conformer aux dispositions de l'article 584 du CPP et donc de déposer leur mémoire dans les 10 jours qui suivent le pourvoi* ».

En l'état, ce délai n'est, sauf exception, jamais respecté. Un délai d'un mois pourrait sembler plus raisonnable.

La Chambre criminelle ne soulève pas d'office, pour tardiveté, l'irrecevabilité d'un mémoire mais elle doit statuer lorsque cette tardiveté est soulevée par l'une des parties.

Après s'être limitée à rappeler, par un arrêt du 23 janvier 2002 (Bull. crim., n° 17) que les articles 584 et 585 ne sont pas applicables aux mémoires déposés à l'appui de ses pourvois par le ministère public, elle a considéré, par un arrêt du 6 avril 2005 (n° 04-82 446) qu'était recevable le mémoire déposé le 1er avril 2004 à l'appui d'un pourvoi formé le 23 février 2004. Mais

elle avait auparavant jugé, par un arrêt du 10 décembre 2002 (Bull. crim., nº 221), que bien qu'aucun texte n'impose un délai au ministère public pour produire un mémoire à l'appui de son pourvoi, le mémoire du procureur général parvenu à la Cour de cassation neuf mois après la date de la déclaration de pourvoi devait être déclaré irrecevable, cette production tardive étant contraire aux principes du procès équitable, de l'équilibre des droits des parties et du délai raisonnable de jugement des affaires pénales consacrés par l'article préliminaire du Code de procédure pénale et l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il est donc proposé de créer un nouvel article dans le Code de procédure pénale afin de prévoir que le procureur général, demandeur en cassation, doit déposer son mémoire au greffe de la cour de cassation dans le mois de la déclaration de pourvoi.

Il est créé dans le Code de procédure pénale, après l'article 585-1 dudit Code de procédure pénale, un nouvel article 585-2 ainsi rédigé :

« Le mémoire du ministère public doit parvenir au greffe de la Cour de cassation au plus tard un mois après la date du pourvoi ».

ONZIÈME SUGGESTION

Modification de l'article 695-12-2 du Code de procédure pénale

Ce texte énonce les conditions tenant à la durée de peine encourue ou prononcée exigées pour l'émission d'un mandat d'arrêt européen.

Il dispose, en son second alinéa, que lorsque le mandat d'arrêt européen a été émis pour l'exécution d'une peine, la durée de la mesure de sûreté privative de liberté à subir doit être « *égale ou supérieure à quatre mois d'emprisonnement* ».

Ce type de mesure est inconnu du droit pénal français.

Un pourvoi ayant été formé contre l'arrêt par lequel une chambre de l'instruction avait autorisé la remise aux autorités judiciaires de Suède d'un ressortissant de cet Etat qui, bien que déclaré pénalement irresponsable par une juridiction de jugement, avait néanmoins été condamné à une mesure d'internement psychiatrique, la Chambre criminelle a été amenée à se prononcer sur la portée de l'article 695-12-2 précité.

Relevant que la mesure d'internement prononcée devait être révisée tous les six mois par une juridiction au terme d'une procédure contradictoire, la chambre a jugé, par un arrêt du 25 mai 2005 (Bull. crim., nº 162), que c'est en faisant une exacte application des articles 695-11 à 695-24 du Code de procédure pénale qu'avait été autorisée la remise de l'intéressé en exécution du mandat d'arrêt européen.

Il est cependant apparu, de manière incidente, à l'occasion de l'examen de ce pourvoi, que la rédaction de l'article 695-12-2 précité était manifestement inadéquate.

Il est donc suggéré de substituer aux mots « *quatre mois d'emprisonnement* » les mots « *quatre mois de privation de liberté* ».

DEUXIÈME PARTIE

LES DISCOURS

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le vendredi 6 janvier 2006 par :

Monsieur Jean-Louis Nadal,
Procureur général près la Cour de cassation

Monsieur le Premier ministre, vous avez bien voulu honorer cette cérémonie de votre présence. Nous sommes très sensibles à cette attention portée à notre Cour et à l'institution judiciaire dans son ensemble, à celles et ceux qui la composent et qui la servent. Nous vous sommes reconnaissants de cette marque d'estime et de confiance, de cet encouragement que vous venez ainsi nous donner en personne à continuer d'œuvrer, selon la formule consacrée, à ce qui est convenable au bien de la justice.

* * *

Monsieur le Garde des sceaux, ministre de la justice,
Madame la ministre déléguée au commerce extérieur,
Monsieur le Président de l'Assemblée nationale,
Mesdames et Messieurs les parlementaires,
Madame, Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil supérieur de la Magistrature,
Mes chers collègues des cours et tribunaux,
Monsieur le Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation,
Mesdames et Messieurs les hautes personnalités,
Mesdames et Messieurs.

Nous sommes heureux de vous recevoir dans cette maison que vous connaissez bien. Nous ressentons comme à chaque fois votre venue comme un honneur. Ce rendez-vous annuel n'est pas seulement protocolaire ; il manifeste qu'une institution de la République, quelle qu'elle soit, ne peut fonctionner dans l'isolement et n'a de sens que dans ses relations avec la société.

Je salue enfin tout spécialement, en leur souhaitant la bienvenue, nos collègues polonais et notre collègue canadien qui nous font l'honneur d'assister à cette audience.

* * *

Monsieur le Premier président,
Messieurs les Présidents de chambre,
Mesdames et Messieurs les Hauts conseillers, conseillers référendaires et auditeurs,
Mes chers collègues du parquet général,
Mesdames et Messieurs les fonctionnaires de cette Cour,

l'audience solennelle marquant la rentrée judiciaire permet traditionnellement d'évoquer le bilan et les projets de la Cour.

Au titre du bilan, je crois cette année pouvoir être bref en affirmant très simplement que vous avez, que nous avons bien travaillé. En effet, la Cour continue de maîtriser le nombre des pourvois qui lui sont soumis et commence à mesurer les effets positifs de l'extension de la représentation obligatoire qui, avec votre accord, Monsieur le Garde des sceaux, est également appelée à concerner la matière pénale.

* * *

L'année qui s'achève a aussi été pour le parquet général celle de la poursuite de son adaptation tant aux normes émanant de Strasbourg qu'à l'évolution de la Cour de cassation elle-même.

Vous avez, M. le Garde des Sceaux, apporté votre appui constant à cette réforme et je vous exprime ici toute ma gratitude pour votre soutien sans faille dans la mise en ouvre du nouveau dispositif du parquet général dont les premières mesures seront effectives au terme de ce semestre. Elles concrétiseront la volonté d'engager le parquet général dans la voie de la modernité, un parquet général résolument ouvert sur l'extérieur, au contact permanent de la société.

* * *

Mais je ne veux pas vous parler de la justice au travers du seul prisme de la Cour de cassation et de son parquet général quand l'institution tout entière est l'objet des plus vives interrogations.

« *Ne faire de tort à personne, c'est depuis l'antiquité comme un axiome du droit* » : ainsi parlait le doyen CARBONNIER dont nous avons célébré la mémoire en 2005. Et c'est précisément parce que la justice peut « faire du tort » que nous devons accueillir sa mise en cause avec humilité, œuvrer à la rendre compréhensible et, autant que faire se peut, à la faire accepter.

La décision judiciaire ou juridictionnelle se trouve constamment au cœur d'une tension entre trois pôles – indépendance, responsabilité, protection des libertés –, qui ne rend pas aisée cette mission que lui assignait le regretté Paul Ricœur quand il écrivait que l'éthique dans les décisions de justice *« n'est autre que celle du meilleur argument, celui que l'autre peut entendre »*.

Et c'est bien de l'impact de ces décisions sur la vie de nos concitoyens et non plus de leur seule conformité au droit que l'opinion veut que la justice réponde. Albert Camus observait que, selon les grecs *« le crime impuni infectait la cité. Mais* [que] *l'innocence condamnée, ou le crime trop puni, à la longue, ne la souille pas moins »*. C'était une autre manière de formuler cette question que posait déjà PLATON : *« qui jugera le juge »,* et qui n'a jamais été aussi présente qu'au cours de l'année passée.

Plusieurs affaires, notamment pénales, fortement médiatisées, ont tour à tour mis en lumière la faiblesse ou la force, le courage ou la confusion, la sagesse ou l'aveuglement d'hommes ou de femmes chargés de juger. Les conséquences heureuses ou terrifiantes de leurs décisions sont bien souvent apparues avec un éclat particulier.

C'est que la justice, de plus en plus sollicitée, est en contrepartie de plus en plus interrogée sur son action. A la question récurrente posée à la magistrature de la Révolution à la Seconde guerre mondiale *« qui t'a fait juge ? »* succède désormais une autre interrogation qui, comme la précédente, pose le problème de la légitimité *: « qu'as-tu fait de ta mission ? »*.

Ce mouvement est l'irrésistible effet d'une évolution de fond. Il nous faut le voir en face avec calme en dépassant d'abord les crispations d'un échange convenu entre ceux qui se font avec ardeur les procureurs des juges et rêvent tout haut d'une sorte de « plaider coupable » auquel ils devraient se livrer régulièrement dans un esprit de « repentance » et ceux qui, dissimulés au plus profond de leur palais de justice, pratiquent encore avec conviction le « plaidoyer pro domo ».

* * *

Nous sommes conviés à une double interrogation : la première porte sur les comportements et nous renvoie à la responsabilité si souvent évoquée, tandis que la seconde concerne le fonctionnement même de l'institution.

La responsabilité disciplinaire des magistrats est une réalité dans notre pays, ainsi que le montre le rapport annuel du Conseil supérieur de la magistrature. Comme l'a écrit Pierre Truche, cette responsabilité *« rappelle la véritable dimension de la profession. Elle trace la voie de l'éthique du magistrat »*. J'émettrai à cet égard trois propositions en forme d'interrogation :

– J'observerai d'abord que la possibilité de saisine directe du Conseil supérieur de la magistrature par les chefs de cour est un indéniable progrès en ce qu'elle permet l'engagement de la procédure dans un cadre strictement judiciaire en dehors de toute intervention de l'administration et même de l'exécutif diront certains.

Mais pourquoi ne pas aller jusqu'au bout de cette logique en permettant au chef de cour auteur de la saisine d'articuler lui-même ses griefs devant le Conseil supérieur de la magistrature ou, à tout le moins, en l'admettant comme partie jointe ?

– Je voudrais surtout poser la question d'une saisine plus large encore de l'organe disciplinaire.

Ne faut-il pas s'orienter – après avoir mis en place les filtres et les procédures susceptibles d'empêcher tout dévoiement de ce type de recours – vers la possibilité pour les justiciables de demander l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature ?

Ainsi ce Conseil deviendrait un véritable régulateur éthique du corps de la magistrature. Dans cette perspective enfin, ne faut-il pas, même si des voix éminentes n'ont pas pris parti en ce sens, se poser la question d'un code de déontologie pour les magistrats ?

* * *

Mais la question de la responsabilité n'est pas que disciplinaire. Jamais sans doute la justice n'a été si fortement interpellée par toutes les couches de la société sur son fonctionnement. On l'a bien vu dans plusieurs affaires qui ont soulevé incompréhension et colère même en présence de décisions juridiquement inattaquables. Faut-il pour autant que le juge ou le procureur, car ils ne sont pas sur un pied différent en ce domaine, prenne non pas la décision la plus convenable au bien de la justice, celle qui découle de la règle de droit, celle qui convient à la situation des parties, mais celle qui est susceptible de lui procurer le moins de tracas ?

Le magistrat doit-il être inhibé par la crainte permanente de sa mise en cause personnelle plutôt qu'obnubilé par le souci d'agir pour le bien de la justice ? Chacun s'accordera plutôt à reconnaître que l'atteinte à l'indépendance ne peut-être le prix de la responsabilité.

C'est la raison pour laquelle je veux dire ici solennellement que la plus mauvaise manière d'aborder le problème serait justement de chercher à établir et à mesurer une responsabilité en fonction d'événements survenant après une décision régulièrement prise. Ce serait en réalité ouvrir la porte à l'arbitraire et commettre une faute contre les institutions que de reprocher à un juge une décision prise en application des lois de la République.

Bien sûr, la justice doit être capable de se remettre en question, doit accepter de répondre aux interrogations que peuvent susciter ses décisions, doit avoir le courage d'assumer ce qui a été établi comme dysfonctionnement ou dérive. Mais la solution n'est en aucun cas dans la mise

en cause de la décision juridictionnelle contre laquelle ne doivent s'exercer que les voies de recours prévues par la loi.

* * *

Pour autant, comment ignorer l'existence de ces décisions que nous voyons parfois arriver à la Cour de cassation, dont l'examen révèle, au final, des erreurs telles que la cassation est inévitable. C'est toute la problématique du « mal jugé » ou plutôt, dirai-je du « très mal jugé ».

Peut-on continuer de considérer que le problème est simplement juridique lorsque le magistrat, qu'il soit du siège ou du parquet, a radicalement méconnu les règles applicables, lorsqu'il a commis une erreur qu'un débutant n'aurait pas faite, une erreur, selon la formule de cette cour, « tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y eut pas été entraîné », lorsque le magistrat donne le sentiment qu'il n'a ouvert ni le code ni le dossier ?

Le problème est alors certes juridique, car encore une fois, la réformation de la décision doit exclusivement relever de l'exercice des voies de recours. Mais n'est-il pas aussi judiciaire, en ce qu'il concerne le fonctionnement même de l'institution ? Je vois pour ma part trois moyens de répondre à cette problématique : la formation, l'évaluation, l'affectation.

– C'est à l'Ecole nationale de la magistrature, dont je salue le Directeur, d'intégrer, dans sa formation initiale, comme dans sa formation continue, ce réflexe quotidien qui doit imprégner chaque magistrat, qu'il soit ce jeune débutant qui découvre son métier pour la première fois ou ce professionnel chevronné qui s'apprête à déposer sa robe. Lieu cardinal du débat libre sur la Justice, l'Ecole doit revendiquer fortement cette fonction de boussole pédagogique et ne pas hésiter à diffuser inlassablement par ses colloques et ses publications, les avancées comme les interrogations qui traversent la justice. Elle doit demeurer le lieu par excellence de la réflexion juridique, le lieu des débats sur notre système judiciaire et le lieu de la confrontation des idées.

Elle doit convaincre nos jeunes collègues qu'elle ne délivre pas des « permis de juger » et qu'il leur appartient, pour progresser, de savoir se remettre en question. Elle doit permettre au futur juge de prendre conscience de ce que son indépendance, ce bien si précieux, pierre angulaire de l'acte de juger, ne se confond pas avec l'absence de dialogue, d'écoute et de discussion.

Se remettre en cause, avoir en tout la culture du doute, avoir conscience de ce que l'acte de juger doit demeurer cette *« brûlure »* qu'évoquait Albert CAMUS, c'est à ce prix que certaines dérives pourront être évitées.

– L'évaluation est ce qui permet de cerner au mieux les capacités d'un magistrat à remplir ses fonctions. Elle doit être sincère, contradictoire, respectueuse. Les qualités doivent être soulignées mais les faiblesses ne doivent pas être occultées. La responsabilité des chefs de cour est ici capitale. Il est vrai que leur information manque parfois de consistance. La commission présidée par M. le premier avocat général honoraire Jean CABANNES, a proposé de transmettre aux chefs de cour les décisions entraînant une condamnation de l'Etat en raison du mauvais fonctionnement du service de la justice pour des faits qui se sont produits dans leur ressort. Je souscris pleinement à cette proposition. Pourraient de même être exploitées les décisions de la Cour de Strasbourg, dont on sait qu'elle peut prononcer des condamnations en raison des conditions dans lesquelles une procédure s'est déroulée.

– L'affectation est enfin un élément qui pourrait, me semble-t-il être mieux pris en compte. Que ce soit à la sortie de l'Ecole nationale de la magistrature ou tout au long de la carrière, il est, je le répète, du devoir de la hiérarchie de veiller à l'adéquation du poste avec celui qui l'occupe et de voir, au besoin, par quels moyens remédier, dans le strict respect du statut, aux erreurs d'orientation toujours possibles dans l'exercice de fonctions dont la liste est maintenant si multiple que rares sont ceux capables de prétendre exceller en toutes. Est-il vraiment impossible dans un corps de dimension somme toute réduite – moins de huit mille magistrats – de ne pas donner plus de champ à la gestion individuelle des carrières ?

* * *

Ce tableau ne serait pas complet si l'on n'y ajoutait le fonctionnement institutionnel de notre Justice. Et là encore, nous voyons ce qui appartient à l'institution et ce qui relève des comportements. L'institution a le devoir de ne pas créer les conditions du désastre.

Elle ne doit pas placer les magistrats dans une situation qui rend impossible leur mission que ce soit du fait de la contradiction des textes ou des pressions les plus diverses. Je pense à la dictature de l'instant, au temps qu'il faut laisser au procureur, au juge d'instruction, au juge des libertés et de la détention, à la juridiction pour examiner une affaire sans songer à la suivante. Je pense au temps qu'il faut laisser à la défense. Je pense également à la manière dont nous appliquons les textes.

Il me semble qu'à de nombreux égards, et sans préjudice des inéluctables réformes à venir, il n'est pas de texte qui soit, en théorie, plus protecteur des libertés que notre code de procédure pénale. Mais alors, pourquoi un ouvrage aussi respectable n'a-t-il pas permis d'empêcher les naufrages auxquels nous avons assisté ces dernières années ? Permettez-moi d'émettre deux hypothèses et une interrogation.

Une première hypothèse est que notre code de procédure pénale incite à une lecture orientant le regard sur le dossier davantage que sur la perspective du procès. Nous percevons la procédure comme une succession de séquences indépendantes – enquête, instruction, jugement – sans avoir suffisamment à l'esprit que chaque phase doit s'accompagner d'un contrôle de la précédente.

On dira d'une affaire qu'elle est « policièrement élucidée », que « l'instruction a établi tel ou tel fait », en perdant de vue que l'ensemble forme un tout dont le procès n'est que la dernière manifestation, un procès qui commence au premier acte de la procédure sur laquelle devrait s'exercer un contrôle permanent.

C'est le caractère illusoire du contrôle qui constitue justement ma seconde hypothèse. Ce contrôle, il existe à de nombreux stades par le procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention, par le juge d'instruction lui-même, par la chambre d'instruction, par la défense, parfois même par la presse et, au sommet, par la Cour de cassation. Comment se fait-il que dans un tel processus, dans une telle redondance apparente des vérifications, toutes les sécurités puissent être défaillantes ? Je crois qu'il est urgent d'identifier ce qui, au fil de la pratique et de l'évolution des textes, a transformé en un contrôle par trop souvent formel ce qui devait avant tout être une vérification approfondie des faits et du droit.

Je me garderai de prétendre avoir trouvé la solution. Tout au plus indiquerai-je que l'un des axes majeurs de la réflexion me paraît être le rôle de la défense au cours de l'enquête préliminaire. N'est-il pas temps, en effet, de se demander si le légitime renforcement des pouvoirs d'enquête ne doit pas s'accompagner aujourd'hui d'un rééquilibrage en faveur de la défense ? Ces réformes nécessiteront sans doute des modifications dans les pratiques professionnelles, mais elles me semblent indispensables dans la perspective d'une justice pénale moderne.

Mon interrogation, enfin, au risque de vous choquer, porte sur le recours à la détention provisoire qui rend plus insupportables encore les erreurs que la justice peut commettre. A cet égard, l'observation du contentieux que connaît la commission de réparation des détentions provisoires apparaît fort instructif sur les dysfonctionnements que notre procédure peut générer et les dérives du recours à la détention provisoire. N'avons-nous pas, profondément ancrée en nous, bien plus que dans d'autres pays où règne aussi l'Etat de droit, l'idée que la détention s'apprécie principalement au regard de la gravité des faits, même non définitivement jugés, plutôt que de critères objectifs liés aux nécessités de l'enquête, tels qu'énumérés par l'article 144 du code de procédure pénale ? Peut-on seulement exprimer des réserves sur un recours excessif à la détention provisoire sans être immédiatement accusé de négliger les victimes comme le profèrent parfois les tenants d'un discours simpliste ?

Mais lorsqu'il s'agit de faire évoluer les mentalités, même la loi est un instrument bien peu efficace. Peut-on espérer une réforme dans les têtes plutôt que dans les textes, des magistrats mais également de la société dans son entier, que ce soit de la presse, des citoyens ou des responsables publics ?

* * *

Au terme de ce long et nécessaire parcours dans la question de la responsabilité des magistrats et du fonctionnement de l'institution, je dois confesser mes doutes et reconnaître la modestie de mes propositions. Je ne propose pas le « grand soir » de la Justice... Rien de tout cela... Seulement, encore une fois, l'affirmation que la « confiance légitime » dans la justice repose toute entière sur l'éthique du juge, que cette éthique doit être encadrée et au besoin évaluée dans le cadre d'une déontologie claire, connue, acceptée. Cette question là ne devra pas être éludée.

Pas plus que ne devra être éludée la question plus difficile encore des pratiques des magistrats et des juridictions. Alors, on pourra, chaque fois qu'il le faudra, mettre en jeux la responsabilité de tel ou tel magistrat pour qu'il soit jugé, à l'intérieur du corps, sur le point de savoir si il y a toujours sa place et laquelle. J'en aurai terminé peut-être en formulant une observation à mes yeux fondamentale sur le fonctionnement de notre justice pénale : quelle que soit l'évolution dans laquelle s'inscrira notre procédure pénale et notre système judiciaire, évolution que je crois inéluctable, il apparaît indispensable, et les rencontres que je peux avoir avec des procureurs généraux étrangers me confirment dans cette idée, que la phase de l'enquête et de recueil de preuves soit toujours effectuée sous le contrôle de l'autorité judiciaire qui est en application de l'article 66 de la Constitution gardienne des libertés individuelles.

* * *

J'arrive au terme de mon propos que je ne veux pas terminer sans respecter la tradition qui, en début d'année, nous fait former des vœux. Je souhaite pour vous mêmes et pour les vôtres, que cette année vous soit propice en tout et vous apporte les satisfactions auxquelles vous aspirez. Pour l'institution judiciaire, me reviennent ces mots écrits il y a près de trois siècles par un citoyen d'Ispahan à qui Montesquieu prêtait sa plume : *« la justice élève sa voix ; mais elle a peine à se faire entendre dans le tumulte des passions »*. C'est tout le bien que je souhaite à notre justice et à ceux qui la servent : continuer de se faire entendre dans le tumulte des passions.

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le vendredi 6 janvier 2006 par :

Monsieur Guy Canivet,
Premier président de la Cour de cassation

« Prie prendre en bonne part ce que je dirai, comme il vient de bonne volonté, et désire que cette compagnie soit en honneur, tel que le prince et le lieu le requièrent ».

(Harangue du sieur Chancelier Michel de L'Hospital, à l'ouverture du Parlement de Paris, du vendredi 12 novembre 1563).

« A sa majesté appartient de savoir comme sa justice est administrée, et si ses juges font leur devoir : c'est trop grande arrogance quand les juges maintiennent qu'ils ne peuvent errer ou faillir, ce qui est commun à tous les hommes, et comme dit un ancien philosophe La république est mal servie, où les magistrats sont exempts de rendre compte de leurs jugements et ordonnances ».

« Vous devez vous sentir grevé de rendre bon compte à votre roi, à votre maître, de qui vous tenez vos honneurs et magistrats à titre de précaire, et tant qu'il lui plaira ».

Faut-il s'en convaincre, l'obligation faite au juge de répondre, devant le prince, de ses décisions n'est pas nouvelle ! Ainsi s'exprime le Chancelier de France, Michel de L'Hospital, en forme de programme, dans une harangue au parlement de Rouen, le 17 août 1563, à l'occasion de la majorité de Charles IX.

Plus fermement encore, il en rappellera l'impératif, un an plus tard, le 12 avril 1564, lors d'un lit de justice tenu par le jeune roi au parlement de Bordeaux où, selon la chronique, la justice était défaillante :

« Vous êtes, messieurs, commis à faire justice ; ne pensez pas qu'elle soit vôtre ; vous n'êtes qu'en sièges empruntés. Il faut que vous la reconnaissiez tenir du roi : selon ses ordonnances légitimes, vos jugements sont astrica legibus ».

« Il faut que la loi soit sur les juges, non pas les juges sur la loi... »

Rendre compte de la justice..., il en est diverses manières, statutaire, institutionnelle, hiérarchique, disciplinaire, civile, pénale, qui toutes posent la question – controversée – de la responsabilité des juges confrontée à leur indépendance... objet délicat de réflexion,... dit-on prochainement aboutie. Mais aujourd'hui, à bien comprendre l'attente citoyenne, l'exigence de justification va bien au-delà ; c'est devant la société civile qu'elle rend le juge responsable.

Juger les autres a pour contrepartie d'être jugé par eux. Toute décision de justice expose son auteur à critique publique... et, le cas échéant, au désaveu du souverain.

> « *... Le roi aura plus de respect au bien et au salut de son peuple* », dit notre Chancelier, « *qu'à la personne des mauvais juges* »... « *Finalement, croyez que vous n'eûtes jamais roi plus sévère contre les mauvais, ni plus bénin à l'endroit des bons* ».

Aujourd'hui, en République, la souveraineté est au peuple au nom de qui justice est rendue ; c'est à lui que les juges doivent compte.

Aussi sont-ils désormais interpellés dans leur pratique ordinaire, dans leurs actes juridictionnels habituels [1]. Selon la revendication populaire, leur responsabilité n'est plus seulement entendue comme l'obligation de réparer un dommage ou d'assumer une faute, mais bien davantage comme la prise de conscience d'avoir, en toutes circonstances, à satisfaire un devoir... un devoir de justice.

Plus qu'à la menace de sanction, la responsabilité du juge est exposée à une pression sociale plus prégnante : une exigence effective et concrète de formation, de bonne pratique et d'éthique [2].

La formation du juge conditionne l'authenticité de la justice. Elle lui apprend non seulement à rendre des décisions conformes au droit ; bien plus, elle l'incite à réfléchir à son rôle, à sa place dans les institutions, à ses obligations, à ses devoirs, à ses habitudes, à ses présupposés... à la vérité, à l'équité... Primordiale est l'initiation qui assure que les valeurs sur lesquelles les juges fondent leurs décisions sont celles du sens commun ; essentielle est la pédagogie qui leur enseigne que disposer de la vie privée, de l'honneur, de la dignité, de la fortune, de la sécurité, de la liberté d'autrui est aussi affaire de conscience.

Une affaire de conscience... C'est pourquoi l'éthique est primordiale [3]. Elle requiert du juge l'impartialité, la neutralité, la sensibilité sans lesquelles l'acte de juger perd tout à la fois sa valeur, son crédit et son autorité.

1. V. notamment Antoine Garapon (dir.), *Les juges, un pouvoir irresponsable ?*, éd. Nicolas Philippe, 2003 ; Daniel Soulez Larivière, Hubert dalle (dir.), *Notre justice, le livre vérité de la justice française*, Robert Laffon, 2002 ; Roger Perrot, « Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français, *in* Jacques Lenoble (dir.), *La crise du juge*, LGDJ, 1990.

2. Guillaume Delaloy, *Le pouvoir judiciaire*, PUF, coll. Droit et justice, 2005, pp. 54 et s.

3. Pour une approche comparative : Denis Salas, Harold Epineuse (dir.), *L'éthique du juge : une approche européenne et internationale*, Dalloz, 2003.

Parce qu'il est mêlé à la Cité, parce qu'il est marqué par les contextes locaux, parce qu'il est soumis à des contraintes culturelles et sociales, à l'influence des médias, parce qu'il doit résister à toutes formes de pouvoir et de puissance, parce qu'il est recruté très jeune et investi très tôt des plus grandes responsabilités, parce qu'il n'est pas toujours armé pour se protéger de la tentation du héros purificateur, ou, au contraire, parce qu'il est guetté par l'habitude, le renoncement, le cynisme, la fatigue, la paresse ou l'encombrement, le juge a besoin de repères éthiques précis, forts et solides [4].

> « *Messieurs, prenez garde quand vous viendrez au jugement de n'y apporter point d'inimitié, ni de faveur, ni de préjudice... Si vous ne vous sentez assez forts et justes pour commander vos passions, abstenez vous de l'office de juges...* », avertit encore le Chancelier de L'Hospital.

On comprend que l'éthique du juge ne se réduit pas à la peur d'être puni ; positivement, elle exige de lui sagesse, lucidité, vigilance, sagacité, rigueur de raisonnement sur les conséquences de ses actes.

> « *Un poète* » – dit L'Hospital – « *un peintre, un grammairien et semblables, sont estimés bon poète, peintre, grammairien, s'ils sont savants et expérimentés dans l'art et la science dont ils font profession, ores qu'ils soient mal conditionnés ; mais nul n'est bon juge, tant soit-il grand jurisconsulte et lettré, s'il n'est homme de bien* ».

« *S'il n'est homme de bien....* ». Ainsi, la légitimité du juge ne réside pas seulement dans un pouvoir, une souveraineté dont il est délégataire, ni même ne se ramène à la maîtrise d'un savoir aussi grand soit-il, mais elle se fonde sur une vigilance particulière, une attention à autrui, une disponibilité d'écoute, une humilité que le public lui enjoint de s'imposer à lui-même. C'est donc, au-delà de la qualification technique, par la compétence professionnelle, que cette discipline de cœur et d'esprit indispensable à l'exercice de toute fonction judiciaire est acquise et entretenue.

La vision morale du juge, de tout juge, influe naturellement sur le comportement de ces femmes et de ces hommes qui choisissent d'être, pour leurs semblables, le tiers impartial et désintéressé caractéristique de toute fonction de justice. « *Le tiers prend ici la figure humaine du juge. Il est important de le mettre en scène dès le début* », dit Paul Ricœur, « *dans la mesure où il est comme nous mais élevé au-dessus de nous pour trancher les conflits* » [5].

4. Guillaume Delaloy, op. cit., pp. 54 et s.

5. Paul Ricœur, *Le juste*, éd. Esprit, 1995, pp. 195 et s., cité par Alain Sériaux, « Les enjeux éthiques de l'activité de *iurisdictio* », *in* Jean-Marie Carbasse, Laurence Depambour-Tarride (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, coll. Droit et justice, 1999, p. 294.

C'est l'aptitude de ce juge, appelé à dire le droit parmi les hommes et pour les hommes, qui est aujourd'hui en cause. Quoi qu'on dise, ces jours-ci, de leur vaine assurance, de leur arrogance, les meilleurs d'entre nous savent que juger autrui ne se fait pas sans modestie, sans crainte, crainte permanente, crainte salutaire de n'avoir pas la science, de n'être point en grâce de discerner le juste de l'injuste. Notre remise en cause est constante. « *Qui peut juger sans frémir sur terre* ? » demande Verlaine [6]. Il est vrai que nous ne rendons justice que les mains tremblantes. Même arrimés et fidèles à la loi, nous ne sommes pas délivrés de notre entière responsabilité. Plus la marge d'interprétation du droit, plus la latitude d'appréciation des faits sont larges, plus le juge est libre et, de ce fait, en sa personne, pleinement responsable des sentences qu'il prononce [7].

Quel que soit son rang, l'autonomie dont il jouit le rend comptable de ses décisions à l'égard du corps social et responsable envers ceux qu'il juge, responsable envers des êtres humains singuliers, de chair et de sang, de sensibilité et de souffrance. « *La dignité de l'homme suppose à la fois qu'il soit vu dans sa particularité et perçu comme le miroir de l'humanité* », dit Kant [8].

Pour tout juge, le prochain, son prochain, c'est le justiciable, la femme ou l'homme qui est devant lui, qui dépendent de lui ; qu'il le veuille ou non, entre eux se tisse un lien, s'échange un regard, qui oblige le juge à être juste, à rendre justice. Ce comportement exige de lui une qualité essentielle : la justesse [9].

Dire le droit, avec toute la justesse et la justice désirables... [10] Parce qu'elle est l'expression d'une pensée, d'un savoir, d'une conscience, l'activité de juger échappe d'elle-même à toute autre contrainte. C'est l'indépendance du juge qui fait que, dans le jugement, la raison ne peut être enchaînée et que la liberté de pensée est irréductible. Nul ne pourra jamais dispenser le juge de ce minimum qui consiste à discerner, en sa conscience, ce qui est vrai, ce qui est équitable. Ainsi ne saurait-il trouver aucune excuse pour ne pas rechercher ce qui est juste [11].

Alors tout juge qui se respecte doit apprendre à rechercher le juste droit, c'est-à-dire la meilleure application de la règle au cas humain qui se pose à lui. Viser le juste droit, c'est

6. Cité par Fernand Morin, *Pourquoi juge-t-on comme on juge ? Bref essai sur le jugement*, Liber, 2005, p. 29.
7. Alain Sériaux, op. cit., pp. 293-311.
8. Cité par Fernand Morin, op. cit., p. 29.
9. Alain Sériaux, op. cit., p. 299.
10. Alain Sériaux, op. cit., p. 301.
11. Alain Sériaux, op. cit., pp. 301 et s.

d'abord reconnaître chez le justiciable quelqu'un qui aspire à la pleine justice, celle qui fait de lui un être humain complet, riche de toute sa signification puisqu'il a une existence, une présence, un sens pour autrui. Un être humain compris, regardé pour lui-même et non comme un cas d'espèce.

Fascinante position du juge, si exigeante et si nécessaire pourtant. S'il est bien malaisé de la tenir en permanence, du moins est-il impératif d'y tendre et de s'en donner les moyens, s'en donner les moyens matériels et intellectuels, sans quoi le justiciable déçu – il faut entendre ce qu'il dit – se sent bafoué, blessé, trahi dans ses droits comme dans sa dignité [12].

Le pari de toute organisation judiciaire est précisément de résoudre le paradoxe d'inscrire un devoir de conscience, sans lequel il n'est point de justice possible, dans les principes rationnels de fonctionnement d'un service public.

Tel est bien l'enjeu de la crise actuelle. Est-il nécessaire de le dire ? Autant qu'elle affecte l'autorité de la justice et la confiance placée en elle, elle blesse les juges dans leur fierté. Ils sont aujourd'hui abaissés et déprimés ; c'est un phénomène réel qui est à prendre au sérieux. C'est un sentiment collectif qui ne signifie pas qu'ils dédaignent ce qu'ils font, c'est au contraire l'amour de leur métier qui les fait tenir, mais ils regrettent que l'attachement à leur mission, leur volonté de la bien remplir, leur honneur professionnel ne soient pas justement reconnus.

C'est bien de reconnaissance dont il s'agit. Le propos n'est ici, ni de nier les défaillances qui occupent l'espace médiatique, ni d'éluder les souffrances qu'elles ont causées, ni davantage de contester les procédures exceptionnelles mises en œuvre pour révéler, sanctionner puis corriger les unes et apaiser les autres.

Mais, pour autant, en même temps, ne pourrait-on voir la réelle difficulté qu'il y a d'être juge ? Astreints à un métier exposé et exigeant, les juges mériteraient peut-être d'être un peu considérés. Qui, par exemple, connaît les doutes d'un juge d'instruction au moment de demander une mise en détention, la tension morale du juge requis de l'ordonner ? Qui parle des angoisses d'un juge des enfants appelé à retirer son fils à une mère, de celles d'un juge aux affaires familiales décidant de la garde d'un enfant disputée entre ses parents ? Qui comprend les juges d'instance, à longueur d'audience confrontés aux symptômes de la misère, de la désocialisation, de la ségrégation ? Qui sait le malaise du juge des rétentions administratives devant le désespoir des immigrés refoulés dramatisé devant lui, jour après jour ? Qui pense à ces tribunaux siégeant dans un environnement quotidien de violence ? Qui le reconnaît ? Qui le dit ?

12. Alain Sériaux, op. cit., pp. 306 et s.

> « *Et maintenant les sujets la fuient tant la justice est vilipendée... et à présent crie-t-on contre les juges...* », observait L'Hospital en son époque.

Quoi de plus affligeant pour tous dépositaires du bien public ; pour tous ceux, qu'ils soient élus, commis de l'Etat ou magistrats, qui, loyalement, consacrent à la Cité leur temps, leur talent et leur énergie et qui, en retour, se voient collectivement abandonnés à la réprobation publique ? N'y perdent-ils pas courage et motivation ?

Comme dans toutes les organisations modernes, la bonne gouvernance de la justice passerait pourtant par le respect de ceux qui se vouent à son exercice.

Pour bien juger, il faut aimer juger, témoignait, ici même, le premier président Pierre Drai [13]. En ce qu'il interpelle la conscience, qu'il se fonde essentiellement sur l'éthique et la volonté de bien faire, le métier de juger n'est pas de ceux qui répondent aveuglément aux stimulations de l'intérêt financier, du prestige social, de la promotion de carrière, moins encore à la menace de punition. On sait aujourd'hui que ce qui fait agir les acteurs sociaux responsables, c'est essentiellement l'honneur et la fierté de leur profession [14] ; pour le juge, c'est l'honneur et la fierté de rendre justice, c'est l'engagement pour la justice.

S'engager pour la justice, c'est être prêt à faire tout ce qui est nécessaire pour en acquérir la compétence, pour la pratiquer de la manière la plus efficace, c'est souscrire aux valeurs qui la fondent, c'est en exiger l'indépendance, c'est croire dans une société gouvernée par le droit, c'est donner une pleine effectivité aux garanties du procès équitable, c'est s'impliquer au service de ses usagers. L'engagement au service de la justice est fait de générosité, de conviction, de détermination, d'initiative, de dynamisme et de progrès.

Promouvoir l'engagement des juges, c'est d'abord, comme le prévoit la Constitution, garantir l'indépendance de l'autorité judiciaire, la défendre chaque fois qu'elle est bafouée, en quelque façon et par qui que ce soit.

Rechercher l'engagement des juges, serait encore nettement distinguer la fonction juridictionnelle, celle de juger, sa spécificité et son autonomie, autant dans l'organisation judiciaire, dans le statut de la magistrature, que dans le budget de l'Etat.

Encourager l'engagement des juges serait, pour les chefs de juridiction, donner l'exemple de l'implication, du courage, de la détermination, donner l'impulsion, viser à la plus efficiente répartition des moyens et à la plus performante organisation, solliciter le meilleur de chacun, soutenir ceux qui prennent d'utiles initiatives, accompagner les démarches de progrès.

13. V. notamment le discours que le premier président Drai a prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 8 janvier 1990.

14. V. Philippe D'Iribarne, *La logique de l'honneur*, Seuil, 1993.

Stimuler l'engagement des juges serait consacrer la spécificité de leurs divers métiers, de juge d'instruction, de juge des enfants, de juge d'instance, de président de cour d'assises... tous ceux qui exigent des qualités rares, un savoir-faire particulier, des acquis techniques complexes, de l'expérience et une grande force morale ; ce serait aussi donner à comprendre la dépendance collective dans laquelle chacun s'insère pour la réalisation d'une justice de qualité ; dépendance et reconnaissance respectives des juges à l'égard de leurs greffiers, comme à l'égard des responsables de juridiction, des tribunaux à l'égard des cours d'appel, des juridictions du fond à l'égard de la Cour de cassation ; chacun d'eux agit en complément des autres pour l'accomplissement d'un projet collectif.

Favoriser l'engagement des juges serait l'ériger en qualité professionnelle centrale, l'entretenir chez nos jeunes collègues – tous nous rejoignent animés d'une immense volonté de se dévouer à la collectivité –, en imaginer la transmission. Ce serait, en définitive, l'ériger en principe d'administration du corps et d'animation des juridictions.

A la malédiction d'aujourd'hui, c'est par l'engagement qu'il nous faut réagir, sereinement, collectivement, par ce que nous sommes, par ce qui nous distingue au sein du corps judiciaire, en juge, en juge indépendant, en juge garant des libertés individuelles, en juge rigoureux et exigeant, sans concession dans le procès pénal spécialement, rigoureux et exigeant de la légalité des enquêtes et des poursuites, de la collecte des preuves, des droits de la défense, de la nécessité et de la durée des détentions, du bien fondé des accusations.

Qu'on le sache, seul l'engagement personnel et collectif des juges au service de leur profession fera progresser la justice ! Mais, pour cela, plutôt que les nier ou les abolir, faudrait-il promouvoir les valeurs de fierté et d'honneur qui les animent et les rendent meilleurs.

Nul n'ignore que ce courant spontané et mobilisateur existe depuis toujours. Il est le nerf de la justice. De l'engagement à son service, on connaît de multiples manifestations, des plus nobles et spectaculaires, aux plus modestes.

Comment ne pas évoquer ici, aujourd'hui, l'engagement, le sursaut d'honneur de la Cour de cassation dans l'affaire Dreyfus, conduisant, en dépit d'une opinion publique violemment hostile et de campagnes de presse dégradantes, à l'arrêt des chambres réunies du 12 juillet 1906, qui a définitivement réhabilité Alfred Dreyfus [15]. Arrêt dont le centenaire, dans cette grand'chambre où il fut prononcé, sera célébré cette année même.

15. Jean-Claude Farcy, *La justice française de la Révolution à nos jours*, PUF, coll. Droit et Justice, pp. 404 et s., Jean-Pierre Royer, « La magistrature déchirée » *in* Pierre Birnbaum (dir.), *La France de l'affaire Dreyfus*, Gallimard, 1994, pp. 251-289.

Dans un registre plus quotidien, comment ne pas dire aussi, ici, aujourd'hui, avec reconnaissance, l'engagement des membres de cette Cour dans la mise en œuvre des principes du procès équitable qui les a conduits à modifier, en profondeur, leurs méthodes d'étude des dossiers ; souligner l'effort de nos chambres pour réduire la situation d'encombrement qui les paralysait depuis des années et qui, ainsi que le montrent les états statistiques que vous avez sous les yeux, est aujourd'hui spectaculairement réglé par l'augmentation du tiers de notre capacité de jugement et corrélativement la réduction en même proportion du nombre des affaires en instance et des délais de traitement.

Comment résister au plaisir d'annoncer que, grâce à ces résultats, à notre commune mobilisation, à celle du greffe, par une charte des droits du justiciable devant la Cour de cassation, toute partie à un pourvoi peut désormais vérifier que chaque phase de la procédure qui lui est expliquée en termes simples se déroule, en toute transparence, dans les délais raisonnables dont elle est préalablement informée.

Il faudrait encore saluer l'engagement des premiers présidents de cour d'appel qui, avec le soutien de la Cour de cassation, ont entrepris une démarche de consensus pour définir positivement, concrètement, par une consultation collective des juridictions, ce que sont les bonnes pratiques judiciaires, l'année dernière en matière de respect du justiciable, cette année sur la pratique quotidienne de l'impartialité.

Affirmer aussi, en matière disciplinaire, l'engagement du Conseil supérieur de la magistrature qui, au moment de son renouvellement, au mois de mai prochain, aura, dans les délais les plus brefs, jugé la totalité des dénonciations qui lui ont été adressées par le ministre de la justice, jugé aussi celles dont les premiers présidents ont pris l'initiative de le saisir dans des affaires spécialement graves. L'instance disciplinaire des juges fonctionne autant qu'on la sollicite.

Il faudrait dire bien davantage de cette force, de ce dynamisme, de cette imagination des juridictions, des tribunaux d'instance aux cours d'appel, pour améliorer, de leur propre initiative, dans les tâches les plus quotidiennes, par un esprit d'innovation, par un élan volontaire, la qualité de la justice et le service de ses usagers.

Le corps judiciaire est à forte capacité. Il recrute les plus brillants éléments de nos universités. Il bénéficie de l'initiation d'une grande école et d'un remarquable système de formation. Faut-il encore en tirer parti ! Faut-il savoir le valoriser ! Faut-il surtout vouloir en faire jaillir le meilleur !

> « *Un jour l'homme est sain, l'autre jour malade* », médite le Chancelier de L'Hospital, « *un jour riche, l'autre pauvre, un jour honoré, l'autre déshonoré, un jour content, l'autre jour mal content. Cela advient, non seulement aux hommes privés et aux maisons privées, mais aussi aux royaumes, pays, villes et provinces* ». On pourrait ajouter aux institutions.

Tel est l'espoir que, du XVIe siècle, nous apporte, Michel de L'Hospital, notre visiteur d'aujourd'hui. Que demain soit un jour plus faste pour la justice !

A quoi ajoute un autre esprit moderne de la Renaissance :

> « *Jamais à bon vouloir ne défaut la fortune* » [16]
>
> *(Etienne de La Boëtie)*

* * *

Monsieur le Premier Ministre, Monsieur le Ministre de la justice, Madame la Ministre déléguée au commerce extérieur.

Grand et soutenu est l'intérêt du gouvernement pour notre institution ; il a maintes fois et de diverses manières été montré. Votre commune présence à cette audience aujourd'hui en est un nouveau témoignage. Au nom du siège de cette Cour, je m'associe à la gratitude que vous a, tout à l'heure, exprimée M. le Procureur Général.

L'intérêt du parlement à l'égard du service public judiciaire est tout aussi vif. Après M. le Procureur général, j'exprime les mêmes sentiments à l'égard de M. le Président de l'Assemblée nationale, de MM. les députés et sénateurs ici présents.

A toutes les hautes personnalités que la considération ou l'amitié pour cette Cour ont poussées à nous rejoindre en cet instant solennel, j'exprime mes remerciements.

Nous avons eu l'honneur d'accueillir à cette audience M. Lech Gardocki, président de la Cour suprême de Pologne, en visite chez nous pour quelques jours. Qu'il éprouve ici la même joie et le même intérêt que ceux qu'il nous a donnés lorsqu'avec M. le président Weber, nous lui avons rendu visite au début de cette année à Varsovie.

L'audience solennelle est levée.

16. *Discours de la servitude volontaire*.

TROISIÈME PARTIE

L'ÉTUDE

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

L'INNOVATION TECHNOLOGIQUE

Ont contribué à l'étude :

Marielle Cohen-Branche
Claire Coutou
Jacques Duplat
Domitille Duval-Arnould
Bénédicte Farthouat-Danon
André Gariazzo
Jean-Pierre Gridel
Olivier Guérin
Dominique Guihal
Laurent Jacques
Frédéric Jenny
Alain Lacabarats
Pascal Lemoine
Pierre Sargos
Philippe Semeriva
Emmanuel Tois

INTRODUCTION

Par Pierre Sirinelli
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Droit et nouvelles techniques ont, de tous temps, entretenu des rapports compliqués et féconds.

Mais qu'est-ce qu'une nouvelle technique ?

Une chose est certaine, les nouvelles techniques d'une époque figurent dans les musées d'une autre. L'inventeur de l'arbalète ou ses utilisateurs ont sans doute pensé révolutionner le monde. Et indiscutablement l'arme a changé le sort de certaines batailles. La suprématie qu'elle donnait et son efficacité étaient telles qu'il a été jugé nécessaire d'élaborer de nouvelles règles à son propos. Ainsi le pape Innocent II, sous la pression des idées de l'époque et considérant que l'usage de l'arbalète, qui n'exigeait pas grande formation, permettait à des soldats peu aguerris de tuer à distance un chevalier en armure qui avait voué son existence au métier de la guerre, estima que l'arbalète était une arme inégale pour le peu de courage et de formation qu'elle exigeait de celui qui la maniait. Aussi, en 1139, le deuxième concile de Latran interdit-il l'utilisation de cette arme à traits, jugé trop inhumaine. D'autres moyens de tuer à distance ont vu le jour depuis mais l'idée de réunir une « conférence internationale » pour trouver, plus ou moins efficacement, un moyen de contrôler les armements et le désarmement n'a pas été oubliée. Quant à l'effectivité de la nouvelle norme (Richard Cœur de Lion, par exemple, mourut d'un carreau d'arbalète plus d'un demi-siècle après).

Suffit-il alors de s'intéresser à des technologies contemporaines ? Mais certaines ne produisent pas leurs effets immédiatement. La télécopie (ou fax) est une technique plus que centenaire, développée au dix-neuvième siècle avant que son usage public ne se développe. Et que dire des inventions de Léonard de Vinci...

C'est donc l'impact social de ces techniques avancées qui doit retenir l'attention plutôt que leur apparition. D'autant que nombre de technologies n'ont pas l'effet attendu par leurs concepteurs. Les exemples en sont légions, notamment dans nos instruments quotidiens. D'aucuns considéraient que le phonographe devait servir à dicter des lettres. Il était alors envisagé comme un appareil, « machine parlante », qui pourrait remplacer les sténographes. Ou encore comme un instrument à apprendre à lire aux aveugles, à favoriser l'apprentissage des langues étrangères, à enregistrer et corriger les discours des hommes politiques ou encore à conserver la voix de ceux qui vont mourir. On mesure que la distraction musicale n'était peut-être envisagée qu'à titre accessoire par Edison et son entourage. Le téléphone, quant à lui, devait servir à transmettre à domicile des airs d'opéra ou à appeler les domestiques. Son destin fut tout autre mais il est vrai que l'évolution récente opère un retour à la destination première soit, modestement, par l'utilisation de sonneries musicales, soit, stratégie avouée aux tendances lourdes et porteuse d'importants enjeux économiques, par la distribution d'œuvres en ligne.

Ces incertitudes conduisent à une certaine prudence. Elaborer hâtivement de nouveaux textes juridiques pour appréhender les conséquences économiques ou sociales de l'essor des nouvelles techniques serait donc imprudent. Ces dispositions conçues pour une situation donnée risqueraient de figer des situations pourtant par nature évolutives et pourraient se révéler rapidement inadaptées ou obsolètes. Et puisque « légiférer d'une main tremblante » doit rester un art à préserver, il revient aux juridictions de trouver les solutions aux problèmes nouveaux qui sont susceptibles de se poser. Et naturellement à la première d'entre elles qui dispose du temps, de la profondeur et de la sérénité pour le faire.

De fait, la Cour de cassation a su comprendre le phénomène d'interaction du droit et des nouvelles techniques dans ses deux aspects. Comment le droit doit tenter d'appréhender les nouvelles techniques. Et comment ces dernières peuvent être mises au service de la fonction de *jurisdictio*.

I – LES NOUVELLES TECHNIQUES APPRÉHENDÉES PAR LES JURIDICTIONS

A la vérité, le phénomène de l'irruption de l'univers matériel dans la sphère juridique est presque aussi vieux que le Droit.

Sans remonter jusqu'à Hammourabi, l'essor du machinisme avait déjà suscité la perplexité des juristes et il avait fallu une relecture hardie du premier alinéa de l'article 1384 pour que les victimes d'accidents puissent recevoir une réparation en dépit de l'absence de faute des concepteurs ou des utilisateurs des machines qui causaient des dommages.

Le débat change simplement d'ampleur au vingt et unième siècle sous l'empire de nouveaux phénomènes. La puissance des technologies qui simplifie la tâche des hommes mais aussi démultiplie les risques ou les dommages. La révolution numérique, qui ne se contente plus seulement de relayer ou d'augmenter la force du bras, prolonge le cerveau et abolit aussi les frontières et le temps, accroît la dépendance sans cesse grandissante des entreprises et des hommes aux machines, notamment à l'outil informatique.

La dématérialisation donne le sentiment de rendre les choses plus faciles ou immédiatement accessibles, suscitant des appétits (« tout est désormais possible ») que les modèles économiques ou les règles existantes ne sont pas en mesure de satisfaire. L'ensemble suscitant une frustration qui s'exprimera parfois de façon véhémente et se traduira par des revendications, souvent non raisonnables on infondées, de modifications des normes.

Mais les nouvelles techniques créent également de nouvelles peurs ou accroissent d'anciennes craintes, engendrent de nouveaux dommages ou aiguisent des aspirations qui font naître dans l'esprit des sujets de droit la multiplication de l'idée de « droits à... », et des exigences fortes de sécurité.

A. Diversité des domaines d'application

Les nouvelles techniques ont naturellement des implications dans toutes les activités humaines. Il n'est donc pas étonnant qu'elles puissent parfois faire apparaître étriquées les approches plus classiques et abstraites de la norme juridique. Le droit des personnes et de la famille, celui des biens, celui des obligations, celui du travail ou du commerce sont naturellement touchés.

L'abolition de l'espace due aux nouvelles techniques peut changer la perception de nombre de règles du droit du travail.

Ainsi, l'unité de lieu et d'espace peut être remise en cause par la possibilité de travail à distance et ces nouveaux modes d'organisation du travail brouillent les analyses classiques. La Cour de cassation a perçu la nécessité d'adapter le cadre des institutions à cette évolution et, grâce à la définition qu'elle a donnée de l'établissement distinct et par la création de celle « d'unité économique et sociale », a fait prévaloir, sur les divisions juridiques ou géographiques de l'entreprise, la notion de communauté de travail. Reste à savoir si cette dernière notion qui fonde la conception actuelle de représentation résistera elle-même aux évolutions futures...

Le droit de la propriété intellectuelle pourtant davantage accoutumé, en raison de son objet, à prendre en compte l'innovation technologique est également perturbé par cette disparition des frontières. Quelles règles appliquer à l'Internet ? Peut-on encore raisonner sur des critères de localisation matérielle (lieu du site, par exemple) alors que l'on est dans le virtuel et que de toute façon, les frontières n'existent plus ? Comment et où appréhender le phénomène des échanges de fichiers de « pair à pair » ? Et pour quelle effectivité ? En matière de marques, par exemple, les principes de spécialité et de territorialité peuvent paraître malmenés par cette mondialisation due aux réseaux numériques. Une marque déposée en France peut-elle conduire à la condamnation de l'utilisation de ce signe par un site localisé à l'étranger où pourtant cette marque n'est pas déposée ? S'il est acquis que le juge français est compétent, en cas d'utilisation non autorisée d'un signe distinctif, quel que soit le lieu d'hébergement du site, il paraît également nécessaire de développer des solutions pragmatiques afin d'éviter toute approche trop rapide des questions soulevées qui aurait pour conséquence l'interdiction de faire paisiblement commerce sur tout endroit de la planète où le signe n'est pourtant pas protégé. Le juge doit donc se montrer imaginatif. D'une part pour permettre d'appréhender nombre de situations. D'autre part, pour trouver un point d'équilibre raisonnable et acceptable par tous. Il convient ainsi, pour entrer en condamnation, de ne pas se contenter de relever tel ou tel élément du site incriminé, mais au contraire d'exiger la prise en compte de l'ensemble de son contenu. Ainsi lorsqu'il se déduit des précisions apportées sur un site web que les produits querellés ne sont pas disponibles en France, ce site ne saurait être considéré comme visant le public hexagonal, et l'usage d'une marque dans ces conditions ne saurait constituer une infraction à l'interdiction, prononcée par une juridiction française, de faire tout usage de cette marque. De même, « un nom de domaine ne peut contrefaire par reproduction ou par imitation une marque antérieure, peu important que celle-ci soit déposée en classe 38 pour désigner des services de communication télématique, que si les produits et services offerts sur ce site sont, soit identiques, soit similaires à ceux visés dans l'enregistrement de la marque et de nature à entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public ».

Le but demeure bien de protéger au mieux les marques mais est également d'éviter que le développement de l'Internet n'en vienne, paradoxalement, à créer des entraves indues à l'activité commerciale.

Les nouveaux modes de communication suscitent eux-mêmes des difficultés. L'usage de l'intranet d'entreprise, par exemple. Comment faire circuler l'information dans une entreprise ? Pour quel contenu ? Vers quel public ? Et en respectant quelles formes ? Le recours, par le salarié, à la correspondance électronique peut également préoccuper. La jurisprudence de la Chambre sociale s'attache à trouver un équilibre en prenant en considération les apports bénéfiques des nouvelles techniques tout en s'efforçant de préserver les travailleurs des excès de ces dernières et notamment des atteintes à la liberté et à la dignité.

De fait, la transparence semble, dans la surveillance des salariés, devoir être la règle. Mais la seule précaution d'informer d'un mode de surveillance ne suffit pas à rendre ce dernier licite. Certains modes de surveillance peuvent en effet avoir un impact tel sur la vie privée qu'ils ne peuvent être employés en raison du caractère disproportionné de l'atteinte portée à cette liberté fondamentale.

Les nouvelles techniques peuvent aussi déjouer les attentes.

Le progrès nourrit simultanément deux sentiments contradictoires. D'une part, l'illusion que tout aléa pourrait être banni ainsi que des résultats, même dans le domaine de la santé, absolument garantis ; d'autre part, la crainte de voir ces techniques mal maîtrisées ou encore imparfaites occasionner de nouveaux dommages. Mais dans les deux cas le sujet de droit aspire à une sécurité plus grande : droit à la guérison, innocuité absolue ou principe de précaution.

Qu'une nouvelle technique puisse engendrer de nouveaux risques n'est pas surprenant. Certes il serait imprudent d'avoir recours à une technologie non éprouvée mais les dommages peuvent survenir de façon plus inattendue. De nouvelles responsabilités apparaissent tandis que d'autres trouvent seulement de nouvelles façons de s'exprimer. On peut songer à transposer en la matière le *principe de précaution* déjà appliqué en matière de protection de l'environnement ou la notion de risque-développement utilisée en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. Car si l'innovation en matière médicale prolonge les débats classiques, elle peut également mettre en jeu, au-delà de l'intégrité de la personne, la dignité de cette dernière, son identité et ses droits fondamentaux. Plus profondément encore, la recherche actuelle, en matière bio-médicale, est tout simplement susceptible d'engager l'avenir du genre humain.

L'accroissement paradoxal des risques a conduit à développer un dialogue avec le patient. L'information préalable de ce dernier, son consentement éclairé sont désormais absolument indispensables. Mais la communication de ces informations, leur stockage ou leur utilisation suscitent à leur tour de nouvelles difficultés. Tant s'agissant de la preuve de leur exécution que de la confidentialité qu'il convient de préserver. On le voit, le droit s'épuise à suivre ces évolutions et la souplesse offerte par les tribunaux est souvent la bienvenue. Mais si ces régimes de responsabilité ont le plus souvent une origine jurisprudentielle, les constructions finales sont légales. Il s'agit au-delà des faits, des espèces et des principes généraux, de trancher des questions plus larges et de faire des choix éthiques, politiques et économiques que seul le législa-

teur peut arbitrer : qui en définitive doit supporter le poids de la réparation due ? Le médecin ? Son assureur ? La solidarité nationale ? Et à quelles conditions ?

Il est vrai que le travail jurisprudentiel, pour fécond qu'il soit, peut trouver des limites naturelles. Ainsi, le juge pénal ne peut raisonner par analogie et doit avoir recours à une interprétation téléologique.

Le juge peut montrer la voie mais il ne s'agit que d'une voie parmi d'autres dans l'édiction de la norme.

B. Diversité de normes

Les nouvelles technologies peuvent être aussi l'occasion de rencontres de normes aux origines ou aux objets distincts. Les convergences qu'elles provoquent et l'effacement des frontières qu'elles causent offrent l'occasion de conflits de normes dont la résolution est mal aisée. Le choc frontal entre droit de la concurrence et droit de la propriété littéraire et artistique à propos des créations numériques en est l'illustration. C'est alors au juge de trouver la solution d'équilibre entre deux législations dont le Parlement a reconnu les raisons d'être. Si aucun des deux droits ne doit céder, comment réaliser l'articulation la plus harmonieuse possible sans les vider de leur teneur ? Entre une législation qui pose comme principe l'existence d'un monopole et une autre qui prohibe les abus de position dominante ? La réponse interviendra au cas par cas, dégageant peu à peu les axes de nouvelles orientations. Chacun des droits enrichissant l'autre.

La voie jurisprudentielle peut donc être, par sa souplesse, le mode d'élaboration des nouvelles solutions. Mais le dialogue avec le législateur peut naturellement prendre un autre tour. Et la solution jurisprudentielle, voire prétorienne, susciter une réaction. S'ensuit alors parfois un échange, classique dans sa conception, avec le législateur qui recueille, complète ou brise la solution dégagée par les tribunaux.

La responsabilité médicale illustre parfaitement ce mouvement et chacun se souviendra, entre autres, de l'émoi causé par l'arrêt Perruche et du destin tourmenté des solutions retenues par la Cour de cassation puis par le législateur.

Mais la production de règles peut aussi être plus complexe en présence de certaines technologies. La norme doit alors être d'origine internationale, en raison de la mondialisation ou issue de mécanismes d'« autorégulation ».

La voie du juge ne peut être la seule, notamment lorsque la norme vise à édicter des sanctions pénales. Confrontée comme les autres aux nouvelles techniques, la Chambre criminelle voit sa marge de manœuvre réduite par deux principes fondamentaux, d'abord celui de légalité édicté par les articles 111-3 du Code pénal et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensuite, son prolongement naturel, celui d'interprétation stricte de la loi pénale, énoncé à l'article 111-4 du Code pénal.

Les tribunaux sont alors les lieux de révélation de l'incomplétude des textes et il est renvoyé au Verbe du législateur pour savoir si une évolution est nécessaire. Cela a été ainsi le cas, comme le relève le rapport de cette chambre, pour l'incrimination des expérimentations effec-

tuées sur la personne humaine. (Art. 223-8 et 223-9 du Code pénal), les atteintes aux droits des personnes résultant des fichiers ou des traitements informatiques (Art. 226-16 à 226-24 du Code pénal) ou l'étude de ses caractéristiques génétiques (Art. 226-25 à 226-30 du Code pénal), les atteintes aux systèmes de traitement automatisé des données (Art. 323-1 à 323-7 du Code pénal), ou encore les diverses infractions prévues en matière de santé publique (Art. 511-1 à 511-28 du Code pénal) ou de pollution (Art. L. 218-73 et L. 432-2 et L. 432-3 du Code de l'environnement).

En d'autres hypothèses, ce sont les solutions dégagées par les tribunaux, sur le fondement du droit actuel, qui sont si mal reçues par certains sujets de droit que le législateur décide de « reprendre la main » et édicte des normes contraires à celles dégagées par la Cour de cassation.

Ce n'est pas que le travail jurisprudentiel ait été malheureux, c'est que l'application de la disposition révèle alors un trouble profond qui conduit à changer la norme.

Mais souvent le dialogue entre le législateur et le juge est plus harmonieux et le législateur n'intervient que pour entériner, préciser ou compléter harmonieusement la norme jurisprudentielle.

Le phénomène n'est pas propre à l'appréhension des nouvelles techniques mais ces dernières l'exacerbent car, du fait de leur irruption brutale, ces technologies défient en partie la prévisibilité. L'exemple étranger, naturellement, ne peut être négligé mais doit être envisagé avec lucidité. Source évidente d'inspiration, il ne doit pas être à l'origine d'un phénomène d'acculturation juridique. Or, un réflexe trop fréquent est de croire que le pays d'origine de la norme technique doit être nécessairement celui qui doit imposer la règle juridique qui y a trait. Le bien-fondé de la norme, la réception de la règle sont pourtant dépendants de beaucoup d'autres facteurs. Le droit est aussi affaire de volonté.

Mais le bouleversement occasionné par les nouvelles techniques peut être plus vaste. La règle, du fait de la mondialisation, peut, ou doit, parfois, trouver sa source dans une convention internationale ou avoir une origine communautaire. L'Union servant alors de laboratoire international dont les normes seront ensuite étudiées à une autre échelle. Mais il n'y a pas toujours dans la mondialisation un simple changement de degré dans l'appréhension d'une question. La planète n'est pas aussi unie par la même communauté d'histoire, d'intérêts et de culture que l'Europe communautaire et, surtout, les nouvelles techniques n'y sont pas pareillement partagées ni répandues. Sans compter la différence de perception qui peut exister entre pays producteurs de techniques et ceux qui, même en les connaissant, n'en sont que des consommateurs. L'élaboration d'une norme commune y est donc plus délicate.

Réapparaît alors la question d'un droit « accepté ».

La complexité des questions à trancher conduit souvent, de façon paradoxale, à la recherche d'une autorégulation et à la production de « normes privées » (contrats-types, chartes, codes de conduites) plus ou moins encadrées par la puissance publique. Là où la loi est impuissante à appréhender un phénomène technique évolutif et des pratiques sociales mouvantes, l'émergence de mécanismes librement consentis permettrait une régulation qui éviterait de figer des situations par nature changeantes. L'avantage ne serait pas seulement celui de

la souplesse mais aussi celui de l'efficacité. Ce droit « consenti » serait mieux adapté et mieux accepté. Et le respect de ces règles serait d'autant mieux assuré que les parties au système y ont toutes intérêt. Le phénomène de mondialisation trouve d'ailleurs dans cet aspect une trace supplémentaire de son impact. Alors que cette approche est davantage proche des mentalités anglo-saxonnes, les pays de droit civil semblent peu à peu l'admettre.

La jurisprudence de la Cour de cassation atteste ce phénomène. Nombre de décisions trouvent une part de leur fondement dans la présence de ces normes d'origine non étatique.

C'est donc aux juges que revient la tâche première d'adaptation du droit aux phénomènes techniques. La voie a ses bienfaits et ses limites. La solution dégagée sera fondée sur les principes généraux et détachée d'enjeux purement démagogiques qui parfois peuvent nuire à la sérénité de débats parlementaires. Inversement il est délicat de trancher certaines questions qui font appel à des arbitrages qui dépassent le cadre de la simple analyse juridique.

L'arrêt rendu, à l'été 2005, par la Cour Suprême des Etats-Unis, dans l'affaire Grokster en témoigne. Les juges américains avaient à trancher la question de savoir si un éditeur de logiciels qui permettait les échanges de fichiers de « pair à pair » pouvait voir sa responsabilité engagée du fait des contrefaçons ainsi réalisées par les internautes. Trois des magistrats souhaitaient que puisse être retenue une responsabilité de principe tandis que trois autres faisaient observer que la défense du droit d'auteur ne devait pas nuire au développement de l'innovation technologique. La Cour Suprême, trouvant le moyen de condamner les éditeurs sur le seul constat de l'incitation à la contrefaçon (grâce à la procédure dite « inquisitory »), a évité de trancher ce débat. La question, on le voit, est complexe et met en œuvre de tels enjeux que seul le législateur doit pouvoir la trancher. Au demeurant, si l'on sent que le souci de ne pas entraver l'innovation doit permettre de mettre éventuellement sous le boisseau le droit des biens, on imagine que le débat ne se poserait pas dans les mêmes termes si la valeur à sacrifier n'était pas le copyright mais l'intégrité de la personne humaine.

Mais si les nouvelles techniques sont parfois, comme on l'a vu, un souci pour le juge, elles peuvent aussi être un auxiliaire précieux.

II – NOUVELLES TECHNIQUES, INSTRUMENTS UTILISÉS PAR LA COUR DE CASSATION

Confrontée aux difficultés générées par les nouvelles techniques, la Cour de cassation peut aussi espérer tirer un profit des facilités qu'elles offrent parallèlement. L'informatique, par exemple, peut fournir une aide à la décision appréciable (A). D'autres technologies peuvent permettre d'appréhender en des termes différents les délicates questions de preuve (B), contribuant à la production d'une meilleure justice.

A. Nouvelles techniques et aide à la décision

Il convient de noter les efforts réalisés ces dernières années par la Cour de cassation, notamment par la dématérialisation du travail qui a permis non seulement un meilleur accès à l'information mais un échange de divers éléments avec un ensemble d'interlocuteurs internes à la juridiction ou extérieurs.

Le rapport « innovation technologique et méthodologie jurisprudentielle » expose de façon très complète la « révolution » que constitue l'introduction des nouvelles techniques au sein de la Cour de cassation. Le « bureau virtuel », qui offre un accès aux données dématérialisées, permet une amélioration significative du fonctionnement de l'institution judiciaire.

Il s'agit d'un « environnement de travail électronique », produit évolutif, offrant la possibilité d'accéder à l'ensemble des ressources nécessaires à l'exercice des différentes activités des magistrats et fonctionnaires de la Cour de cassation. Sous réserve, naturellement, des habilitations nécessaires, il est possible de consulter ainsi le mémoire ampliatif, le mémoire en défense, la fiche d'orientation établie par le service de documentation et d'études, le rapport du conseiller rapporteur ou son avis de non-admission, l'avis de l'avocat général, le(s) projet(s) d'arrêt... L'accès à d'autres documents (la déclaration de pourvoi, la décision attaquée, le jugement de première instance, les autres productions jointes aux mémoires, les conclusions récapitulatives, les productions jointes aux mémoires ampliatif et en défense ainsi que l'avis du conseiller rapporteur) est également à l'étude.

Par ailleurs, une Convention signée avec les soixante charges d'avocats aux Conseils permet l'ouverture, sur un serveur déclaré au sein du réseau privé virtuel du ministère de la justice (RPVJ), d'un site permettant la communication électronique entre la Cour de cassation et les cabinets des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

En outre, une importante base documentaire, dont le site web de la Cour de cassation n'est que la partie émergée, permettra une meilleure connaissance d'une information juridique riche dont l'accès par les voies classiques était souvent malaisé pour ne pas dire impossible.

Enfin, une ère nouvelle semble s'ouvrir avec la recherche d'une procédure exclusivement électronique. Certes cette voie était déjà ouverte mais, jusqu'à présent, la transmission par voie électronique des actes de procédure ne dispensait pas d'un envoi parallèle sur support papier, puisque seul ce dernier faisait foi en raison des exigences du nouveau Code de procédure civile. Fort heureusement, un décret du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom ouvre désormais la possibilité d'une suppression définitive du doublon papier. L'aboutissement inéluctable et logique de ce processus devrait être la dématérialisation de la minute de la décision elle-même. Cela sera vraisemblablement fait lorsque les magistrats de la Cour de cassation seront dotés d'une signature électronique et qu'aura été créé un minutier électronique garantissant la conservation des décisions.

Toutes ces innovations ne sont pas à mettre sur le même plan. Ce bouquet de mesures aura cependant incontestablement pour effet d'améliorer la productivité de la Cour de cassation.

En premier lieu, en raison de l'accélération de la procédure de traitement des pourvois, nécessaire en réponse à l'inflation du contentieux (et donc à l'accroissement corrélatif des délais de jugement des affaires). La dématérialisation permet à chacun des intervenants de prendre connaissance, en même temps, du dossier sous forme électronique et donc de travailler véritablement concomitamment sur ce dossier. Reste à espérer qu'un examen parallèle ne soit pas moins productif que des études successives qui sont susceptibles de s'enrichir mutuellement. Car l'apport ne doit pas seulement être quantitatif mais aussi qualitatif.

De ce point de vue, de bonnes raisons permettent d'espérer un enrichissement du travail de la Cour de cassation. Ne serait-ce que parce que l'informatique offre aux magistrats une économie de temps due à une rationalisation du travail (y compris dans la confection des actes) et une facilitation des tâches de recherche de documents pertinents (décisions passées, dossiers posant les mêmes questions de droit, recherche des contrariétés de décisions). Le rapport de la Cour de cassation estime même que le recours systématique à l'informatique documentaire est susceptible d'entraîner une « révolution culturelle ». Les magistrats délaissant la consultation des seuls précédents qui leur sont propres pour emprunter d'autres voies. Cette substitution d'une base de données écrite à une mémoire orale ne profitera pas seulement aux magistrats de la Cour de cassation mais aussi à ceux des juridictions du fond. Et l'on peut même espérer qu'ouverte aux auxiliaires de justice, cette documentation informatisée conduira certains plaideurs à mieux estimer les chances d'éventuelles demandes et, qui sait ?, à désengorger un peu les juridictions...

De son côté, la communication en temps réel aux avocats aux Conseils du rapport « enrichi » ou de l'avis de non-admission établi par le rapporteur a le plus souvent pour effet de faire réagir les parties. Ces observations complémentaires vont bien au-delà de ce que le principe du contradictoire impose ordinairement, même dans la conception extensive retenue par la Cour européenne des droits de l'homme.

L'ensemble de ces mesures améliore donc le travail des juges mais donne aussi l'image d'une justice plus transparente, renforçant la recherche d'un « procès équitable » encore plus conforme aux vœux émis par la Cour européenne des droits de l'homme.

Et demain ? Faut-il aller encore plus loin et ajouter aux logiciels et bases de données des systèmes experts ? L'apport pourrait être appréciable car une base de données ne fournit que des renseignements bruts, des informations préexistantes. La plus-value de la base est dans sa capacité de stockage et dans les facilités proposées dans la fonction de recherche mais elle ne crée à proprement parler rien. Quant au logiciel, il ne peut accomplir que les tâches pour lesquelles il a été programmé sans apporter de réelles innovations.

Le but des systèmes experts est tout autre puisqu'il s'agit de simuler le raisonnement humain, d'auto-enrichir la base de connaissances et d'essayer d'aller plus loin que l'existant, raison pour laquelle on parle d'intelligence artificielle.

Le vœu d'un tel usage est parfois exprimé mais le recours à l'intelligence artificielle est-il vraiment possible ? Il ne devrait pourtant pas être trop délicat de reconstituer un raisonnement juridique reposant sur un syllogisme rigoureux. Mais les expériences tentées en la matière, notamment dans les centres de recherche universitaires, n'ont pas démontré un apport appré-

ciable. La comparaison de solutions rendues par des magistrats et celles obtenues par le recours aux machines fait apparaître des écarts appréciables.

Que faut-il en déduire ? Peut-être que les systèmes experts ne sont pas encore au point. Mais aussi et surtout que la justice demeure une affaire humaine. Il y a en quelque sorte une signification épistémologique à l'échec des systèmes experts. Au-delà de la construction logique du raisonnement, le droit reposerait sur des règles non nécessairement univoques. Ces dernières prendraient par exemple la forme de notions-cadre : bon père de famille, intérêt de l'enfant, bonnes mœurs, délai raisonnable, c'est-à-dire des notions à contenu variable, une part de flou avec laquelle le juge peut naturellement jouer. Le fait est connu et le choix législatif délibéré mais il ne faut pas s'étonner que la machine parvienne à d'autres résultats. D'autant que, de façon générale, la loi ne s'interprète pas en fonction de sa seule lettre mais aussi en considération de son esprit que la machine ne connaîtra pas nécessairement ou aura du mal à intégrer. Enfin, il faut bien comprendre que, dans le raisonnement juridique ou judiciaire, la règle, certes fondamentale, n'est pas la seule composante du raisonnement. La bonne foi, l'équité, la fraude peuvent intervenir et infléchir éventuellement le raisonnement.

De cet échec relatif des systèmes experts, il résulte que la machine n'est pas prête de remplacer l'homme et qu'il faudra se garder de déléguer la tâche de rendre une décision à un système expert. Mais il n'est pas interdit d'y avoir recours comme aide à la décision, un outil parfaitement utile justement par les questions qu'il pose.

B. Nouvelles techniques et preuve

Il ne s'agit nullement ici de traiter du régime de la preuve des actes juridiques (à la construction duquel la Cour de cassation a apporté son écot) mais de voir comment les nouvelles techniques peuvent apporter leur contribution à l'établissement de la vérité ou au contraire brouillent parfois les cartes en raison de leur hermétisme.

Sur le premier point, les progrès scientifiques sont tels que dans nombre de matières (famille, état des personnes, droit pénal) la preuve scientifique est apparue comme établissant parfois de façon irréfragable certains faits. Reste à savoir si la vérité scientifique et la vérité juridique (ou ce qui peut s'en approcher) sont équivalentes. La technique en tous cas ne peut se substituer au raisonnement juridique.

Sur le deuxième point, il est indiscutable que la complexité de certaines nouvelles techniques, au cœur de certains contentieux, rend l'élaboration d'une décision de justice délicate. Au point que l'on peut se demander si la présence de technologies complexes n'est pas un cas de rupture d'égalité entre justiciables ou n'est pas susceptible de remettre en cause le droit à un procès équitable.

Le juge lui même peut connaître certaines difficultés, parfois plus que les parties, et a besoin d'être éclairé en sorte que le recours à un expert est alors le bienvenu.

Est-ce pour autant la solution idéale ? Il est rare qu'un seul rapport suffise. Soit que les parties en produisent chacune, aux conclusions rarement identiques, soit que des expertises se succèdent dans le temps, rallongeant le procès sans pour autant éclairer davantage le juge...

Un arrêt de la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 5 décembre 2002 (Bull. nº 275), rendu au visa, non seulement de l'article 341 du nouveau Code de procédure civile, mais aussi de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, atteste que l'expertise judiciaire constitue l'une des composantes du procès équitable, tel qu'il est conçu aujourd'hui dans l'ordre juridique européen.

Encore faut-il que cet expert soit indépendant et que le juge ne soit pas trop dépendant du rapport...

Certes, il n'est pas douteux que « le technicien commis (doive) accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité ». Mais il n'est pas rare que cette personne exerce son activité dans le secteur qui est naturellement celui pour lequel il est requis. Les risques de conflits d'intérêt sont donc non négligeables. Plus la technique est nouvelle ou sophistiquée et plus le nombre d'experts est réduit. Et plus les risques de conflits sont grands...

Comment éviter les risques de partialité sans tomber dans ceux de récusations seulement dilatoires, qui tout autant, nuiraient à la recherche d'un « procès équitable » ? D'aucuns estiment que la voie d'une « obligation déontologique ou légale d'information par l'expert sur l'existence d'un conflit d'intérêt » permettrait un gain de temps. D'autres, en complément de cette démarche, pensent que dans les domaines où les seules personnes compétentes sont très rares, et donc nécessairement plus ou moins liées aux parties au litige, une exception peut être faite au principe du retrait de l'expert.

Mais quand bien même cet obstacle serait franchi, resterait à mesurer la place du rapport dans la décision du juge. Ce dernier, dûment éclairé, est alors apte à trancher. Encore faut-il qu'il sache trouver dans un document très technique les éléments nécessaires à sa décision. Or la complexité de la matière peut le conduire à adopter de façon aveugle le rapport qui lui a été remis et qui, débordant de la simple expertise technique, contient aussi des raisonnements juridiques. Ce n'est plus alors le juge qui tranche mais indirectement l'expert. Or, seul le premier a le pouvoir de dire le droit.

L’innovation technologique appréhendée par le juge

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Les qualifications à l'épreuve des nouvelles techniques du son et de l'image

C'est par vagues successives que les nouvelles techniques d'utilisation ou de transmission du son et / ou de l'image auront été portées devant la Cour de cassation.

Avant-hier, et même hier encore, il s'agissait d'examiner telle ou telle cession générale de droits de représentation ou de reproduction dans laquelle le recours à des procédés d'exploitation encore inexistants n'avait pas été envisagé. Ainsi la jurisprudence de l'entre-deux guerres, se référant au sens clair et précis d'un total abandon des droits patrimoniaux des auteurs d'œuvres musicales lors de cessions des partitions intervenues de 1852 à 1891, avait considéré que les éditeurs avaient acquis outre le droit de représentation, le droit de reproduction « par disques phonographiques », et ne devaient donc aucune redevance sur les exemplaires ainsi vendus. Et qu'en serait-il des concerts radiophoniques ou du « cinématographe parlant », se demandait Gaston Lagarde dans sa note (Civ., 10 novembre 1930 S. 1931 I 169). On sait que, depuis la loi du 11 mars 1957, passée à ce propos dans les articles L. 122-7 alinéa 4 et L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, la cession est limitée aux modes prévus au contrat.

Aussi, la vidéocassette ayant été inventée par la société Sony au Japon en 1969, la Première chambre civile rejette-t-elle, le 19 novembre 2002 (P 00-20 943) le pourvoi contre un arrêt ayant décidé que la cession, en 1962 « à titre exclusif et définitif de la totalité de ce qu'il est d'usage dans la profession de dénommer »droits d'auteur cinématographiques« , y compris radio et télévision qui sont ou pourront être les vôtres », consentie à propos d'un film, « n'avait pas porté sur des droits *vidéographiques* qui, relevant d'un mode futur d'exploitation et d'une technique encore inconnue, n'avaient pu être envisagée par les parties ».

Pour demain, s'annoncent ces saisines qui conduiront notamment la Cour de cassation à se demander si ce que réalise le technicien se contentant de manipuler son logiciel spécialisé appelle les qualifications *d'œuvre* et *d'auteur*, ou – sauf texte nouveau résolvant la question – à s'interroger sur le sort de l'internaute qui télécharge son ordinateur à partir d'une source illicite et invoque la copie privée, avant d'ouvrir ses fichiers à un nombre indéterminé de personnes.

En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de cassation rendue pendant les deux ou trois années écoulées, les nouvelles techniques de diffusion du son ou de l'image l'ont amenée à se prononcer sur des qualifications à propos d'œuvres multimédia (I), des droits d'exploitation (II) et des modes de transmission (III).

I – LA QUALIFICATION D'ŒUVRES AUDIOVISUELLES ET L'EXCLUSION D'ŒUVRES MULTIMÉDIA

La difficulté de la qualification du multimédia tient sans doute à la diversité de ce que l'on regroupe sous le vocable. On s'accorde néanmoins à dire qu'il combine au moins deux des éléments suivants : textes, images fixes, séquences animées d'images, sons. Mais il faut préciser que l'informatique ouvre à l'utilisateur la possibilité de déterminer ou modifier l'ordre des séquences, et de bénéficier ainsi d'une véritable interactivité. C'est à ce stade que s'est posée la question de savoir si des CD Roms, ou des jeux vidéo, étaient ou non des œuvres *audiovisuelles* au sens de l'article L. 112.2-6° du Code de la propriété intellectuelle. La voie négative s'est trouvée retenue, sans qu'il soit permis d'affirmer que la notion d'œuvre audiovisuelle exclurait systématiquement tout le multimédia : l'avenir sera peut-être fait du choix entre l'éventuel dépeçage jurisprudentiel et l'avènement d'un régime légal spécifique.

Pour des CD Roms de vulgarisation artistique (1re Civ., 28 janvier 2003, Bull. nº 29 ; Com. com. élec. avril 2003 p. 17 obs. Ch. Caron ; Prop. intellect. avril 2003 159, obs. Sirinelli), l'exclusion de la qualification d'œuvre audiovisuelle s'est fondée sur « l'absence de défilement linéaire des séquences, l'intervention toujours possible de l'utilisateur pour en modifier l'ordre, et la succession non de séquences animées d'images mais de séquences fixes pouvant contenir des images animées ». La conséquence pratique de la qualification adoptée par les juges du fond et prudemment admise par la Cour de cassation a consisté dans la licéité d'une rémunération forfaitaire et non proportionnelle (a. L. 132-5 et L. 132-6 in fine du CPI).

En ce qui concerne les jeux video, l'exclusion de la qualification d'œuvre audiovisuelle a été déduite de l'originalité des logiciels, dont « les spécifications externes, l'expression télévisuelle et l'enchaînement des fonctionnalités témoignaient d'un effort créatif portant l'empreinte de la personnalité de leurs auteurs » (1re Civ., 27 avril 2004, Bull nº 117 ; Com. com. élec. août 2003 p. 23 nº 84). Dès lors, était justifié le rattachement de la sous-location des jeux au droit d'exploitation, à peine de contrefaçon. Ce rôle de la « composante logicielle » avait déjà suscité une décision semblable de la Chambre criminelle (Crim. 21 juin 2000 PV 99-85 154 Com. com. élec. septembre 2001 p. 17 nº 85). Mais c'est déjà aborder la substance des droits d'exploitation.

II – LA QUALIFICATION DES DROITS D'EXPLOITATION ET LA PRÉCISION DE LEURS CONTENUS

La période étudiée conduit à attirer l'attention sur des innovations qui, tout aussi pratiques et ludiques que les précédentes, nous offrent, l'une, un affinement interne au droit de reproduction, l'autre, une illustration inédite des virtualités du droit de représentation.

Le procédé du karaoké, par lequel la musique d'une chanson est diffusée tandis que défilent sur un écran ses paroles que l'assistance reprend en chœur, repose-t-il sur leur reproduction *graphique* ? ou *mécanique* ? L'autorisation de l'éditeur, requise par la première qualification, est rendue inutile par la seconde, au titre d'une gestion collective par la Société pour l'adminis-

tration du droit de reproduction mécanique. Le débat opposait deux chambres de la cour d'appel de Paris par des considérations d'égale valeur quant à la technique utilisée. Reproduction mécanique, puisque les paroles n'apparaissent que par le recours à un appareil de lecture dans lequel a été inséré le vidéogramme ou le DVD qui les contient ? Ou reproduction graphique, dès lors que l'on aboutit à leur fixation matérielle par un procédé permettant de les communiquer au public de manière indirecte ? La Cour de cassation, tenue de trancher en raison de sa mission de déterminer une analyse uniforme, a fait prévaloir la seconde qualification, sans doute la plus conforme à la lettre de l'article L. 122-3 CPI (1re Civ., 13 novembre 2003, Bull. nº 230 ; JCP 2004. II. 10000 note Caron). Cette indifférence au support et au mode de transmission utilisée, « droit commun de la reproduction », peut être rapprochée de la définition de l'écrit donnée un peu auparavant dans la loi du 13 mars 1980, actuel article 1316 du Code civil.

Souple, ouverte et intelligente législation que celle de 1957 qui, si elle définit, l'on vient de le rappeler, la *reproduction* en renvoyant à *tous procédés* qui permettent de communiquer l'œuvre au public de façon indirecte, aborde la *représentation* (L. 122-2 CPI) comme sa communication par un *procédé quelconque*. Cette formule a facilité l'abord d'une autre interrogation encore : y a-t-il acte de représentation d'œuvres audiovisuelles à installer des antennes de réception collectives sur le territoire d'une copropriété d'immeubles bâtis ?

Dans deux arrêts rendus le 1er mars 2005 (Bull. nº 105 et 106 ; Com. com élec. mai 2005, commentaire 80 obs. Ch. Caron ; Prop. intellec. avril 2005 160 obs. A. Lucas), la Première chambre civile approuve des arrêts ayant répondu affirmativement : c'est bien le syndicat des copropriétaires qui, ayant doté l'ensemble et du réseau câblé interne et des antennes disposées sur les toits, a permis la réception des diverses chaînes françaises ou étrangères diffusant de nombreuses œuvres protégées inscrites aux répertoires des sociétés de gestion des droits des auteurs. Les demandes de ces dernières étaient donc fondées dès lors que, contrairement au cas de l'antenne individuelle, la communication litigieuse touchait en l'espèce un véritable « public », constitué d'autant de foyers qu'en comporte l'immeuble concerné, très au-delà donc du « cercle de famille » de l'article L. 122-5 1° La solution donnée par la Cour de cassation s'inscrit dans le sillage de celle par laquelle il avait été jugé que la retransmission de programmes de télévision par un hôtelier à ses clients constitue la représentation télévisuelle d'œuvres protégées (1re Civ., 6 avril 1994, Bull. nº 144).

III – ÉVOLUTION DES MODES DE TRANSMISSION ET PERMANENCE DES QUALIFICATIONS

L'internet et la câblo-diffusion par satellite – qui techniquement n'ont rien à voir – ont suscité deux décisions évocatrices de l'attention avec laquelle la Cour de cassation surveille les adaptations des textes aux temps modernes, dès lors que ceux-là ne s'en trouvent pas dénaturés.

Le réseau internet constitue un moyen de communication audiovisuelle au sens de l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Crim., 10 mai 2005, Bull. nº 144). Il en résulte en l'espèce que la responsabilité pénale du propriétaire d'un site et

de l'auteur d'injures est valablement engagée dans les conditions de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. Il en irait autrement, par application de la même analyse, si le délai d'exercice de l'action publique se trouvait prescrit (Crim., 6 mai 2003, Bull. nº 94).

La câblo-distribution satellitaire de phonogrammes du commerce, même différée, peut constituer une radiodiffusion au sens de l'article L. 214-1 2° du Code de la propriété intellectuelle. La question étant relativement complexe, tant sur le fait que sur le droit, il nous faut partir des bases de celui-ci, savoir la loi du 3 juillet 1985.

Ce texte, qui a inséré dans le Code de la propriété littéraire et artistique les actuels articles L. 213-1 et L. 214-4, repose sur un principe (la nécessité du double consentement du producteur et des artistes interprètes pour reproduire des phonogrammes ou les mettre à la disposition du public, c'est le régime dit « du droit exclusif » de l'a. L. 213-1) et des exceptions (en l'espèce, la liberté de divers émetteurs – radios, discothèques, restaurants – de radiodiffuser des phonogrammes déjà dans le commerce, sous réserve d'un partage ultérieur de rémunérations, à partir d'un pourcentage des recettes d'exploitation des émetteurs les ayant diffusés : c'est « la licence légale » de l'article L. 214-1 2e C.P.I.). Mais c'est en contemplation de la radiodiffusion, seule existante en 1985, qu'a été rédigé l'a. L. 214-1 2°. Aussi, s'est posée la question de savoir de quel régime, celui du droit exclusif partagé ou celui de la licence légale, devait relever l'émission de programmes musicaux composés de phonogrammes et diffusés par satellite, dès lors que le procédé implique un précodage numérique et un décryptage ultérieur, donc une reproduction préalable, avec, du moins lors des premières réalisations techniques, un décalage de quelques minutes entre la diffusion et la réception finale.

Seule considérée, la lettre, en voie d'obsolescence, de l'article L. 214-1 2° in fine conduisait à écarter la licence légale (distribution par câble *simultanée*) ; mais il n'y a pas d'abrogation des textes par le seul dépassement matériel de leur présupposé. Donc, là encore, les raisons de décider étaient contradictoires, et la Cour de cassation, qui a fait prévaloir la licence légale, a cherché cette solution dans l'esprit des textes (1re Civ., 14 juin 2005, deux arrêts, Bull. nº 263 et 264, Prop. intell. octobre 2005 438, obs. A. Lucas ; Com. com. elec, septembre 2005, obs Ch. Caron). Les distorsions relevées dans les faits par rapport à la description légale étaient inhérentes à des exigences techniques imprévisibles en 1985 et consubstantielles à l'innovation, tandis que demeuraient présents les pivots intellectuels de la loi : *présence* d'un *diffuseur* de *phonogrammes au public*, et *absence* d'*interactivité*, négatrice, elle, de la passivité inhérente à la notion de radiodiffusion. La jurisprudence a adapté celle-ci aux contraintes de la câblo-distribution, comme, jadis ou naguère, elle avait appliqué, non sans subir des protestations théoriciennes parfaitement compréhensibles, le vol du Code pénal de 1810 à la captation du courant électrique ou de gaz, ou les servitudes de passage « à pied, à cheval ou en charrette attachée » au passage « par automobile à moteur ». Nous ne saurions en terminer avec notre sujet sans citer un arrêt rendu par la Première chambre civile le 28 février 2006 (PV 05-15 824 et 05-16 002) ; il censure une cour d'appel ayant nié que les producteur et éditeur d'un DVD pussent en rendre la copie privée (L. 122-5 2° CPI) matériellement impossible, dès lors que les juges n'avaient pas statué « au regard des risques inhérents au *nouvel environnement numérique* quant à la sauvegarde des droits d'auteur et de l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre sous cette forme représente pour l'amortissement des coûts de production cinématographique ». Cette décision témoigne elle aussi de la constance objective de l'actuelle approche de la Cour de cassation lorsque sont en jeu de nouvelles techniques d'appréhension du son et de l'image.

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET DROIT DES MARQUES

L'exemple de l'Internet

Le droit de la propriété industrielle est, par son objet même, accoutumé à prendre en compte l'innovation technologique, ce qui n'empêche d'ailleurs pas qu'il puisse connaître des bonheurs divers, au point de paraître parfois s'essouffler à suivre ce véloce objet pour tenter d'en encadrer les débordements (bioéthique), ou de sembler tenté de l'ignorer (brevetabilité des logiciels).

L'année 2005 a essentiellement confronté la Chambre commerciale de la Cour de cassation aux questions posées par le développement du commerce sur Internet au regard du droit des marques.

La matière est le siège d'une évidente tension entre le principe de territorialité du droit de marque et le caractère transfrontalier de l'Internet.

D'un côté, en effet, et quelles que soient les controverses sur la signification même du principe territorial en matière de marque, il ne semble pas envisageable de conférer à un titre obtenu par simple enregistrement auprès d'un organisme administratif national la faculté de créer quelque obligation hors de la sphère de compétence de cet organisme.

D'un autre côté, il ne sert à rien d'investir dans une marque si tout intervenant peut profiter d'une absence de dépôt dans son pays pour parasiter cette marque en adressant des messages, dans le monde entier, à la clientèle visée.

Transposée au plan de l'intervention juridictionnelle, cette situation posait une première question, concernant l'identification du juge compétent pour connaître de l'action en contrefaçon, à tout le moins l'un de ces juges.

Sur ce premier aspect, un arrêt rendu par la Première Chambre civile le 9 décembre 2003 (01-03 225), après avoir rappelé, dans le sillage de la décision Fiona Shevill (CJCE, 7 mars 1995, C-68/93), « qu'en matière de contrefaçon, la victime peut exercer son action, soit devant la juridiction de l'Etat du lieu d'établissement de l'auteur de la contrefaçon, compétente pour réparer l'intégralité du préjudice qui en résulte, soit devant la juridiction de l'Etat contractant dans lequel l'objet de la contrefaçon se trouve diffusé, apte à connaître seulement des dommages subis dans cet Etat », a approuvé une cour d'appel d'avoir retenu la compétence du juge français pour connaître de la prévention et de la réparation de dommages subis en France du fait de l'exploitation d'un site internet en Espagne, dès lors qu'elle constatait que « ce site, fût-il passif, était accessible sur le territoire français, de sorte que le préjudice allégué du seul fait de cette diffusion n'était ni virtuel, ni éventuel ».

Il résulte de cette solution que le juge français est compétent quels que soient la situation et le contenu d'un site.

En décider autrement aurait favorisé l'émetteur, en accumulant les obstacles concrets à l'action tendant à la réparation de dommages causés par son comportement, alors même que le plaignant ne les aurait subis qu'en France, de sorte qu'il convenait d'éviter en pareil cas un épuisant débat de compétence, qui n'aurait paradoxalement pu se résoudre qu'à l'issue d'un jugement au fond, qui, examinant la réalité de l'atteinte, en déduirait, enfin, que c'était bien en France, ou non, que l'action devait être formée.

Mais on objecte immédiatement que la compétence du juge français ne se mesure qu'à l'aune de l'intérêt qu'il a charge de protéger, en l'occurrence celui qui s'attache à l'enregistrement d'une marque en France, de sorte qu'on ne saisit pas immédiatement comment, sous couvert de cette protection, ce juge pourrait prendre des mesures dont l'effet excéderait ses frontières, en ordonnant, par exemple, la fermeture du site incriminé.

Par ailleurs, cette jurisprudence pouvait laisser craindre que toute atteinte à un droit par la voie d'internet autorisant à agir devant une juridiction française pour obtenir protection, il devenait bien difficile par la suite à la partie adverse d'échapper au reproche de fond puisque le tribunal avait d'ores et déjà, plus ou moins implicitement, accueilli l'idée de contrefaçon.

La situation soumise à la Chambre commerciale dans l'affaire nº 02-18 381 (société Hugo Boss contre société Reemtsma Cigarettenfabrik) reflétait le type de difficultés pouvant se faire jour.

En cette espèce, les deux parties étaient titulaires de marques très ressemblantes, qu'elles exploitaient dans différents pays, mais il était jugé qu'en France, la marque « Boss » de la société Reemtsma contrefaisait celle de la société Hugo Boss, du moins pour certains produits et services, de sorte qu'il lui avait été interdit en justice d'en faire « tout usage ».

Or, le site de cette société, accessible depuis la France, contenait la reproduction de cette marque contrefaisante : cette situation constituait-elle une infraction au jugement de contrefaçon ?

S'inspirant notamment des travaux de l'Organisation mondiale de la propriété industrielle, recommandant de ne prendre en compte en pareil cas que les seules utilisations ayant une incidence commerciale dans le pays considéré, du texte de la directive CE 89/104 se référant à l'usage du signe « dans la vie des affaires », de plusieurs décisions rendues par les juges du fond, notamment par les tribunaux de grande instance de Paris, Nanterre et Créteil, et, *mutatis mutandis*, des lignes directrices de la Commission européenne en matière de distribution sélective, quant aux exemptions par catégorie au regard de l'article 81 §1 du Traité, la Chambre commerciale a décidé, par arrêt du 11 janvier 2005, que les critères d'examen devaient être recherchés dans le contenu du site.

Elle énonce en effet « qu'ayant constaté qu'il se déduit des précisions apportées sur un site internet que les produits en cause ne sont pas disponibles en France, une cour d'appel en conclut exactement que ce site ne saurait être considéré comme visant le public de France, et que l'usage d'une marque dans ces conditions ne constitue pas une infraction à l'interdiction, prononcée par une juridiction française, de faire tout usage de cette marque ».

La Cour de cassation enchaîne ainsi deux approches complémentaires répondant à deux impératifs spécifiques à la matière :

– il s'agit d'abord de trouver rapidement un juge compétent, ce pourra être un juge français, si le site incriminé est accessible dans notre pays, peu important, à ce stade, le contenu de ce site, et même le fait qu'il puisse être passif, du moment que le dommage se rattache au territoire national ;
– il s'agit ensuite, au fond cette fois, d'examiner concrètement ce que dit ce site, afin d'apprécier s'il permet au consommateur français l'accès au produit dont la diffusion est interdite en France sous la marque considérée.

La solution générale se veut donc pragmatique, en évitant, tout à la fois, que les procès s'enlisent dans des disputes de compétence réclamant la prise en compte de considérations qui ne relèvent en réalité que d'un débat au fond, puis que ce débat se résume à un examen superficiel dont risquerait souvent de résulter l'interdiction de faire paisiblement commerce sur tout endroit de la planète où le signe n'est pas protégé.

Les juges du fond auront en ce domaine une tâche délicate, car, en excluant la contrefaçon lorsque « les produits en cause ne sont pas disponibles en France », cet arrêt interdit de se contenter de tel ou tel élément du site incriminé, pour exiger la prise en compte de l'ensemble de son contenu, en croisant au besoin ces éléments en leur fond et en leur forme.

Du moins lorsque les parties les invitent à cette recherche, car, à défaut, le moyen de cassation pris de sa nécessité ne serait pas fondé (Com., 22 février 2005, pourvoi nº 03-14 668).

Cette solution a été prolongée par arrêt du 13 décembre 2005 (pourvoi nº 04-10 413).

Dans la classification administrative des produits et services en matière de marque, existe une classe 38 couvrant notamment les produits et services de télécommunications, informations en matière de télécommunications, communications par terminaux d'ordinateurs ou par réseaux optiques, fournitures d'accès à un réseau informatique mondial, raccordements par télécommunications à un réseau informatique mondial, etc...

On se demandait donc si un titulaire de marque pouvait s'opposer au choix d'un nom de domaine reproduisant ou imitant le signe protégé s'il n'avait pris le soin de déposer sa marque en cette classe.

Dans un premier temps, les juges du fond s'étaient orientés en ce sens, dans la mesure où, combinant le principe de spécialité de la marque et celui de contrefaçon par reproduction, il avait pu être décidé que, déposée en cette classe 38, la marque antérieure était contrefaite par la seule attribution d'un nom de domaine homonyme, voire tout proche.

Ce dont il résultait, d'une part, que le contenu du site était indifférent, et, d'autre part, qu'à défaut d'un dépôt en cette classe, la position du titulaire de marque était moins bonne, puisqu'il fallait bien alors examiner le contenu du site afin de dire, conformément aux principes habituels, si le signe avait été reproduit pour des produits ou services identiques, ou, le plus souvent, s'il existait un risque de confusion dans les termes de l'article L. 711-3 du Code de la propriété intellectuelle.

On aboutissait ainsi à une curieuse situation, obligeant à un dépôt inutile, en tout cas formel, dans le seul but d'éviter des difficultés sur internet.

La Chambre commerciale a clairement approuvé ceux des juges du fond qui avaient déjà rompu avec cette solution, en cassant un arrêt contraire, pour énoncer « qu'un nom de domaine ne peut contrefaire par reproduction ou par imitation une marque antérieure, peu important que celle-ci soit déposée en classe 38 pour désigner des services de communication télématique, que si les produits et services offerts sur ce site sont, soit identiques, soit similaires à ceux visés dans l'enregistrement de la marque et de nature à entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public ».

On retrouve ainsi le même souci que celui inspirant l'arrêt Hugo Boss – Reemtsma : éviter de donner une solution formelle à des litiges commerciaux qui n'ont rien de formels, et ne se règlent qu'à l'examen de la réalité de l'activité économique.

La Cour de cassation invite donc les juges du fond à ne pas s'attacher au canal choisi pour la communication commerciale – fût-il innovant – au point d'en venir à juger ce support aux lieu et place de l'activité concrète dont il n'est que le vecteur.

Cette décision adresse en outre divers avertissements aux intervenants économiques en soulignant que seule la réalité de l'usage d'une marque à titre de marque pour l'ensemble des produits ou services désignés est de nature à les protéger contre une déchéance partielle, pour inexploitation (v. p. ex. Com. 21 décembre 2004, pourvoi n° 02-12 197), qu'un dépôt en classe 38 est donc sans incidence sur cette situation, et que la protection de la marque, qui est spéciale, ne les protège pas contre la coexistence sur l'internet avec d'autres intervenants, du moment qu'il n'existe pas de confusion, sauf si le signe est assez notoire pour bénéficier d'une protection élargie (Com., 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-17 640).

Les principes généraux du droit de la propriété industrielle, tels, en matière de marque, les règles de territorialité et de spécialité, sont fermement maintenus par la jurisprudence récente de la Cour de cassation, en les combinant au souci, également fondamental, d'éviter que le développement de l'internet n'en vienne, paradoxalement, à créer des entraves indue à l'activité commerciale, et en préconisant en conséquence un examen spécifique des faits : l'objet du débat de contrefaçon ne doit pas être le réseau, virtuel, mais la réalité que l'on y aperçoit par transparence.

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET CONCURRENCE

Une approche économique de l'interaction entre droit communautaire de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle

L'innovation est une source de progrès technique et économique. Aussi n'est-il guère surprenant que les économistes se soient depuis fort longtemps intéressés à la question de savoir quels étaient les déterminants de l'innovation.

Les économistes se sont, en particulier, penchés sur deux aspects de la question : les conditions des marchés de biens et services qui inciteront les entreprises à la recherche et au développement et le régime de la propriété intellectuelle qui assure la rémunération la plus appropriée à l'innovation.

A ces deux axes de réflexion économique correspondent deux cadres juridiques. Les conditions de fonctionnement des marchés de biens et services résultent de la mise en œuvre du droit de la concurrence, entendu dans le sens du droit des pratiques anticoncurrentielles et du droit de la concentration, cependant que les conditions de rémunération de l'innovation dépendent au premier chef du droit de la propriété intellectuelle.

Mais si, à propos du développement de l'innovation, ces deux droits ont des ambitions voisines, ils utilisent des approches qui peuvent, au premier abord, paraître contradictoires. Le droit de la propriété intellectuelle confère à l'innovateur une certaine protection contre la concurrence. Le droit de la concurrence vise à l'inverse à maintenir la pression de la concurrence pour favoriser l'innovation.

Cette différence d'approche peut être source d'interrogations sur la possibilité de conflits, d'interférences de ces deux droits. Le droit de la propriété intellectuelle contribue à définir ou à restreindre les possibilités de la concurrence sur les marchés ; le droit des pratiques anticoncurrentielles est de nature à restreindre les conditions d'exercice des droits de propriété intellectuelles.

Les développements qui suivent présenteront le regard d'un économiste sur les relations complexes entre innovation et concurrence. Dans une première partie, on se penchera sur les rapports entre concurrence et innovation du point de vue de l'analyse économique. Dans une deuxième partie, on évoquera les rapports entre protection de l'innovateur et innovation. Dans une troisième partie, on posera la question de l'interaction entre droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence pour, dans une dernière partie, examiner la jurisprudence européenne récente en matière de droit de la concurrence dans des affaires concernant la mise en œuvre de droits de propriété intellectuelle.

I – CONCURRENCE SUR LES MARCHÉS ET INNOVATION

La théorie économique suggère que la concurrence est, sauf exception, la meilleure façon de combiner la liberté des agents économiques et la recherche de l'efficience économique.

Encore faut-il faire une distinction entre deux types d'efficiences, l'efficience statique et l'efficience dynamique, qui, du point de vue collectif, sont également désirables mais qui ne sont pas nécessairement obtenues sous les mêmes conditions.

La théorie économique permet d'établir clairement un lien entre intensité de la concurrence et efficience statique.

En substance, la théorie économique suggère que le mécanisme de la concurrence forcera les entreprises à pratiquer des prix qui ne seront pas plus élevés que le coût marginal d'« opportunité » du bien ou du service produit, c'est-à-dire la valeur de ce que les facteurs nécessaires pour produire la dernière unité auraient pu produire s'ils avaient été utilisés dans la meilleure alternative possible. A l'inverse, sans ce mécanisme, le pouvoir de marché permettra au fournisseur de limiter l'offre, par rapport à celle qui serait observée en cas de concurrence, de façon à faire monter le prix au dessus du coût marginal d'opportunité du bien ou du service produit.

La restriction de l'offre par le monopole a un coût pour la collectivité. En effet, elle prive ceux des consommateurs qui auraient été prêts à payer plus que le coût marginal de production, mais moins que le prix élevé pratiqué par le monopole, de la possibilité de consommer le bien, alors qu'en situation de concurrence, ils auraient eu cette possibilité et auraient choisi de l'exercer, puisque les unités auraient été vendues à un prix inférieur au prix qu'ils auraient été prêts à payer. En outre, le monopole faisant payer les unités qu'il vend à un prix plus élevé que celui qu'il aurait pratiqué en situation de concurrence, les consommateurs qui continuent d'acheter le bien ou le service monopolisés souffrent également d'une perte dont la valeur est égale au sur-prix qu'ils payent.

La perte d'efficience statique associée à l'exercice du pouvoir de marché a donc deux composantes : l'« exclusion » de certains consommateurs, et l'« exploitation » des autres.

Le lien entre concurrence sur le marché des biens et services et efficience dynamique (c'est-à-dire investissement et progrès économique, notamment grâce à la recherche et au développement) est complexe et a donné lieu à une littérature économique aussi abondante que contradictoire.

L'une des thèses les plus connues de la littérature économique concernant la relation entre le pouvoir de marché, la taille des entreprises et le progrès technique, est celle qui fut présentée par J. Schumpeter dans « Capitalisme, Socialisme et Démocratie ». Schumpeter soutenait que les grandes entreprises et souvent les monopoles étaient « le moteur principal du progrès technique ». En réalité, J. Schumpeter faisait deux hypothèses : les entreprises sont d'autant plus innovantes qu'elles sont grandes, d'une part, et les entreprises sont d'autant plus innovantes qu'elles ont un fort pouvoir de marché, d'autre part.

Pour les partisans de Schumpeter, les hypothèses de relations positives entre taille de l'entreprise, pouvoir de marché et progrès économique, seraient justifiées par le fait que les entreprises plus importantes et plus puissantes bénéficient de conditions de financement de leurs recherches plus favorables que leurs petits concurrents, peuvent amortir le coût de leurs recherches plus facilement sur une large gamme de produits, peuvent simultanément attaquer le même problème de recherche sous différents angles, etc. Ainsi, les entreprises puissantes bénéficieraient d'avantages de financement, d'économies d'échelles et d'effets de gamme dans le processus d'innovation.

La double hypothèse de Schumpeter a connu et connaît toujours un certain succès auprès des responsables de la politique industrielle. Ainsi, dans les années soixante, Jean-Jacques Servan-Shreiber, dans son ouvrage « Le Défi Américain », fut à l'origine d'une reformulation de la politique industrielle, mettant l'accent sur la nécessité pour nos entreprises d'atteindre une plus grande taille. Dans les années récentes, certains critiques de la politique de concurrence européenne ont prôné, pour des raisons proches de celles qui avaient été avancées par Schumpeter, un retour à une politique de concentration sur les marchés et de promotion de champions nationaux.

Les critiques de l'hypothèse schumpetérienne, pour leur part, font valoir trois arguments.

Tout d'abord, si l'on peut admettre que le détenteur d'un monopole a un intérêt à toute innovation qui lui permettra d'accroître la taille de son marché en rendant les produits ou les services qu'il commercialise plus désirables pour les consommateurs, il est également vraisemblable qu'une entreprise disposant d'un fort pouvoir de marché a, toutes choses égales par ailleurs, une moindre incitation à innover que si elle était aiguillonnée par la concurrence, ne serait-ce que parce qu'elle n'a pas intérêt à mettre sur le marché de nouveaux produits qui risquent de « cannibaliser » les ventes de ses anciens produits. En outre, si certaines études empiriques suggèrent que les dépenses de recherche et développement ont tendance à augmenter avec la taille des entreprises dans de nombreux secteurs, d'autres montrent que la productivité de la recherche dans les grandes entreprises a tendance à diminuer avec la taille. Enfin, le développement des marchés de capitaux rendrait tout à fait anachronique l'idée selon laquelle il y aurait une relation directe entre la capacité d'une entreprise à dégager des excédents financiers grâce à sa taille ou à son pouvoir de marché et sa capacité de financer des efforts de recherche-développement.

L'hypothèse schumpetérienne a cependant été quelque peu affinée au cours du temps et certains économistes en présentent désormais une version moderne qui apparaît plus subtile que celle qui avait été originellement présentée. Cette version moderne repose sur une distinction entre le cas des entreprises dont le pouvoir de marché est durable, car l'accès à leur marché est protégé par de solides barrières à l'entrée, et le cas des entreprises qui bénéficient d'un pouvoir de marché mais dont ce pouvoir est plus fragile car les barrières à l'entrée sur leur marché sont plus fragiles.

Lorsque le pouvoir de monopole est fragile parce qu'il n'est pas durablement protégé par des barrières à l'entrée, il se peut que l'entreprise soit plus incitée à innover que si elle était en situation de concurrence. Dans un tel cas, en effet, compte tenu des importants profits réalisés grâce à sa situation monopolistique de court terme, l'entreprise aura plus à perdre en cas

d'arrivée d'un nouvel entrant sur le marché que si elle était dans une situation de concurrence. Elle aura donc plus d'intérêt à se protéger par l'innovation.

Les études empiriques sur la relation entre innovation et concurrence sur les marchés de biens et services sont complexes et leurs résultats fragiles pour au moins deux raisons ; comme nous venons de le voir, tout d'abord, on peut faire de très nombreuses hypothèses sur le sens de la relation entre pouvoir de marché et innovation de telle sorte que pour trancher entre ces différentes hypothèses, il faudrait tester des modèles extrêmement complexes, nécessitant des recueils de données qui sont souvent pratiquement impossibles à réaliser.

Par ailleurs, la mesure de l'intensité de l'innovation est elle-même fort complexe. Doit-on mesurer l'intensité de l'innovation par la valeur des budgets de recherche et de développement, par le nombre de brevets déposés, par le nombre de brevets exploités, ou encore par le nombre de brevets exploités pondérés par la valeur commerciale de chacun ? Dans ce dernier cas, doit-on apprécier la valeur commerciale de l'innovation sur les premières années de sa mise en œuvre, la totalité de la durée de vie du brevet ou encore la totalité de la vie commerciale du procédé ou du bien résultant de l'innovation ?

Pour autant que l'on puisse s'y référer, les études empiriques que l'on synthétisera ici de façon certes trop rapide, suggèrent les enseignements suivants : le pouvoir de monopole absolu, comme la concurrence vive, semblent être des facteurs qui réduisent l'incitation à l'innovation (ou la productivité de la recherche). En revanche, les industries oligopolistiques, où les entreprises ont un certain pouvoir de marché, mais où ce pouvoir de marché n'est pas exclusif d'une certaine rivalité entre elles, semblent contribuer à l'innovation proportionnellement plus que les industries purement compétitives ou purement monopolisées.

Certains auteurs estiment cependant que la foi que l'on peut attribuer aux observations statistiques est limitée et qu'il est possible que le résultat obtenu soit dû au fait que la relation entre concurrence et contribution au progrès économique n'est pas la même dans toutes les industries (rendant illusoire le projet de trouver une loi de variation entre pouvoir de monopole et contribution au progrès économique qui soit applicable à tous les secteurs de l'économie).

Aussi, du point de vue de l'analyse économique, la relation entre innovation et concurrence sur les marchés de biens et services est loin d'être simple.

II – INNOVATION ET PROTECTION DE L'INNOVATEUR

Que la concurrence sur le marché de biens ou services soit un facteur propice ou non à l'innovation, celle-ci n'interviendra que si les innovateurs sont protégés d'une certaine forme de concurrence.

Pour comprendre la nécessité de cette protection, il est utile de souligner trois éléments économiques qui caractérisent l'innovation.

En premier lieu, la mise sur le marché d'un produit ou d'un service comportant une innovation ou l'adoption d'un processus innovant permet dans certains cas aux tiers de les copier et de disposer de l'innovation, sans avoir à supporter les frais de recherche et développement payés par l'innovateur. La copie ou l'imitation peuvent fréquemment être faites à des coûts très faibles, comme le montre la controverse actuelle sur le téléchargement des œuvres musicales ou audiovisuelles ou les discussions qui ont lieu au plan international sur la question de la mise sur le marché de médicaments génériques pour le traitement du sida.

En deuxième lieu, l'innovation a généralement un coût fixe important pour l'innovateur (les coûts de recherche et de développement ayant permis l'innovation), cependant que le produit ou le service qui contient l'innovation a fréquemment un coût marginal de production extrêmement faible. Tel est le cas, par exemple, dans le secteur pharmaceutique, où le coût de recherche et développement pour la découverte d'une nouvelle molécule est de l'ordre de cinq milliards d'euros, mais où le coût de fabrication d'un médicament incorporant une telle molécule est de quelques centimes d'euros par dose unitaire. Tel est également le cas dans le domaine de la musique et des films ou dans celui des composants électroniques.

Dans ces conditions, si le produit issu de l'innovation est soumis à une concurrence sur le marché, son prix de vente s'alignera sur le coût marginal d'« opportunité » (qui représente des coûts variables) et l'innovateur n'aura aucune chance de récupérer les coûts fixes investis dans la recherche et le développement.

En troisième lieu, cependant, le progrès de la collectivité suppose que les innovations donnent lieu à un processus de diffusion qui permette à tous d'en profiter. C'est ainsi que le stock de connaissances collectives peut s'accroître.

Il résulte des deux premières caractéristiques qu'une certaine protection contre la concurrence est nécessaire pour permettre d'espérer la rentabilisation des efforts de recherche et de développement. Il résulte de la troisième caractéristique que la protection de l'innovation ne saurait être définitive.

Mais il convient de souligner que le droit de propriété intellectuelle n'est pas la seule source de protection contre la concurrence permettant à l'innovateur de rentabiliser son investissement en recherche et développement.

Ainsi, par exemple, les entreprises peuvent s'engager dans la recherche et le développement non pas tant parce qu'elles veulent être les premières à déposer un brevet dans un domaine particulier, mais afin de bénéficier d'un avantage commercial au moins temporaire en mettant un produit nouveau sur le marché avant les autres, ou en utilisant un nouveau processus de production plus efficace que celui de leurs concurrents.

Plusieurs études économiques établissent que, dans le secteur des semi-conducteurs, l'avantage commercial, associé au fait d'être le premier à proposer un produit innovant, est un déterminant plus important de l'effort de recherche que la perspective de bénéfices associés au dépôt d'un brevet.

Selon une étude de Edwin Mansfield, confirmée par plusieurs autres études, il semble que le souci de protéger l'innovation par l'obtention d'un droit de propriété intellectuelle ne soit un

déterminant important de la recherche et du développement que dans l'industrie pharmaceutique et dans l'industrie chimique. Au contraire, selon l'étude de Mansfield, les entreprises de secteurs comme l'automobile, l'équipement de bureau, le textile et le caoutchouc affirment unanimement que la possibilité d'obtenir un droit de propriété intellectuelle n'est pas essentielle pour leurs décisions de recherche ou pour l'introduction de produits nouveaux.

Pour atteindre leur objectif économique, là où ils constituent un déterminant important de la recherche et du développement, c'est-à-dire en particulier pour les innovations qui peuvent être imitées rapidement et à faible coût, les droits de propriété intellectuelle ont donc un triple objectif.

D'abord, une exclusivité de réalisation, d'utilisation et de cession d'une invention, limitée dans le temps, dans l'espace et dans son champ, va être offerte à l'inventeur. La protection contre la concurrence sera garantie par la possibilité pour l'innovateur de poursuivre pour contrefaçon tout tiers soupçonné de recourir au procédé breveté ou de copier l'objet considéré. La possibilité d'obtenir une telle exclusivité va intensifier la concurrence ex-ante entre les innovateurs pour l'obtention de l'innovation.

Ensuite, une fois l'innovation réalisée, le fait même que le détenteur du droit dispose d'une exclusivité d'exploitation va empêcher les tiers de faire des imitations de cette innovation (qui n'aurait aucune valeur sociale) mais les inciter à chercher ailleurs, c'est-à-dire à produire de nouvelles innovations (qui accroissent le stock de connaissances). Le droit de propriété intellectuelle, qui va limiter la concurrence ex post, va également inciter les innovateurs à diversifier le champ de leurs recherches.

Enfin, la diffusion de l'innovation va permettre aux tiers de concurrencer librement l'innovateur, ou bien par la possibilité d'octroi d'une licence obligatoire à un tiers qui en ferait la demande pendant la durée de validité du droit de propriété intellectuelle, si l'inventeur n'a pas exploité son invention dans un certain délai, ou bien automatiquement, à l'issue de la période de validité du brevet. C'est pour faciliter cette diffusion à l'issue de la période d'exclusivité que la demande de brevet doit comprendre un mémoire descriptif de l'invention assorti d'instructions suffisantes pour permettre à une personne compétente de produire ou de mettre en œuvre l'invention. En d'autres termes, la spécification doit être « suffisante ». Le droit de propriété permet donc la diffusion de la connaissance.

Lorsque la possibilité d'acquérir la protection que confère un droit de propriété intellectuelle constitue l'un des déterminants de l'intensité de l'effort de recherche et développement, encore faut-il, du point de vue de l'analyse économique, que le régime de la propriété intellectuelle traduise un arbitrage judicieux entre efficience statique et efficience dynamique sur le marché des biens et services.

Plus la protection offerte par le droit de la propriété intellectuelle est forte, c'est-à-dire, notamment, plus la période d'exclusivité est longue et plus le champ de la protection est large, plus le pouvoir de marché conféré à l'innovateur pourra être important et plus l'exercice de ce pouvoir de marché risquera d'entraîner d'importantes pertes d'efficacité statique (sous forme, par exemple, de prix des produits ou services résultant de l'innovation supérieure à leurs coûts marginaux d'« opportunité »). A l'inverse, plus la période de diffusion des connaissances inter-

vient rapidement, moins les pertes d'efficacité statique seront importantes mais moins l'innovation sera rentable, décourageant ainsi les innovateurs d'investir dans la recherche et le développement et entraînant de ce fait des pertes d'efficience dynamique.

Mais les conditions de cet arbitrage ne sont pas les mêmes pour toutes les innovations ou tous les secteurs.

Comme nous l'avons déjà évoqué, du point de vue de la logique économique, une innovation coûteuse ou difficile à copier ne nécessite pas, pour être produite, une protection juridique de l'innovateur aussi importante qu'une innovation facilement imitable.

De même, il ne semble pas que l'innovation devrait être traitée de la même façon du point de vue du champ de la protection qui lui est accordée, selon que l'on est dans un secteur où le progrès technique se fait par des révolutions technologiques ou que l'on est dans un secteur où le progrès technique repose sur un processus d'amélioration continuelle par des innovations subséquentes (ou secondaires) d'innovations antérieures.

En effet, dans ce dernier cas, les innovations subséquentes augmentent la valeur de l'innovation originelle, au moins pour certains utilisateurs. Dès lors, le coût pour la collectivité de ralentir l'émergence de ces innovations secondaires (qui accroissent la valeur sociale de l'innovation d'origine) est important. En outre, l'innovateur primaire, étant celui sans lequel les innovations secondaires ne pourraient pas exister, doit légitimement, du point de vue économique, être considéré comme ayant contribué à l'intégralité de l'ensemble des innovations primaires et secondaires y afférentes.

La question qui se pose alors est de savoir comment « récompenser de manière adéquate » l'innovateur primaire dans un cas de ce type (ce qui est nécessaire non pas pour des raisons d'équité mais pour s'assurer que le flux des innovations primaires sera suffisamment important pour permettre un progrès optimal au niveau collectif).

Un droit de propriété intellectuelle très étendu augmente la probabilité que des rivaux du détenteur du droit soient reconnus coupables de contrefaçon et donne à ce dernier un plus grand pouvoir pour négocier une licence avec d'autres entreprises. Ces deux effets renchérissent le coût de la recherche pour les innovateurs secondaires. Par ailleurs, un droit de propriété intellectuelle large peut aussi, en conférant à l'innovateur primaire un pouvoir de marché important, diminuer sa propre incitation à poursuivre des recherches pour améliorer son innovation (encore que les études empiriques sur cette question ne soient pas totalement convaincantes).

Mais à l'inverse, le fait de conférer à l'innovateur une large protection peut lui permettre, dans certaines circonstances, d'organiser la recherche secondaire sur son innovation de façon efficace, en évitant des redondances. Cet avantage peut néanmoins avoir pour contrepartie un affaiblissement de la concurrence entre les équipes de recherches avec, dans certaines circonstances, le risque de diminuer la productivité de la recherche.

En outre, une définition large de la propriété intellectuelle peut également permettre d'éviter les coûts de transaction associés à la dispersion de la propriété intellectuelle. Ces coûts peuvent être particulièrement importants dans les secteurs comme l'informatique ou les

semi-conducteurs. Dans de tels secteurs, où les innovateurs secondaires potentiels ont besoin d'obtenir l'accès à des centaines voire des milliers de licences pour pouvoir entreprendre leur recherche, le coût de négociation auquel ils ont à faire face est souvent très élevé au regard de ce que seraient ces coûts de transaction si, en cas de définition large des droits de propriété intellectuelle, ils n'avaient qu'à négocier avec quelques dizaines de détenteurs de droits.

Enfin, lorsque les droits sont définis de façon étroite et que les innovateurs secondaires potentiels ont besoin, pour entreprendre leurs recherches, de négocier des accords de licence avec les détenteurs de droits de propriété intellectuelle concernant des innovations primaires complémentaires, chacun des détenteurs de droit primaire a intérêt à se comporter vis-à-vis d'eux comme un monopole. On sait, depuis les travaux d'A. Cournot, que l'acquisition des ressources sera, dans ce cas, beaucoup plus onéreuse pour l'utilisateur ou l'innovateur secondaire que s'il avait à traiter avec un seul détenteur de droit de propriété intellectuelle, détenant un monopole d'exploitation sur l'ensemble des innovations dont il cherche à obtenir l'accès et que cette situation sera sous-optimale pour la collectivité.

Indépendamment de la question de l'étendue de la protection conférée aux innovateurs dans les secteurs où le progrès technique se développe principalement par l'intermédiaire d'innovations secondaires, certaines clauses contractuelles, dans les accords de licence, autorisent l'innovateur primaire à partager les revenus des innovateurs secondaires qui améliorent son innovation. Lorsque de tels contrats sont possibles, il n'est alors pas besoin de définir l'innovation primaire de façon large, pour faciliter le développement d'innovations secondaires. Cependant, de tels contrats ne sont pas toujours faciles à négocier, ne serait-ce que parce que si l'innovateur secondaire potentiel entre en négociation avec l'innovateur primaire avant d'avoir développé son innovation secondaire (afin de ne pas risquer d'investir à perte au cas où aucun arrangement ne serait possible avec l'innovateur primaire), il risque de dévoiler l'objet de sa recherche à l'innovateur primaire, qui pourrait alors, en rompant les négociations et en mettant en œuvre lui même les recherches pertinentes, le déposséder de son idée. A l'inverse, si l'innovateur secondaire attend d'avoir réalisé son innovation pour négocier un accord avec l'innovateur primaire sur la distribution des redevances entre les deux innovateurs, il se trouve en situation de faiblesse car il a déjà investi des sommes nécessaires à la recherche.

En définissant les droits de propriété intellectuelle, les offices spécialisés chargés de la gestion de ces droits jouent un rôle considérable, tant sur l'incitation à la recherche et au développement que sur la productivité de celle-ci, mais aussi sur les conditions de la concurrence pour l'innovation et de la concurrence sur les marchés.

A l'inverse, nous verrons le juge de la concurrence, en contrôlant le fonctionnement de la concurrence sur les marchés et en se penchant sur les conditions contractuelles des accords de licence, influer sur l'exercice de ces droits.

III – L'INTERPÉNÉTRATION ENTRE DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET DROIT DE LA CONCURRENCE

Le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle s'interpénètrent. D'une part, comme nous l'avons vu, la mise en œuvre du droit de la propriété intellectuelle contribue à définir les conditions de fonctionnement des marchés. D'autre part, le droit de la concurrence intervient de trois façons dans le domaine de la propriété intellectuelle. Tout d'abord, le droit de la concurrence prohibe les abus de position dominante et le juge de la concurrence est ainsi conduit à contrôler les stratégies mises en œuvre par les détenteurs d'une telle position, même lorsque ceux-ci tirent leur pouvoir de marché d'un droit de propriété intellectuelle. D'autre part, le droit de la concurrence prohibe les conventions anticoncurrentielles et le juge de la concurrence peut donc avoir à connaître, dans certaines circonstances, des rapports entre détenteur d'un droit de propriété intellectuelle et ses licenciés. Enfin, le droit de la concurrence contrôle les fusions ou concentrations anticoncurrentielles et la mise en œuvre de ces dispositions peut conduire à exiger que certains détenteurs de droit de propriété intellectuelle abandonnent certains de ces droits comme condition pour autoriser une opération de concentration.

Il existe ainsi de nombreuses circonstances où l'exercice du droit de propriété intellectuelle peut poser des problèmes de concurrence et où les autorités et juridictions chargées de mettre en œuvre le droit de la concurrence peuvent être appelées à examiner des clauses contractuelles figurant dans des accords de licence, des refus de conférer des licences ou des transactions transférant des droits de propriété intellectuelle.

Au titre de ces pratiques on peut citer, par exemple, dans le domaine des brevets :

– Le refus unilatéral de licencier ou l'octroi de licence à des taux de redevance inéquitables ou abusives.

– La thésaurisation de brevets par laquelle des entreprises essaient de s'entourer d'une muraille de droits de propriété intellectuelle pour acquérir ou protéger une position dominante (ou pour les utiliser comme monnaie d'échange lors de négociations avec des sociétés dont elles risquent de contrefaire les brevets).

– Les revendications sur les inventions ultérieures, qui consistent à fonder les redevances de la licence sur la base des recettes générées par un produit en aval, qu'il soit ou non fabriqué à l'aide de la technologie faisant l'objet de la licence. De telles clauses peuvent être utilisées lorsqu'une innovation est de nature à permettre d'inventer des produits en aval, mais qu'il est a priori difficile d'établir ce que serait une valeur de licence équitable. Elles peuvent, en revanche, permettre à une entreprise d'engranger des bénéfices sur des marchés sans lien avec celui sur lequel elles ont un pouvoir de marché, grâce à leur droit de propriété intellectuelle.

– Les mécanismes de rétrocession de licence qui imposent au concessionnaire de céder au concédant les droits sur toute technologie ultérieure que le concessionnaire fait breveter. De tels mécanismes, qui peuvent contribuer à des transferts efficients et des améliorations de technologie qui n'auraient pas pu avoir lieu autrement (par exemple, lorsque le concessionnaire a peu de capitaux pour financer une amélioration de la technologie), peuvent aussi servir à

étendre le contrôle d'un concédant à des produits qui auraient pu constituer des substituts du produit pour lequel il a un droit de propriété intellectuelle.

– Les groupements de brevets par lesquels plusieurs parties attribuent ou accordent une licence exclusive sur leurs droits de propriété intellectuelle à une entité distincte, qui contrôle alors la concession de licence sur le portefeuille de brevets aux membres du groupement ou, s'il s'agit d'un groupement « ouvert », à une tierce partie.

De tels groupements de brevets, lorsqu'ils concernent des droits de propriété intellectuelle complémentaires, peuvent profiter à la fois aux détenteurs et aux utilisateurs de ces droits en facilitant l'intégration de technologies complémentaires, en réduisant les coûts de transaction, en facilitant la suppression des situations de blocage et en évitant des procès en contrefaçon de brevet.

Mais ils peuvent également faciliter la collusion sur les marchés de produits en aval, exclure des technologies concurrentes et réduire la concurrence sur l'innovation, notamment lorsqu'ils concernent des droits de propriété intellectuelle non complémentaires, dans les cas où les membres du groupement ne peuvent concéder de licences individuellement (en dehors du groupement).

– Les restrictions sur les prix que le licencié peut facturer pour des produits utilisant la technologie sous licence. Ces restrictions peuvent cependant, selon les cas, avoir des effets verticaux (si le détenteur du droit de propriété intellectuelle et son licencié ne sont pas sur le même marché de biens) ou horizontaux (si le détenteur du droit de propriété intellectuelle et son licencié sont sur le même marché). Elles peuvent concerner des prix maximaux ou des prix minimaux.

En ce qui concerne le contrôle de la concentration, les autorités de concurrence peuvent avoir à connaître de situations où l'un des effets d'une concentration est de permettre aux parties de réunir un large portefeuille de droits de propriété intellectuelle. La question alors posée est celle de savoir si, compte tenu de l'existence d'autres barrières à l'entrée, la détention d'un large portefeuille de droits de propriété intellectuelle rend encore plus improbable l'émergence d'une concurrence sur le marché pertinent et si le fait de concéder des licences obligatoires pour une partie ou la totalité de ce portefeuille de droits de propriété ou le fait de céder certains de ces droits constitue un remède suffisant pour restaurer les conditions de la concurrence.

Incontestablement donc, le droit de la concurrence peut intervenir sur les conditions d'utilisation des droits de propriété intellectuelle. En d'autres termes, il ne se contente pas de faire en sorte que les conditions de la concurrence entre les acteurs du marché soient aussi ouvertes que possible pour faciliter l'émergence d'une concurrence sur les biens et sur l'innovation, il s'assure également que les innovateurs n'utilisent pas dans des conditions abusives le pouvoir de marché qu'ils détiennent individuellement ou collectivement, notamment grâce à leurs droits de propriété intellectuelle, pour entraver la concurrence sur les marché des biens et services ou sur le marché de l'innovation.

En cela, le juge de la concurrence peut être amené à limiter l'exercice de ces droits, mais seulement lorsque le droit de propriété intellectuelle confère à son auteur un pouvoir effectif de marché.

L'une des questions importantes, fortement débattue, est celle des critères qui doivent être utilisés sous l'angle du droit de la concurrence pour encadrer l'exercice des droits de propriété intellectuelle. C'est d'ailleurs pour limiter le champ des incertitudes concernant le système de la propriété intellectuelle et la mise en œuvre du droit de la concurrence, que l'Union Européenne, le Japon et les États-Unis, ont publié des lignes directrices, en ce qui concerne les contrats de concession de licence.

Lorsque l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle est examiné sous l'angle de l'exercice abusif d'une position dominante ou d'une convention potentiellement anticoncurrentielle, cet examen fournit l'occasion au juge ou à l'autorité de concurrence de faire un bilan entre le souci de concurrence et la nécessaire protection de l'innovateur. Une des principales questions est celle de savoir si cette analyse concurrentielle risque d'aboutir à ce que le juge de la concurrence « retaille » les droits de propriété intellectuelle qu'il n'a pas vocation, en principe, à définir et, dans le cas d'une réponse affirmative, quels critères il devrait appliquer pour ce faire. La question se pose pour deux raisons principales.

En premier lieu, lorsqu'un juge ou une autorité de concurrence examine la question de savoir si un droit de propriété intellectuelle est utilisé d'une façon qui constitue un abus de position dominante, ils examinent un cas particulier et non le système général de protection de la propriété intellectuelle. Dès lors, ils peuvent penser que leur décision, même si elle limite l'exercice du droit particulier de propriété intellectuelle examiné, n'a pas vocation à remettre en cause le droit de la propriété intellectuelle dans son ensemble. Pourtant l'accumulation de décisions individuelles prises au nom du droit de la concurrence peut avoir pour effet de fragiliser la confiance que les innovateurs mettent dans le droit de la propriété intellectuelle comme moyen de protéger et de favoriser l'innovation.

En second lieu, il importe de rappeler une différence d'approche importante entre l'analyse économique et les praticiens du droit de la concurrence. L'analyse économique, comme il a été précédemment mentionné, suggère que ne devraient être prohibées que les pratiques qui ont un effet net négatif sur le surplus global. En d'autres termes, lorsqu'une pratique anticoncurrentielle est de nature à augmenter le surplus du producteur et à diminuer le surplus du consommateur, c'est l'effet net sur le surplus global qui devrait guider la réflexion.

Pourtant, dans la plupart des pays occidentaux, et en Europe en particulier, le droit de la concurrence est davantage conçu comme un instrument de protection des intérêts du consommateur que comme un instrument destiné à assurer la maximisation du surplus global de la collectivité. Dès lors, un poids plus important que ce qui serait suggéré par l'analyse économique est accordé par les juges et par les autorités chargées de mettre en œuvre le droit de la concurrence, à l'effet de diminution du surplus du consommateur à court terme, résultant des pratiques anticoncurrentielles. Il en résulte une plus grande sévérité dans l'appréciation des pratiques qui, tout en étant l'expression de l'exploitation d'un pouvoir de marché, peuvent avoir également pour effet d'augmenter l'efficacité productive.

Certes, de nombreux droits de la concurrence et, en particulier, le Code de commerce français, prévoient la possibilité d'exempter, dans certaines conditions restrictives, de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles celles qui contribuent au progrès économique, et cette

notion de progrès économique peut inclure, non seulement l'amélioration de l'efficience statique, mais aussi l'amélioration de l'efficience dynamique.

Cependant, le fait que, dans le droit de la concurrence national et européen, l'exemption ne peut être accordée que si les gains d'efficience ont été transférés aux consommateurs, a pour conséquence que les conditions légales d'exemption sont à la fois plus étroites que ce que suggérerait la prise en compte de l'analyse économique et excessivement difficiles à mettre en œuvre dans la pratique. En outre, dès lors que l'accent est mis sur la protection du surplus des consommateurs, les autorités et juridictions qui mettent en œuvre le droit de la concurrence ont naturellement tendance à accorder un poids plus important aux effets négatifs sur ce surplus, observables dans le court terme, qu'aux espoirs éventuels d'effets positifs dans le futur.

Or, comme on l'a vu, le régime de la propriété intellectuelle a précisément pour objet de permettre une exploitation exclusive du droit de propriété intellectuelle, qui peut se traduire par des pertes de surplus des consommateurs dans le court et le moyen terme, dans l'espoir d'obtenir, dans le long terme, un taux d'innovation plus important, qui intensifiera la concurrence et bénéficiera à l'ensemble de la collectivité.

Il en résulte, bien entendu, une certaine inquiétude de la part des opérateurs bénéficiant de droits de propriété intellectuelle et de la part des économistes, sur les conditions dans lesquelles les juges et les autorités mettent en œuvre le droit de la concurrence vis-à-vis des détenteurs de ces droits.

Une discussion s'est engagée au niveau international entre les économistes et les autorités de concurrence pour analyser les principes qui pourraient permettre de parer aux risques de conflit susmentionnés. Cette discussion a conduit les économistes à proposer que trois principes (originellement proposés par les professeurs Gallini et Trebilcock) soient respectés dans l'application du droit de la concurrence aux droits de propriété intellectuelle :
1) Ne pas considérer qu'un droit de propriété intellectuelle crée ou renforce nécessairement un pouvoir de marché pour le bénéficiaire du droit et procéder à un examen au cas par cas ;
2) Ne pas tenter d'utiliser le droit de la concurrence pour tenter de restreindre la portée des droits de propriété intellectuelle ;
3) N'interdire, au nom du droit de la concurrence, une clause restrictive contenue dans un accord de licence que dans les cas où la clause restrictive conduit à une situation moins concurrentielle que celle qui résulterait de l'absence totale de licence.

Le premier principe est généralement admis car il est de tradition, d'une part, que l'autorité et le juge de concurrence, saisis d'une potentialité d'abus de concurrence, définissent dans chaque cas le marché pertinent avant d'apprécier si une entreprise dispose, sur le marché préalablement défini, du pouvoir de déterminer sa politique indépendamment des autres entreprises ou des consommateurs et, d'autre part, que c'est également au cas par cas qu'est vérifiée la possibilité qu'une clause contractuelle entraîne une restriction de concurrence.

Le deuxième principe est celui au sujet duquel règne la plus grande ambiguïté. Les autorités de concurrence sont parfois tentées de considérer que les détenteurs de droits de propriété intellectuelle essaient d'élargir le champ de la protection que leur confèrent leurs droits là où les opérateurs considèrent qu'ils ne font qu'exercer légitimement le droit qu'ils détiennent. La

frontière entre ce qui est une interdiction de l'abus d'un droit et ce qui est une restriction du droit est donc étroite.

Le troisième principe est le plus controversé. La question posée est celle de savoir quelle est la règle de preuve que l'autorité de concurrence ou le juge doivent appliquer lorsqu'ils examinent une clause potentiellement restrictive de concurrence dans un accord de licence.

Ils peuvent raisonner en se demandant si la situation aurait été plus concurrentielle si la clause examinée n'avait pas figuré dans l'accord de licence et décider, si tel est le cas, que cette clause constitue une violation du droit de la concurrence et doit être éliminée de l'accord de licence.

Mais ce faisant, l'autorité ou le juge de la concurrence suppose implicitement que la licence aurait été accordée même si la clause anticoncurrentielle n'avait pas figuré dans l'accord de licence. Or rien n'est moins sûr, le détenteur d'un droit de propriété intellectuelle ayant, hors les cas de licence obligatoire, la liberté de conférer une licence ou non.

Ce principe suggère qu'un raisonnement de concurrence plus respectueux des droits de propriété intellectuelle (et donc de l'innovation) et plus efficace du point de vue de la concurrence, consiste pour l'autorité de concurrence ou pour le juge à se demander si la clause anticoncurrentielle conduit à une situation pire du point de vue de la concurrence que si le détenteur du droit de propriété intellectuelle n'avait consenti aucune licence. En cas de réponse positive, la clause doit assurément être interdite car quoi que fasse le titulaire du droit de propriété intellectuelle, la situation après l'interdiction de la clause sera plus favorable du point de vue de la concurrence et que par ailleurs, le détenteur du brevet conservant sa liberté d'action de concéder ou non une licence, la mise en œuvre du droit de la concurrence n'empiétera pas sur son droit de propriété intellectuelle. En cas de réponse négative, mieux vaut ne pas interdire la clause car le détenteur du droit de propriété intellectuelle pourrait alors refuser de concéder toute licence, ce qui dégraderait la situation de la concurrence.

En application de ce principe, une clause d'un contrat de licence fixant le prix du produit vendu par le licencié ne serait pas nécessairement interdite, même si elle revient à une fixation horizontale de prix entre le détenteur du droit de propriété intellectuelle et son licencié et même si le prix de référence est un prix minimum et non un prix maximum. En effet, en l'absence de cette clause, il est possible que le détenteur du droit de propriété intellectuelle choisisse de ne pas accorder de licence. Dans cette hypothèse, le prix imposé dans le cadre de la licence n'entraîne aucune restriction de concurrence par rapport à ce qui se passerait si aucune licence n'était concédée car dans ce dernier cas le détenteur du droit de propriété intellectuelle fixerait lui même le prix de vente de tous les produits issus du droit de propriété intellectuelle.

Cette approche est assez différente de celle qui est à l'heure actuelle adoptée par les autorités de concurrence européennes. En effet, le préambule du Règlement sur le transfert de technologie qualifie de restriction injustifiable la pratique des prix imposés, et, selon l'article 4 de ce règlement d'exemption par catégorie, « l'article 1 et l'article 2 (2) ne s'appliquent pas lorsque [...] une partie a un pouvoir limité de détermination des prix, des composantes des prix ou des rabais pour les produits sous licence. »

Cette approche est, en revanche, plus proche de celle adoptée aux Etats-Unis. Selon les lignes directrices américaines, « les administrations publiques appliquent la règle de l'interdiction *per se* à l'encontre des prix imposés dans le contexte de la propriété intellectuelle » mais cette règle n'est pas appliquée lorsque la pratique est de nature à apporter des gains d'efficience.

Par ailleurs cette approche conduirait à ne pas considérer que les refus de licence puissent constituer des pratiques prohibées d'abus de position dominante.

IV – LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Après avoir analysé les enjeux de l'application du droit de la concurrence et les tensions éventuelles entre l'application de ce droit et la mise en œuvre du droit de la propriété intellectuelle, que peut-on dire de la mise en œuvre, par les juridictions européennes, du droit de la concurrence dans ce domaine ?

Au plan communautaire, trois affaires principales méritent d'être commentées, les affaires Volvo, Magill, et IMS, pour lesquelles les juridictions européennes ont eu, dans les années récentes, à définir les conditions dans lesquelles un refus de concéder une licence pouvait constituer un abus au regard du droit de la concurrence, et accessoirement, bien que cette dernière affaire ne concerne pas les droits de propriété intellectuelle, l'affaire Oscar Bronner.

Avant d'aborder ces arrêts on rappellera que la Cour de Justice des Communautés Européennes avait eu antérieurement l'occasion de rappeler plusieurs principes :

1) Faute d'une harmonisation communautaire des droits de propriété intellectuelle, il appartient aux Etats membres de définir le champ de ces droits.

Par exemple, dans son arrêt Parke Davis (1968), la Cour indique que « l'existence du droit de brevet ne relevant actuellement que de la législation interne, seul son usage pourrait relever du droit communautaire au cas où cet usage contribuerait à une position dominante dont l'exploitation abusive serait susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres ».

De la même façon, dans son arrêt Keurkoop (1981), la Cour dit : « La protection des dessins et modèles relève de la protection de la propriété industrielle et commerciale au sens de l'article 36, en ce qu'elle a pour objet de définir des droits d'exclusivité caractéristiques de cette propriété. En l'absence d'une unification dans le cadre de la communauté ou d'un rapprochement des législations, la fixation des conditions et des modalités de la protection des dessins et modèles relève de la règle nationale de chaque Etat membre ». Dans son arrêt Volvo, la cour rappellera son précédent Keurkoop.

2) Un droit de propriété intellectuelle ne confère pas nécessairement une position dominante sur un marché pertinent. En d'autres termes, pour appliquer le droit de la concurrence au détenteur d'un droit de propriété intellectuelle, encore faut-il se livrer à une analyse au cas par

cas du ou des marchés pertinents et de la position du détenteur du droit de propriété intellectuelle sur ce ou ces marchés.

Dès 1971, dans l'arrêt Deutsche Grammophon, la Cour avait estimé, par exemple, qu'« un fabricant de supports de son, titulaire d'un droit voisin du droit d'auteur, ne possède pas, du seul fait qu'il exerce son droit exclusif de mettre en circulation les œuvres protégées, une position dominante au sens de l'article 86 du Traité ».

3) La substance d'un droit de propriété intellectuelle ne constitue pas un abus de position dominante mais l'exercice de ce droit peut constituer un tel abus.

La Cour de Justice avait considéré dans l'arrêt Parke Davis susmentionné que « les droits accordés par un Etat membre au titulaire d'un brevet d'invention ne sont pas affectés dans leur existence par les interdictions des articles 85 paragraphe 1 et 86 du traité ».

Dans son arrêt Volvo (1988), la Cour de Justice des Communautés Européennes va préciser son raisonnement en répondant à une question préjudicielle de la High Court of Justice du Royaume-Uni. Cette dernière posait notamment à la Cour la question suivante : lorsqu'un important fabricant d'automobiles, titulaire de modèles déposés qui lui confèrent, selon le droit d'un Etat membre, le droit exclusif de fabriquer et d'importer des éléments de carrosserie de rechange nécessaires à la réparation de la carrosserie d'une automobile de sa fabrication, et disposant, du fait de ce droit exclusif, d'une position dominante sur le marché de ces pièces de rechange, refuse de concéder une licence à des tiers, alors que ces tiers sont prêts à payer une redevance raisonnable pour les articles vendus sous cette licence, doit-on présumer qu'il abuse de sa position dominante au sens des dispositions du traité ?

Dans sa réponse, la Cour de Justice des Communautés Européennes va d'abord affirmer le principe selon lequel la capacité du détenteur du droit de propriété intellectuelle de refuser d'accorder une licence fait partie de « la substance du droit exclusif » dont il est titulaire et que le refus d'accorder une licence ne saurait constituer, en lui-même, un abus de position dominante.

Mais, par ailleurs, la Cour de Justice des Communautés Européennes va ajouter que l'exercice du droit par le titulaire peut relever de l'article 86, « s'il donne lieu de la part d'une entreprise en position dominante, à certains comportements abusifs, tels que le refus arbitraire de livrer des pièces détachées à des réparateurs indépendants, la fixation du prix des pièces de rechange à un niveau inéquitable ou la décision de ne plus produire de pièces de rechange pour un certain modèle alors que beaucoup de voitures de ce modèle circulent encore », à condition que ces comportements soient susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres.

En premier lieu, cet arrêt rejoint pour partie la logique économique que nous avons évoquée précédemment, en reconnaissant que le refus de concéder une licence permettant aux licenciés de concurrencer directement le détenteur du droit de propriété intellectuelle (en les autorisant à vendre les mêmes pièces détachées que celles qu'il vend) ne peut constituer en tant que tel un abus de la position dominante qu'il détient éventuellement sur le marché de ces pièces détachées.

Mais, en second lieu, l'arrêt va faire une distinction entre la substance du droit et l'exercice du droit et indiquer que l'exercice du droit peut dans certaines circonstances, par exemple lorsqu'il recèle une discrimination ou lorsqu'il se traduit par un prix de licence inéquitable ou, enfin, lorsqu'il se fait au détriment des intérêts des consommateurs, constituer un abus visé par les dispositions de l'article 86 du Traité.

Cette distinction révèle bien que la Cour de Justice des Communautés Européennes n'a pas voulu aller aussi loin que le deuxième principe susmentionné proposé par les économistes. En permettant le contrôle des conditions d'exercice du droit de propriété intellectuelle, contrôle susceptible d'aboutir, en certaines circonstances, à la prohibition du refus de licence, le droit de la concurrence va nécessairement être en position de porter atteinte, si ce n'est à la substance, du moins à la valeur du droit de propriété intellectuelle.

Pour autant, la Cour semble exercer une certaine retenue quant aux conditions dans lesquelles le refus d'accorder une licence pourrait effectivement être considéré comme abusif. En effet, elle se contente d'indiquer qu'une politique discriminatoire de licence, le refus d'exploiter le brevet ou encore des demandes de redevance « inéquitables », pourraient être des abus de l'exercice de ce droit, mais aucun de ces exemples ne concerne le simple refus d'accorder des licences.

Il semble donc acquis, grâce à la jurisprudence Volvo, que le droit de la concurrence ne permet pas de considérer comme abusif un refus de licence (dès lorsqu'il n'est pas arbitraire ou discriminatoire) opposé à des tiers qui souhaitent faire une concurrence directe au détenteur du droit de propriété intellectuelle sur un marché aval.

Dans son arrêt Magill, la Cour va préciser les conditions dans lesquelles elle considère que le refus de concéder une licence peut constituer un abus de la position dominante du détenteur d'un droit de propriété intellectuelle.

Dans cette affaire, trois sociétés de télévision britanniques ou irlandaises diffusant leurs programmes en Irlande avaient donné des licences à des journaux pour annoncer un jour à l'avance (en semaine) ou deux jours à l'avance (le week-end) des informations sur leurs programmes. Chacune des sociétés de télévision publiait, par ailleurs, ses propres programmes hebdomadaires.

Magill TV Guide Ltd, un éditeur irlandais, avait décidé de produire un guide hebdomadaire rassemblant les informations concernant la programmation des chaînes des trois sociétés de télévision. Les chaînes refusant de lui octroyer des licences pour la publication de leurs grilles de programme, dont un tribunal irlandais avait dit qu'elles constituaient des œuvres littéraires au sens du Copyright Act, Magill déposa une plainte à la Commission Européenne, alléguant que ces refus de licence constituaient un abus de position dominante des sociétés de télévision.

Dans son arrêt, la Cour de Justice s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence précédente sur deux points.

Tout d'abord, elle va rappeler que le simple fait d'être titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ne saurait, en soi, conférer au détenteur du droit une position dominante.

Toutefois, dans son considérant 47, elle va estimer qu'au cas d'espèce « par la force des choses », les sociétés de télévision concernées disposent ensemble d'un monopole de fait « sur les informations servant à confectionner les grilles des programmes de télévision captés par la plupart des foyers en Irlande et 30 à 40 % des foyers en Irlande du Nord ». Pour la Cour, les requérantes ont ainsi le pouvoir de faire obstacle à l'existence d'une concurrence effective sur le marché des hebdomadaires de télévision.

Par ailleurs, la Cour va rappeler, mais en l'infléchissant quelque peu, sa jurisprudence Volvo, en énonçant que « l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif ». Dans cette formulation, la Cour qualifie de circonstances exceptionnelles les conditions dans lesquelles l'exercice d'un droit de propriété peut donner lieu à un comportement abusif.

Mais, finalement, elle va considérer que le refus des sociétés de télévision de licencier Magill constitue un abus de position dominante, en caractérisant les circonstances exceptionnelles du cas d'espèce de la façon suivante : « Tel est le cas lorsque des sociétés de télédiffusion se prévalent du droit d'auteur conféré par la législation nationale pour empêcher une autre entreprise de publier des informations (la chaîne, le jour, l'heure et le titre des émissions), assorties de commentaires et d'images, obtenus indépendamment desdites sociétés, sur une base hebdomadaire, dès lors que, en premier lieu, ce comportement fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, un guide hebdomadaire complet des programmes de télévision, que les sociétés intéressées n'offrent pas, et pour lequel existe une demande potentielle de la part des consommateurs, ce qui constitue un abus suivant l'article 86, deuxième alinéa, sous b), du traité, que, en deuxième lieu, le refus n'est justifié ni par l'activité de radiodiffusion télévisuelle ni par celle d'édition de magazines de télévision, et que, en troisième lieu, les sociétés intéressées se réservent, par leur comportement, un marché dérivé, celui des guides hebdomadaires de télévision, en excluant toute concurrence sur ce marché puisqu'elles dénient l'accès à l'information brute, matière première indispensable pour créer un tel guide ».

En d'autres termes, un refus de licence peut être un abus de position dominante si ce refus injustifié, en faisant obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle, permet à l'auteur du droit de propriété intellectuelle d'exclure toute concurrence sur un marché aval sur lequel il est présent.

Il ressort donc de la comparaison entre les arrêts Volvo et Magill que lorsque la demande de licence n'a pas pour effet de permettre l'apparition d'un produit nouveau, mais simplement pour effet de permettre au licencié de concurrencer directement le détenteur du droit de propriété intellectuelle, en offrant un bien identique au sien, la Cour de Justice des Communautés Européennes accepte plus facilement que le détenteur du droit de propriété intellectuelle puisse refuser de licencier.

En revanche, lorsque le refus de licencier aboutit à empêcher de façon injustifiée la création d'un produit nouveau, qui concurrencerait sur un marché aval les produits mis sur le marché par le détenteur du droit de propriété intellectuelle, le refus de licencier constitue un abus de position dominante.

En d'autres termes, pour que le refus de licence puisse être prohibé par le droit de la concurrence, il faut qu'il ralentisse ou empêche l'innovation (concurrentielle) sur un marché aval, c'est-à-dire en quelque sorte que le refus de licence soit utilisé dans un but qui est précisément contraire à l'objet du régime de propriété intellectuelle qui le permet.

La Cour de Justice des Communautés Européennes sera d'ailleurs conduite dans son arrêt IMS à confirmer cette interprétation en disant (dans ses paragraphes 48 et 49) que :

« dans la mise en balance de l'intérêt relatif à la protection du droit de propriété intellectuelle et à la liberté d'initiative économique du titulaire de celui-ci, d'une part, avec l'intérêt relatif à la protection de la libre concurrence, d'autre part, ce dernier ne saurait l'emporter que dans le cas où le refus d'octroyer une licence fait obstacle au développement du marché dérivé au préjudice des consommateurs.

Dès lors, le refus d'une entreprise en position dominante de donner accès à un produit protégé par un droit de propriété intellectuelle, alors que ce produit est indispensable pour agir sur un marché dérivé, ne peut être considéré comme abusif que dans le cas où l'entreprise qui a demandé la licence n'entend pas se limiter, en substance, à reproduire des produits ou des services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle, mais a l'intention d'offrir des produits ou des services nouveaux que le titulaire n'offre pas et pour lesquels existe une demande potentielle de la part des consommateurs « .

Par ailleurs, l'arrêt Magill impose une deuxième condition pour qu'un refus de licence puisse constituer un abus de position dominante prohibé. Encore faut-il que cette licence soit strictement nécessaire à l'apparition du produit nouveau concurrençant, sur le marché aval, le produit du détenteur de droits de propriété intellectuelle.

On se rappelle que dans son arrêt Magill la Cour avait en effet relevé dans son paragraphe 53 que : « les requérantes (...) étaient, par la force des choses, les seules sources de l'information brute sur la programmation, matière première indispensable pour créer un guide hebdomadaire de télévision » de telle sorte que l'innovation sur le marché aval qui était susceptible de développer la concurrence faite aux produits des détenteur de droit de propriété intellectuelle ne pouvait voir le jour si ceux-ci refusaient une licence à Magill.

Dans son arrêt Oscar Bronner, dans lequel elle se réfère explicitement à l'arrêt Magill, la Cour de Justice des Communautés Européennes a précisé ce qu'elle entendait par le caractère « indispensable » de l'accès à un droit de propriété nécessaire pour qu'un refus de cet accès puisse être considéré comme un abus de position dominante au regard du droit de la concurrence.

Elle a ainsi indiqué que ce caractère indispensable devait s'entendre en ce sens qu'il n'existait aucun substitut réel ou potentiel à l'accès au droit de propriété concerné. Ainsi s'il existe d'autres moyens (de réaliser l'innovation), et même si ces moyens sont moins avantageux, la Cour ne considèrera pas que l'accès au droit de propriété (intellectuelle) est indispensable.

En d'autres termes, il faut que le droit de propriété intellectuelle ait le caractère d'une facilité essentielle pour que le refus de licence puisse être considéré comme un abus de position dominante.

On voit ainsi que les conditions dans lesquelles la Cour de justice des Communautés Européennes est prête à admettre qu'un refus de licence puisse constituer un abus de position dominante sont définies de façon restrictive. Il ne suffit pas que ce refus de licence limite la concurrence, il faut qu'il empêche une innovation sur le marché aval ; il ne suffit pas que l'accès à ce droit soit utile pour le développement de l'innovation, il faut qu'il soit strictement indispensable ; il ne suffit pas que la concurrence sur le marché aval soit restreinte par le refus, il faut qu'elle soit anéantie.

CONCLUSION

Les arrêts IMS et Oscar Bronner de la Cour de justice des communautés européennes ont été de nature à rassurer ceux qui craignaient que l'arrêt Magill ne consacre un empiétement, qu'ils estimaient inacceptable, par le droit de la concurrence sur le droit de la propriété intellectuelle.

La crainte exprimée à l'époque était que les juridictions européennes, comme d'ailleurs les autorités nationales, adoptent des critères de définition trop larges d'une facilité essentielle et n'interdise trop facilement le refus de concéder des licences.

Cette crainte était fondée, notamment, sur le fait qu'en Europe le simple refus de vente par une entreprise en position dominante, même si elle ne détient pas une facilité essentielle, peut constituer un abus de sa position dominante. Les précisions de la Cour tant dans l'affaire IMS que dans l'affaire Oscar Bronner sont donc bienvenues.

Au total, il ressort donc que sous l'angle du droit communautaire de la concurrence, les détenteurs de droit de propriété intellectuelle sont traités de façon plus protectrice que les détenteurs de droits de propriété matérielle. En effet, un refus d'accès à un actif constituant une infrastructure essentielle peut constituer un abus de la position dominante du propriétaire de cette infrastructure, même si les demandeurs d'accès ambitionnent uniquement de le concurrencer directement sur un marché aval. Dans le cas de la propriété intellectuelle, encore faut-il, pour que le refus de licence soit condamnable, que les candidats à la licence demandent celle-ci pour contribuer eux-mêmes à l'innovation et non pour concurrencer directement, par simple imitation, le détenteur du droit de propriété intellectuelle.

Cette plus grande réticence à octroyer, au nom du droit de la concurrence, des licences obligatoires en matière de droits de propriété intellectuelle qu'en matière de droit de propriété matérielle présente, à nos yeux, deux justifications :

– Un droit de propriété intellectuelle implique nécessairement une innovation, alors que tel n'est point le cas d'un droit de propriété matérielle.

– Le contenu d'un droit de propriété intellectuelle résulte d'un arbitrage délicat entre des considérations statiques et dynamiques qui affectent la production d'innovation, ce qui n'est pas non plus le cas des droits de propriété matérielle.

La position de la Cour de Justice des Communautés Européennes nous semble, enfin, cohérente (ou à tout le moins non contradictoire) avec le critère suggéré par les économistes. Si, en effet, certains économistes ont soutenu qu'un refus de licence ne devrait pas être condamné sur le seul fondement du droit de la concurrence, par respect pour la propriété intellectuelle, source d'innovation, encore faut-il noter qu'ils n'ont pas envisagé le cas où ce refus de licence, outre son aspect anticoncurrentiel, avait pour effet (ou pour objet) de limiter l'innovation.

Il reste à espérer que l'harmonieuse synthèse entre l'approche économique et juridique observée en ce qui concerne le traitement des refus de licence s'étendra au domaine des clauses contractuelles contenues dans les accords de licence.

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET DROIT BANCAIRE

Sans conteste, les innovations ont transformé en profondeur le secteur bancaire, peut-être même plus que bien d'autres, depuis plus d'une trentaine d'années.

Ces innovations sont intervenue principalement dans deux directions : la première a été celle des techniques de transmission électronique des données, pour la gestion du traitement de masse des moyens de paiement ; la seconde a été celle des outils d'automatisation des transactions qui ont fortement modifié le mode des relations des banques avec leurs clients : banque libre service et banque à domicile grâce au développement de l'internet.

Paradoxe ? Jusqu'à présent la jurisprudence qui fait référence à ces innovations technologiques n'en paraît pas bouleversée pour autant. Les arrêts de la Cour de cassation marquent une fermeté de principe... supplétive de volonté.

Le paradoxe s'éclaire à un examen plus attentif ; l'essentiel des innovations technologiques dans le secteur bancaire, jusqu'à une date récente, s'était développé, non par des réformes législatives, mais par la mise en place de techniques de gestion qui, pour certaines, ont été contractualisées.

Ainsi qu'on le verra, la jurisprudence a accompagné la révolution silencieuse de la dématérialisation des moyens de paiement en respectant le champ de la liberté contractuelle, tempérée par le droit de la consommation, mais en rappelant fermement aux établissements de crédits qu'ils demeuraient tenus d'assumer les conséquences de leurs choix de gestion, fussent-ils électroniques. Cette révolution technologique avec la clientèle a pu s'intégrer sans heurt significatif dans le droit positif, grâce notamment à des conventions de preuve conclues préalablement sur un support papier, prévoyant d'autres modes de preuves ; l'exemple le plus frappant est sans doute celui des cartes bancaires.

Tout autre est désormais le nouveau cadre législatif dans lequel peuvent s'inscrire les relations des banques avec leurs clients, issu de la transposition de deux directives européennes : la loi du 21 juin 2004 sur le commerce électronique, amorcée par la loi sur la preuve du 13 mars 2000 et l'ordonnance du 6 juin 2005 sur la commercialisation à distance des services financiers ; la loi reprend d'une certaine façon l'initiative sur les évolutions technologiques. Une nouvelle étape, dans les innovations, devient possible : ce ne sont plus seulement les opérations elles-mêmes qui peuvent être dématérialisées, mais les contrats qui les prévoient et les organisent.

Ainsi donc, la Cour de cassation a adopté, vis à vis des techniques de gestion informatique des banques, une fermeté de principe : « C'est à la gestion informatique de s'adapter au droit et non l'inverse » pourrait être le principe qui sous-tend le sens des décisions de la Chambre commerciale. Par un arrêt du 29 janvier 2002 (Bull. n° 20), qui a entendu retenir la responsabilité civile de la banque réceptionnaire vis à vis d'un donneur d'ordre de virement électronique pour s'être « bornée à un traitement automatique sur son seul numéro de compte sans aucune vérifi-

cation du nom du bénéficiaire, dès lors que ce dernier est inclus dans l'enregistrement reçu et qu'il n'a pas été exclu tout contrôle avec l'assentiment de ce dernier [1] ».

Cependant, la Cour de cassation prend soin, chaque fois, d'énoncer la réserve des stipulations contractuelles dont les parties seraient convenues pour écarter, par des dispositions supplétives, ces règles. Il en va de même pour le traitement des chèques (Com., 18 mai 2005, Bull. nº 104) : « abstraction faite de la négligence du tireur, il appartient à la banque de prendre des dispositions propres à lui permettre d'exécuter de manière utile l'ordre de paiement de son client sans pouvoir, sauf stipulation conventionnelle expresse, se prévaloir de ses contraintes d'exploitation pour prétendre échapper à ses responsabilités ». De la même façon, c'est fermement que la Cour de cassation, a, par un arrêt du 9 juillet 2002 (Com., Bull. nº 114), entendu souligner qu'en s'abstenant de vérifier la régularité formelle des chèques à laquelle elles sont tenues, les banques tirées prennent un risque dont elles doivent assumer les conséquences. Elle a écarté ainsi l'argumentation de la banque tirée qui soutenait que, compte tenu du traitement informatique des chèques, seule la banque présentatrice était à même de vérifier la régularité formelle des chèques.

Le règlement 2001-04 du CRBF (Comité de réglementation bancaire et financière) de décembre 2001 a mis en place le système de l'EIC (Echange Image Chèque dématérialisé) qui conduit les banques, depuis lors, à s'échanger non plus les chèques, mais seulement leurs données magnétiques. Il appartiendra à la Cour de cassation, lorsque la question, inévitablement, lui sera posée dans les années à venir, de prendre position sur cette nouvelle procédure au regard de la responsabilité de la banque tirée.

La question délicate de l'opposabilité à la clientèle des conventions de compensation interbancaires a été posée à la Cour de cassation. Parmi celles-ci figurent les stipulations des règlements des chambres de compensation réputant payées les lettres de change qui ne sont pas rejetées dans un délai déterminé, en l'état des règlements du CRBF alors applicables.

Depuis 1969, pour éviter la manipulation physique des effets de commerce, lourde et onéreuse, a été mis en place un système de compensation informatique entre banques : le SIT [2] (Système Interbancaire de Télécompation). Les entreprises ont, depuis lors, la faculté de remplacer les lettres de change par un simple relevé magnétique, qui ne donne jamais lieu à la création d'un support papier [3].

1. Assentiment qui pourrait être contractualisé si le donneur d'ordre est également client de la banque réceptionnaire.

2. Selon le rapport 2003 de la Banque de France, le SIT traite en moyen chaque jour près de 46 millions d'opérations pour un montant moyen de 17,7 milliards d'euros, confirmant ainsi sa position de système de masse le plus important en Europe.

3. Sauf dans l'hypothèse où est utilisé un procédé intermédiaire, la lettre de change relevé-papier, dans lequel le titre papier est créé, mais ne circule pas, étant seulement destiné à l'exercice d'éventuels recours cambiaires.

Ce procédé s'apparentant bien davantage au virement, il en est résulté une inapplicabilité du droit cambiaire, nonobstant son appellation de « Lettres de change-relevés » ou LCR magnétiques. Par un arrêt du 28 novembre 1995 (Com., Bull. nº 271), la Chambre commerciale a jugé que le tireur de la LCR était présumé avoir adhéré au règlement de la chambre prévoyant ce procédé spécifique. La Cour de cassation, dans ce cas précis, a donc construit son raisonnement en considérant que le tireur était une partie au contrat et non un tiers [4].

Un des exemples les plus intéressants des innovations technologiques contractualisées par ce secteur est sans doute la technique de paiement électronique par carte bancaire qui a connu un développement spectaculaire. Pour la première fois en France en 2003, le nombre des opérations effectuées par cartes l'a emporté sur celui des chèques et, en 2004, le nombre des paiements par virement, joint à celui des autorisations de prélèvements, l'a également emporté sur celui des chèques. Le porte-monnaie électronique, relié à la carte bancaire, commence par ailleurs à être diffusé.

Les contrats-type conclus par une banque, soit avec un fournisseur qui accepte d'être payé par la carte, soit avec un porteur qui accepte de payer par carte, n'ont été que très sommairement encadrés par le législateur [5]. Pour les ventes à distance, l'économie contractuelle du système des paiements par carte a, dès l'origine, reposé sur un transfert du risque sur le commerçant pour assurer la sécurité juridique du porteur. La Cour de cassation a énoncé, au visa de l'article 1937 du Code civil [6], par un arrêt en date du 23 juin 2004 (Com., Bull. nº 131), *« qu'il n'était pas discuté que le paiement était intervenu à distance, sans utilisation physique de la carte ni saisie du code confidentiel, ce dont il résultait pour la banque l'obligation d'annuler le débit contesté »*. Parallèlement, la Cour de cassation, par un arrêt en cours de publication (Com., 6 décembre 2005, pourvoi nº 03-19 750), vient de rappeler que : *« la banque émettrice, en application de la loi du contrat avec le fournisseur et de ses conditions particulières de ventes à distance, pouvait contre-passer les opérations litigieuses au débit du compte du fournisseur en cas de contestations éventuelles émanant du titulaire »*.

La toute récente transposition dans le droit national des deux directives sur le commerce électronique et la commercialisation à distance des services financiers offre un cadre juridique résolument novateur dans lequel peuvent désormais s'inscrire les relations des banques avec leurs clients. Jusqu'à présent, ces services financiers dématérialisés ne pouvaient être proposés qu'à des personnes déjà liées par une convention conclue sur un support papier ; désormais, même le contrat initial pourra être conclu électroniquement.

4. Voir Petites affiches, 18 janvier 1996, commentaire de Jean-Pierre Dumas.

5. Une première fois, en 1985, pour énoncer que le paiement était irrévocable et, une seconde fois, en 2001, notamment pour favoriser le développement du paiement sur internet en exonérant de toute responsabilité le porteur dans la circonstance où le paiement contesté a été effectué frauduleusement, sans utilisation physique de la carte.

6. Car les faits étaient antérieurs à la réforme législative du 15 novembre 2001.

C'est donc un véritable nouveau droit à l'échange électronique que le législateur a entendu mettre en place par la loi du 21 juin 2004 [7]. Celle-ci définit [8], dans le Code civil, les modalités de la conclusion des contrats sous forme électronique en admettant désormais la signature électronique même lorsque celle-ci est exigée à titre de validité. Cette dernière était, depuis peu, admise électroniquement lorsqu'elle était seulement exigée à titre de preuve grâce à la loi du 13 mars 2000 [9]. L'ordonnance du 6 juin 2005 [10], quant à elle, intègre désormais la commercialisation des services financiers à distance dans la réglementation protectrice du code de la consommation.

Toutefois, pour que la signature électronique puisse être « présumée fiable », le professionnel devra assurer la conservation des contrats électroniques à des conditions strictes d'intégrité ; l'accès « au support durable du contrat » devra être garanti par le professionnel au consommateur pendant dix ans. Au regard de ces exigences juridiques, posées par les nouveaux textes, un groupe de travail du Forum des droits de l'Internet vient d'émettre des recommandations [11].

Au-delà des questions techniques délicates que pose dès à présent cette nouvelle réglementation, des premières interrogations juridiques se font jour. Pour n'en prendre qu'une seule : quelle sera la loi applicable dès lors que le consommateur français ne sera pas démarché mais ira spontanément contracter sur le site d'un fournisseur étranger ? A cet égard la charge de la preuve du caractère spontané ou sollicité sera décisive [12].

Grâce au champ contractuel, la jurisprudence a jusqu'à présent appréhendé sans heurt les innovations technologiques relatives à la dématérialisation des opérations bancaires. Mais ce développement avait rencontré les limites posées par le droit des obligations et celui de la preuve. Le législateur est intervenu pour élargir ce cadre. Au fil des années à venir, le juge sera

7. Loi nº 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dite « LCEN », qui constitue la transposition de la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000.

8. En créant des articles 1369-1 à 1369-3 dans le Code civil sur les modalités de la conclusion des contrats électroniques, instaurant la règle du double-clic qui devient ainsi du droit positif, et prévoyant une dérogation pour les contrats conclus entre professionnels à l'exception des droits réels ou personnels pour des besoins non professionnels et les droits de la famille et des successions.

9. Loi nº 2000-230 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, qui avait reconnu la validité de la signature électronique lorsque l'acte sous-seing privé écrit était requis à titre de preuve en créant les articles 1316 à 1316-4 du Code civil.

10. Cette ordonnance est venue transposer la directive du 23 septembre 2002. La publication de son décret d'application du 25 novembre 2005 (nº 2005-1450, JO du 26 novembre 2005) permet l'entrée en vigueur sans retard des dispositions qui modifient le code de la consommation. Elle régit notamment les obligations pré-contractuelles d'information auxquelles sont tenus les professionnels qui entendent proposer et/ou conclure à distance des contrats de services financiers dématérialisés à des consommateurs, organise un droit de rétractation, et crée les articles R. 121-2-1 du Code de la consommation et R. 341-16 du Code monétaire et financier qui couvrent spécifiquement le démarchage des services financiers.

11. « La conservation électronique des documents », Forum des droits de l'Internet, 1er décembre 2005 : modalités juridiques et propositions de solutions pratiques à destination des entreprises.

12. V. « La réforme des contrats du commerce électronique » ; Etude par Philippe Stoffel-Munk, la Semaine Juridique Entreprises et Affaires nº 38, septembre 2004, 1341.

à nouveau inévitablement appelé à apporter une réponse à toute une série de questions décisives, telles que celles relatives, par exemple, à la loi applicable, aux modes d'identification du cocontractant, ou à la charge de la preuve de son consentement. Ainsi que l'avait rappelé le conseiller Pierre Leclercq [13], si les appréciations juridiques ne peuvent être déterminantes du succès ou de l'insuccès des procédés, leur influence peut être grande sur les décisions de ceux qui innovent dès lors qu'elles contribuent à dissiper des inquiétudes ou éviter des complications.

13. V. Mélanges Catala : « les titres dématérialisés de paiement et de crédit », par Pierre Leclerq, Conseiller à la Cour de cassation « Le droit privé à la fin du XXe siècle », Litec 2001.

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET DROIT PÉNAL

Un droit historique doit-il s'adapter aux évolutions technologiques ou l'inverse ?

La Chambre criminelle est confrontée, comme les autres chambres de la Cour de cassation, à cette question que, de manière générale, le droit pénal et la procédure pénale appréhendent d'un triple point de vue.

En premier lieu, et c'est ce qui vient spontanément à l'esprit, l'innovation technologique rend nécessaire une adaptation permanente de la loi pénale aux évolutions techniques qu'imposent tant le principe de légalité édicté par les articles 111-3 du Code pénal et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que celui d'interprétation stricte de la loi pénale, dont il constitue le prolongement naturel, tel qu'il est énoncé à l'article 111-4 du Code pénal.

Pour satisfaire ces deux principes, le législateur veille régulièrement à traduire tant dans la loi pénale, et souvent ces évolutions interviennent sous l'influence de conventions internationales et prennent la forme de la création de nouvelles infractions, que dans les règles de procédure, à des fins qui peuvent être très diverses, les conséquences prévisibles de l'innovation technologique.

Au titre des adaptations de la loi pénale de fond donnant lieu à la création de nouvelles infractions, on peut, par exemple, citer l'incrimination des expérimentations effectuées sur la personne humaine [1], les atteintes aux droits des personnes résultant des fichiers ou des traitements informatiques [2] ou l'étude de ses caractéristiques génétiques [3], les atteintes aux systèmes de traitement automatisé des données [4], ou encore les diverses infractions prévues en matière de santé publique [5] ou de pollution [6].

Mais parfois ce n'est plus uniquement la seule adaptation du droit aux nouvelles technologies que recherche le législateur en édictant de nouvelles incriminations qui manifestent une volonté de prendre en considération le risque particulier que sont susceptibles de présenter les nouveaux moyens techniques du point de vue de la connaissance, de l'ampleur et de la diffusion de comportements pénalement répréhensibles : on peut en trouver l'illustration avec, par exemple, l'édiction, par l'article 227-24 du Code pénal, d'une infraction spécifique de fabrication, transport ou diffusion d'un message pornographique susceptible d'être vu ou perçu par un

1. Art. 223-8 et 223-9 du Code pénal.
2. Art. 226-16 à 226-24 du Code pénal.
3. Art. 226-25 à 226-30 du Code pénal.
4. Art. 323-1 à 32-7 du Code pénal.
5. Art. 511-1 à 511-28 du Code pénal.
6. Art. L. 218-73 et L. 432-2 et L. 432-3 du Code de l'environnement.

mineur [7] ; parfois même, et sans aller jusqu'à créer une nouvelle incrimination, le législateur érige en circonstance aggravante d'une infraction existante le recours ou l'emploi d'un réseau de télécommunication [8].

Dans ces différentes hypothèses, la Chambre criminelle risque alors de se trouver confrontée, dans l'examen des pourvois qui lui sont soumis, à des questions d'interprétation ou d'application de la loi dans le temps qui restent, somme toute, assez classiques.

Parfois, cependant, et sans que le législateur aille jusqu'à la création d'une nouvelle infraction, c'est la jurisprudence elle-même, interprétant la loi, qui étend le champ d'une incrimination existante, au risque d'aller parfois manifestement au-delà même des prévisions du législateur de l'époque.

Plusieurs exemples pourraient être cités à cet égard, parmi lesquels les plus topiques sont peut-être l'extension de certaines infractions initialement destinées à réprimer des atteintes aux biens qui permettent désormais de sanctionner des atteintes à des « biens » immatériels, tels le vol d'électricité ou, jusqu'à ce que la Chambre criminelle, par un arrêt du 3 avril 1995 [9], ne vienne mettre un terme, semble-t-il définitif, à cette dérive, le recel de vol d'un bien immatériel.

Révélateur de cette tendance apparaît être, à cet égard, l'arrêt par lequel, le 28 septembre dernier [10], la Chambre criminelle a énoncé qu'était constitué le délit de recel de fixation, d'enregistrement ou de transmission, en vue de leur diffusion, d'images pornographiques de mineurs dans le fait, pour un instituteur, après avoir récupéré des images pornographiques sur un site à caractère pédophile sur lequel il s'était connecté depuis l'ordinateur d'un établissement scolaire, de les avoir enregistrées et conservées dans un fichier enregistré sur le disque dur de l'ordinateur. Par cette décision, la chambre semble avoir ainsi considéré que le disque dur d'un ordinateur constituait un support matériel, car une solution inverse aurait risqué d'entraîner les juges à procéder à des distinctions qui auraient pu se révéler fallacieuses : comment, en effet, aurait-on pu considérer, dans une telle situation, que le disque dur d'un ordinateur ne constituait pas un support matériel alors qu'il n'aurait pas été contesté qu'un cédérom, par exemple, constituât un tel support ?

En revanche, la Chambre criminelle avait jugé, quelques mois auparavant, que la simple consultation sur Internet d'images à caractère pornographique, sans que celles-ci aient été enregistrées dans un fichier de l'ordinateur ni même imprimées, ne permettait pas de caractériser le délit de détention d'images de mineur à caractère pornographique tel qu'il est prévu et réprimé par l'article 227-13, al. 4, du Code pénal [11].

7. Crim. 12 octobre 2005, Bull. nº 258.

8. Cf. art. 222-24 du Code pénal en matière de viol, par exemple.

9. Bull. crim., nº 142 ; *Rev. sc. crim.* 1995, obs. J. Francillon ; cf. également Crim. 9 juin 1999, Bull. crim., nº 133.

10. Crim. 28 septembre 2005, Bull. nº 248.

11. Crim. 5 janvier 2005, Bull. crim., nº 9.

Néanmoins, dans cette affaire, dès lors qu'il était établi que le prévenu avait mis en place un serveur proposant l'envoi d'images pornographiques de mineurs en échange de la fourniture d'images du même type, la chambre a considéré que le délit de diffusion d'images de mineurs à caractère pornographique, tel qu'il est prévu et réprimé par l'article 227-23, alinéas 1er et 3, du Code pénal, était constitué [12] alors que le moyen soutenait que les images en cause étaient exclusivement destinées à des personnes clairement identifiées et intervenant dans le cadre d'un échange de correspondances à caractère privé.

La Chambre criminelle aura ainsi prochainement à statuer sur la question du téléchargement sauvage sur Internet « *peer to peer* »poursuivi sous la qualification de contrefaçon.

Cependant, à côté de cette ajustement du droit à des fins uniquement répressives, ce sont, en deuxième lieu, les règles de procédure qui cherchent, en s'adaptant aux évolutions technologiques, à profiter ou, à tout le moins, utiliser les possibilités nouvelles dont elles sont porteuses.

Cette évolution concerne, d'abord, le formalisme dont on sait qu'il occupe une place importante en procédure pénale ; c'est ainsi, par exemple, que le législateur a prévu que les convocations adressées par le juge d'instruction aux avocats peuvent l'être au moyen d'une télécopie [13], que les avocats peuvent de même, et sous certaines conditions, transmettre par le même moyen le mémoire qu'ils adressent au greffe de la chambre de l'instruction [14] ou que les juridictions peuvent avoir recours à un système de visio-conférence pour les auditions et interrogatoires des témoins et des parties [15].

De même, en matière d'entraide pénale internationale, la loi prévoit désormais, à la suite d'une décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002, qu'un mandat d'arrêt européen peut être transmis par « tout moyen laissant une trace écrite » [16] afin d'accélérer la célérité et la sécurité de cette transmission.

Mais, sans qu'elles visent à lui permettre de tirer profit des évolutions techniques, d'autres dispositions poursuivent, ensuite, un objectif purement utilitaire en cherchant à permettre au juge pénal d'utiliser les avancées technologiques pour remplir son office. C'est ainsi, par exemple, que des dispositions spécifiques ont été édictées pour permettre le décryptage, en vue de leur analyse, de données saisies ou obtenues au cours d'une enquête ou d'une information judiciaire [17] ou qu'ont été créés le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAIS) [18] ou celui des empreintes génétiques (FNAEG) [19] qui, à terme,

12. Crim. 2 février 2005, nº 04-85 521.

13. Art. 114, alinéa 2, du Code de procédure pénale issu de la loi nº 93-1013 du 24 août 1993.

14. Art. 198, alinéa 3, du Code de procédure pénale issu de la loi nº 93-2 du 4 janvier 1993.

15. Art. 706-71 du Code de procédure pénale issu de la loi nº 2001-1062 du 15 novembre 2001.

16. Art. 695-15 et 695-26 du Code de procédure pénale issu de la loi nº 2004-204 du 9 mars 2004.

17. Art. 230-1 à 230-5 du Code de procédure pénale issus de la loi nº 2001-1062 du 15 novembre 2001.

18. Prévu par l'article 706-53-1 issu de la loi nº 2004-204 du 9 mars 2004.

19. Prévu par l'article 706-54 issu de la loi nº 2001-1062 du 15 novembre 2001.

devraient être connectés avec des systèmes automatisés de traitement de données similaires existant dans d'autres Etats, et notamment au sein de l'Union européenne.

C'est dans le même ordre d'idées que l'on peut également signaler le placement sous surveillance électronique comme alternative à l'emprisonnement [20].

Enfin, la procédure pénale cherche à utiliser les évolutions technologiques pour accroître son efficacité en matière, notamment, de lutte contre la criminalité organisée. C'est le sens, par exemple, du dispositif issu de la loi nº 2004-204 du 9 mars 2004, qui figure aux articles 706-96 et suivants du Code de procédure pénale et qui permet la sonorisation, sous certaines conditions, des véhicules et lieux publics et privés.

En dernier lieu, pour apporter une solution au litige qui lui est soumis, le juge pénal, dont on sait qu'il ne peut raisonner par analogie, doit avoir recours à une interprétation téléologique. On en trouve une illustration récente avec l'arrêt rendu le 10 mai 2005 [21] par lequel la Chambre criminelle a jugé que le réseau Internet constituait un moyen de communication audiovisuelle, au sens de l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, et que la responsabilité pénale du propriétaire du site et de l'auteur de propos injurieux ou diffamatoires diffusés sur ce site [22] pouvait donc être engagée dans les conditions prévues par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

Jusqu'à quel point, cependant, est-il possible de reconnaître une certaine autonomie, ou à tout le moins une spécificité, au droit pénal en ce domaine ?

En effet, la recherche de la vérité, qui lui est consubstantielle, risque parfois de s'opérer au détriment de principes fermement établis dans l'intérêt même de la protection des personnes ; c'est ainsi, par exemple, que la presse [23] s'est faite récemment l'écho du fait qu'un juge d'instruction en charge d'une procédure de viol avait fait procéder à un prélèvement salivaire, contre l'avis du préfet qui en était le tuteur, sur un bébé né sous X afin de permettre d'établir la paternité d'un homme accusé par la mère, âgée de quinze ans, de l'avoir violée.

20. Art. 723-7 du Code de procédure pénale.

21. Bull. crim., nº 144.

22. Qui était le site d'une organisation syndicale soutenant des personnels de la Poste engagés dans un conflit social.

23. Cf. *Libération* du 5 janvier 2006, p. 14 : « La recherche de la vérité plus forte que le secret de la naissance, la justice prélève l'ADN d'un enfant né sous X pour confondre son père accusé de viol ».

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET DROIT DU TRAVAIL

« *Avec les machines à vapeur et avec l'électricité l'insomnie du monde a commencé* ». Cette pensée du philosophe antifasciste de l'histoire, Guglielmo Ferrero [1], paraît, dans une première approche, n'avoir qu'un lointain rapport avec le droit du travail. Et pourtant elle illustre la tension de l'homme entre les moyens techniques dont il se dote, leurs effets et leur finalité. La machine et, surtout, l'électricité, qui a permis les ruptures technologiques majeures de la fin du vingtième siècle liées à l'informatique, ont, c'est un truisme banal, profondément altéré la relation de l'homme au travail en associant dans un inextricable ensemble la libération et l'asservissement au « code-barre » que devient l'homme, la création et la destruction, l'espérance et l'angoisse de la précarité, la confusion des temps de la vie, l'insomnie destructrice et l'insomnie créatrice de l'éveil éclairé.

Certes les relations entre le droit, et plus particulièrement le droit du travail, et les techniques sont anciennes et complexes tant il est vrai qu'il n'est d'inventions ayant des effets sur la fabrication ou la distribution de choses ou de services destinés à l'homme qui n'en desservent certains, les laissés-pour-compte du progrès, et n'en favorisent d'autres. L'alliance entre travail et technique remonte au premier outil, et, dès l'origine, le droit du travail a été confronté aux techniques nouvelles. A partir de la révolution industrielle il a évolué, mais trop lentement, en orientant l'organisation du travail vers une protection des salariés contre leur exploitation parfois cynique et abusive par « *Les bourgeois conquérants* », pour reprendre le titre de l'ouvrage de Charles Morazé, et leurs machines. L'évolution fût en effet atrocement lente puisque c'est seulement par une loi du 24 mars 1841 « *relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers* » qu'a été limitée en France la durée du travail des enfants ; et l'inflexion majeure du droit du travail vers la protection des salariés contre leurs conditions de travail ne remonte en réalité qu'à 1936.

L'explosion des nouvelles technologies au cours des vingt dernières années constitue pour le droit du travail un nouveau défi, auquel la revue « *Droit Social* » a consacré en janvier 2002 un numéro collectif de référence « *Droit du travail et nouvelles technologies de l'information et de la communication* ». L'ordinateur, Internet, intranet, le téléphone portable, le GPS abolissent les distances, bouleversent les rapports avec l'espace et le temps, déstructurent les notions de lieu de travail, de vie professionnelle, de vie privée, de communauté de travail, de lien de subordination, et obligent les organisations syndicales à adapter leur action.

Le droit du travail, tant dans sa dimension législative que jurisprudentielle, a fort heureusement évolué pendant la même période en prenant en compte cette explosion des nouvelles technologies, et la Chambre sociale de la Cour de cassation a connu de plusieurs aspects de cette évolution à travers, d'une part les aspects à dominante collective du droit du travail (I), d'autre part, ses aspects à dominante individuelle (II).

1. « Discours aux sourds » 1924

I – NOUVELLES TECHNOLOGIES ET ASPECTS À DOMINANTE COLLECTIVE DU DROIT DU TRAVAIL

Les aspects à dominante collective des nouvelles technologies concernent pour l'essentiel leur impact sur la mission des institutions représentatives du personnel (1) leur mode de désignation et leurs moyens d'action (2) et les interférences avec la législation sur l'informatique et les libertés (3).

1. Nouvelles technologies et mission des institutions représentatives du personnel

Le législateur s'est, pour la première fois semble-t-il, intéressé à la question des « *nouvelles technologies* » dans le droit du travail avec la loi nº 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel en conférant des attributions nouvelles au comité d'entreprise [2]. Par la suite une loi nº 86-1320 du 30 décembre 1986 a introduit la terminologie de « *mutation technologique* » [3], terminologie reprise par la loi nº 89-549 du 2 août 1989 dans l'article L. 321-1 du même code à propos de la définition du licenciement économique.

Cette législation a une dimension que l'on pourrait qualifier de préventive, et une dimension d'accompagnement des licenciements lorsque les mutations technologiques les rendent inévitables.

a) La dimension préventive

Le projet de loi ayant abouti à la loi du 28 octobre 1982 prévoyait une simple information du comité d'entreprise préalablement à l'introduction de nouvelles technologies intéressant la marche générale de l'entreprise. Mais un amendement a ajouté la nécessité d'une consultation : le comité d'entreprise est informé et consulté préalablement à tout projet important d'introduction de nouvelles technologies, lorsque celles-ci sont susceptibles d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail du personnel [4]. Il peut, dans les entreprises d'au moins 300 salariés, avoir recours à un expert [5].

L'introduction de ces dispositions spécifiques, auxquelles s'est ajoutée, avec la loi du 30 décembre 1986, l'obligation pour l'employeur, lorsqu'il envisage de mettre en œuvre des *« mutations technologiques importantes et rapides »*, d'établir un « *plan d'adaptation* » qui doit être transmis pour information et consultation au comité, lequel est ensuite régulièrement informé et périodiquement consulté sur la mise en œuvre de ce plan, montre l'importance que

2. Art L. 432-2 du Code du travail.
3. 2ème paragraphe du même article L. 432-2.
4. Article L. 432-2.
5. Article L. 434-6.

cette question revêtait pour les pouvoirs publics. Les travaux parlementaires le mettent bien en lumière. Devant les craintes exprimées par certains de voir les salariés s'opposer à des évolutions nécessaires des techniques de production, le ministre du travail a souligné que ces dispositions étaient « *déterminantes pour les missions du comité d'entreprise* », et destinées à permettre que les nouvelles technologies soient « *introduites dans l'entreprise comme un élément naturel dans une économie dynamique* », afin de ne pas « *subir, mais conduire et maîtriser cette évolution technologique* ».

La notion de projet important concernant l'introduction d'une nouvelle technologie a été contestée. Une simple étude préalable n'est pas un projet [6]. Un arrêt du 28 octobre 1996 [7] précise qu'est un projet d'introduction de nouvelles technologies, justifiant la désignation d'un expert, un système informatique nouveau affectant des centaines de postes de travail et impliquant une nouvelle formation. Il est admis que le caractère de nouveauté ne doit pas s'apprécier en soi – il ne s'agit pas nécessairement d'innovation – mais par rapport aux techniques utilisées dans l'entreprise. Un changement de matériel informatique, qui a pour effet non seulement de doter la société d'un matériel plus performant sur le plan technique, mais encore de modifier profondément ses méthodes de gestion, peut ainsi constituer un projet important d'introduction de nouvelle technologie [8]. Un arrêt du 9 juillet 1997 [9] décide de même que l'introduction d'une nouvelle technologie dans un ensemble de services regroupant de nombreux membres du personnel qui utilisaient d'autres technologies peut justifier une expertise si le comité central d'entreprise ou le comité d'établissement n'ont jamais eu à se prononcer sur les conséquences pour ces personnels ou services des systèmes plus modernes dont la direction veut les doter, et que le nouveau système informatique est sensiblement différent du précédent et va entraîner des modifications des conditions de travail, de formation et de qualification significatives.

Mais n'entre pas dans les prévisions de l'article L. 432-2 un « plan directeur de rationalisation » établi par la direction d'une entreprise et concernant seulement, soit la mise en place de projets anciens dont le comité avait déjà été informé en son temps, soit l'utilisation dans des conditions nouvelles de techniques déjà en vigueur dans l'entreprise, soit une innovation peu importante [10].

Le projet doit, aux termes de l'article L. 432-2 du Code du travail, être important, son importance s'appréciant par rapport à ses conséquences. La consultation doit être faite en temps utile. La décision de l'employeur pourra être suspendue si la consultation n'est pas effectuée [11].

6. Soc. 3 mars 1988, Bull. n° 152.
7. Bull. n° 352.
8. Soc., 2 juillet 1987, Bull. n° 438.
9. N° 95-20 294.
10. Soc., 15 octobre 1987, Bull. n° 569.
11. Soc., 28 novembre 2000, Bull. n° 398.

Le comité d'entreprise est également consulté chaque année sur la politique de recherche et de développement technologique de l'entreprise [12] ; il est informé et consulté sur les problèmes généraux concernant les conditions de travail résultant de l'organisation du travail, de la technologie [13] ; rappelons qu'il doit en outre être informé, préalablement à leur introduction dans l'entreprise, sur les traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci, sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi, et informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés [14].

A cette obligation de consulter le comité d'entreprise s'ajoute celle de consulter le comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail et, notamment, avant toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l'outillage, d'un changement de produit ou de l'organisation du travail [15]. Il doit être également consulté sur le plan d'adaptation prévu au second alinéa de l'article L. 432-2. Dans les entreprises dépourvues de comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, les délégués du personnel et, dans les entreprises dépourvues de délégué du personnel, les salariés doivent être consultés par l'employeur sur les projets d'introduction de nouvelles technologies, en ce qui concerne leurs conséquences sur la sécurité et la santé des travailleurs.

Le CHSCT peut faire appel à un expert agréé, en cas de projet important modifiant les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail [16] ; lorsque le comité d'entreprise aura fait appel à un expert, à l'occasion de projets importants de nouvelles technologies, le CHSCT pourra, s'il souhaite un complément d'expertise sur les conditions de travail, faire appel à cet expert (mentionnons pour mémoire la possibilité qu'a en outre le CHSCT, dans certains établissements dangereux, de faire appel dans certaines conditions à un expert en risques technologiques).

Ne constitue pas un projet important modifiant les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail le projet concernant le réaménagement de l'organigramme, sans transformation importante de postes de travail ni changement de métier ni nouvel outil [17]. Mais violent les dispositions de l'article L. 236-9 du Code du travail les juges du fond qui annulent la désignation d'un expert, tout en constatant que le projet était un projet important qui conduisait à un changement déterminant des conditions de travail pour un nombre significatif de salariés [18].

12. Article L. 432-1 dernier alinéa.

13. Article L. 432-3 du Code du travail.

14. Article L. 432-2-1.

15. Article L. 236-2 du Code du travail.

16. Article L 236-9 du Code du travail.

17. Soc 26 juillet 2001 Bull nº 231.

18. Soc 14 février 2001 Bull nº 54.

b) La dimension d'accompagnement

Cette obligation d'information et de consultation préalable des institutions représentatives s'inscrit dans un ensemble de dispositions incitant l'employeur à anticiper les effets que les innovations technologiques vont avoir sur l'emploi et les conditions de travail. L'obligation individuelle d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi, qui sera étudiée plus particulièrement dans la deuxième partie relative aux aspects individuels, participe de cette anticipation, de même que la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, sur laquelle l'employeur doit désormais, dans les entreprises d'au moins 300 salariés, engager tous les trois ans une négociation [19], et la politique de formation.

Mais s'il doit anticiper, l'employeur doit également accompagner ces évolutions, notamment lorsque les « mutations technologiques » rendront des licenciements inéluctables. Il n'entre pas dans l'objet de la présente étude d'exposer l'ensemble des procédures applicables en la matière. Il sera simplement rappelé que dans les entreprises employant au moins cinquante salariés, lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à dix dans une même période de trente jours, l'employeur doit établir et mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi, pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité. La procédure de licenciement est nulle tant qu'un plan visant au reclassement de salariés s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel, qui doivent être réunis, informés et consultés, plan qui doit comprendre des mesures telles que les activités de reclassement interne ou externe, les création d'activité nouvelles, les actions de formation, de conversion, la réduction ou l'aménagement de la durée du travail.

La notion de « mutation technologique » pouvant constituer une cause réelle et sérieuse d'un tel licenciement est contingente, ce qui explique qu'il y ait peu de décisions de principe en la matière. Elle a surtout été définie en matière de licenciement individuel, mais la même définition s'applique en matière de licenciement collectif.

Il a ainsi été jugé que le recours à de nouveaux moyens modernes de reportage, qui entraîne la suppression de l'activité d'illustration sonore exercée par le salarié, constitue une mutation technologique justifiant le licenciement [20].

De même en matière d'informatisation constituent des causes économiques de licenciement, celle de l'agence entraînant la suppression du poste de la salariée [21], celle de l'entreprise

19. Article L. 320-2 du Code du travail issu de la loi du 18 janvier 2005. La négociation – qui doit aussi être engagée dans les entreprises de dimension communautaire d'une certaine importance – doit également porter sur les mesures d'accompagnement, et les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise, sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi et les salaires.

20. Soc., 19 décembre 1990, nº 89-42 242.

21. Soc., 30 juin 1992, nº 91-40 823.

entraînant la transformation de l'emploi de l'intéressée [22], ou encore celle du service des achats dont le salarié a la responsabilité, et qui entraîne la modification de son contrat de travail [23].

Mais une cour d'appel peut décider que l'achat d'un nouvel ordinateur ne constitue pas une mutation technologique [24]. Et il a été décidé, dans un arrêt récent, que c'est par une appréciation souveraine qu'une cour d'appel estime qu'un simple changement de logiciel ou de progiciel ne constitue pas une innovation technologique au sens de l'article L. 321-1 du Code du travail [25].

Lorsqu'elles sont avérées, les mutations technologiques sont de nature à justifier, à elles seules, un licenciement économique si elles entraînent des suppressions d'emploi [26] ; l'introduction d'une technologie informatique nouvelle comportant une incidence sur l'emploi constitue une cause économique de licenciement, alors même que la compétitivité de l'entreprise ne serait pas menacée [27].

Mais les évolutions technologiques pourront être un des éléments du contexte d'une réorganisation, qui, si elle est invoquée comme cause de licenciement, devra alors être nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient.

Une affaire dont la Chambre sociale a délibéré en 2005, les arrêts, qui font l'objet d'un commentaire plus détaillé dans la partie jurisprudence de ce rapport étant rendus le 11 janvier 2006 [28], mérite d'être plus particulièrement signalée. Une société, confrontée à l'érosion de ses supports traditionnels et au développement de produits liés aux nouvelles technologies, a mis en œuvre une réorganisation qu'elle jugeait nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, se traduisant par la création de 42 nouveaux emplois, la suppression de 9 postes, et la modification du portefeuille des produits de 930 conseillers commerciaux. Une partie des salariés qui ont refusé ces modifications, ont été licenciés et ont saisi la juridiction prud'homale. Certains juges du fond ont accueilli leur demande, en retenant notamment que l'employeur ne pouvait invoquer une adaptation à l'évolution de nouvelles technologies qui était déjà largement effective et que la réorganisation avait pour seul objectif d'améliorer la rentabilité de l'entreprise. La cour d'appel de Dijon a quant à elle constaté que le succès et le dynamisme des entreprises concurrentes, qui utilisaient des techniques innovantes, constituaient une menace pour la société, et jugé qu'il ne pouvait être reproché à l'employeur d'avoir anticipé des difficultés économiques que l'évolution des technologies et de son environnement concurrentiel rendaient prévisibles et mis à profit une situation financière saine pour adapter ses

22. Soc., 15 octobre 1992, Bull. n° 513 ; Soc., 20 octobre 1998, n° 96-42 952.

23. Soc., 28 avril 2000, n° 98-40 139.

24. Soc., 12 novembre 1997, n° 94-43 426.

25. Soc., 13 mai 2003, n° 00-46 766.

26. Soc., 29 mai 2002, n° 99-45 897.

27. Soc., 9 octobre 2002, n° 00-44 069.

28. n° 05-40 977 et n° 04-46 201.

structures à cette évolution. Sa position est approuvée par la Cour de cassation, qui précise que la réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, et que répond à ce critère la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement.

Cette affaire est particulièrement significative, d'abord parce qu'elle met en évidence les effets complexes qu'a l'introduction de nouvelles technologies – qui était à l'origine de la réorganisation invoquée comme cause de licenciement – sur l'emploi : il y avait en l'espèce à la fois des suppressions, des créations et des transformations d'emplois, le bilan étant finalement selon la cour d'appel « bénéfique pour l'emploi », les objectifs de création ayant été largement dépassés. Mais elle montre également l'importance de l'anticipation dans la gestion des mutations technologiques, notamment au regard de leurs effets sur l'emploi.

2. Nouvelles technologies et désignation et moyens d'action des institutions représentatives du personnel

Le développement des nouvelles technologies remet en cause l'unité de lieu et de temps de travail qui caractérisaient l'entreprise traditionnelle. L'éclatement du lieu de travail, les nouveaux modes d'organisation du travail, par l'atomisation de la collectivité de travail qu'ils entraînent, peuvent aboutir à priver une partie des salariés de représentation. Par la définition qu'elle a donnée de l'établissement distinct, par la création de celle d'unité économique et sociale, la Cour de cassation a permis d'adapter le cadre des institutions à cette évolution, en faisant prévaloir, sur les divisions juridiques ou géographiques de l'entreprise, la notion de communauté de travail [29]. On peut cependant se demander si certaines évolutions ne vont pas avoir une incidence sur cette notion même de communauté de travail qui fonde la conception actuelle de la représentation.

L'éloignement de certains salariés, du fait de la dispersion des lieux de travail, peut par ailleurs rendre difficile leur participation au scrutin. L'utilisation de procédés de vote « technologiques », en particulier le vote électronique, peut être un moyen de la faciliter, et de réduire le taux d'abstention, souvent important.

Le vote physique et personnel étant la règle, la Chambre sociale s'est montrée dans un premier temps réservée à l'égard de ces nouveaux procédés. Elle a ainsi, dans un arrêt du 20 octobre 1999 [30], estimé que n'étaient pas conformes aux principes généraux du droit électoral les dispositions d'un accord prévoyant un télévote organisé dans les conditions suivantes : l'électeur, auquel étaient confiés deux codes confidentiels, votait soit par téléphone depuis un

29. Rapport annuel 2004, p 109. P. Sargos « *la recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise* ».

30. Bull. nº 390.

isoloir, soit à partir d'un poste téléphonique de son choix. Il était mis en relation avec une boîte vocale énumérant les choix possibles, la gestion et la surveillance du vote étant assurées par des prestataires de services, les opérations de dépouillement étant entièrement automatiques. La décision des juges du fond, qui avaient estimé que la confidentialité et la sincérité du scrutin étaient assurée, a été censurée par la Cour de cassation, qui a considéré que les principes généraux n'étaient pas respectés dès lors que le scrutin n'avait pas lieu sous enveloppe, que sa clôture n'était pas constatée par le président du bureau de vote, et que les opérations électorales, notamment le dépouillement, échappaient au contrôle des électeurs et des délégués de listes de candidats.

Un arrêt du 6 février 2002 [31] a admis par la suite la mise en place d'un dépouillement automatique effectué par un prestataire de services dès lors que les opérations d'émargement et de dépouillement avaient eu lieu sous le contrôle effectif de deux bureaux de vote composés d'électeurs et d'une commission électorale comprenant les représentants de chaque liste en présence.

La loi du 21 juin 2004 a désormais introduit dans le Code du travail la possibilité d'élire les délégués du personnel et membres du comité d'entreprise par vote électronique. Les articles L. 423-13 et L. 433-9 du Code du travail prévoient que l'élection a lieu au scrutin secret sous enveloppe ou par vote électronique, dans les conditions et selon les modalités définies par décret en Conseil d'Etat, décrets qui n'étaient à la date de rédaction de cette étude pas publiés.

Anticipant la mise en œuvre de ce texte, la Chambre sociale a admis, dans un arrêt du 8 décembre 2004 [32], la validité du vote électronique prévu par un accord électoral unanime, dès lors que les dispositions du protocole permettaient d'assurer l'identité des électeurs ainsi que la sincérité et le secret du vote, comme la publicité du scrutin, et étaient ainsi conformes aux principes généraux du droit électoral.

La Chambre sociale a enfin eu récemment à se prononcer sur les conditions dans lesquelles un syndicat pouvait diffuser des tracts et publications sur la messagerie électronique que l'entreprise met à la disposition des salariés. Elle a répondu que cette diffusion n'était possible « qu'à la condition, soit d'être autorisée par l'employeur, soit d'être organisée par accord d'entreprise » [33].

Les dispositions de la loi du 4 mai 2004, qui a ajouté à l'article L. 412-8 du Code du travail un septième alinéa relatif à la communication syndicale par voie électronique, qui prévoit qu'*« un accord d'entreprise peut autoriser la mise à disposition des publications et tracts de nature syndicale soit sur un site syndical mis en place sur l'intranet de l'entreprise, soit par la diffusion sur la messagerie électronique de l'entreprise* », n'étaient pas applicables en l'espèce, mais la décision est conforme à l'esprit du texte, qui est d'encourager la conclusion d'accords collectifs

31. Bull. nº 58.

32. Bull. nº 321.

33. Soc., 25 janvier 2005, Bull. nº 19.

en la matière. Les syndicats représentatifs non signataires de ces accords pourront, en application du principe d'égalité, en bénéficier [34].

3. Nouvelles technologies et interférences avec la législation sur l'informatique et les libertés

On peut raisonnablement rattacher aux aspects à dominante collective des nouvelles technologies et du droit du travail certains éléments qui, dans la loi relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés du 6 janvier 1978, modifiée par la loi du 7 août 2004, concernent plus spécialement les salariés (une bonne synthèse en est faite dans un récent guide de la Commission nationale de l'informatique et des libertés – CNIL – intitulé « *Guide pratique pour les employeurs* »).

On sait que la France a été l'un des premiers pays à se doter, avec la loi précitée, d'un système juridique permettant de lutter contre les dangers du recours sans contrôle à l'informatique. Certes, lors des travaux préparatoires de cette loi, la question de l'incidence des nouvelles techniques de l'information et de la communication sur la relation de travail n'a pas été débattue en profondeur, mais en énonçant dans son article 1er que l'informatique *« ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques »*, la situation du travailleur est nécessairement visée puisque, d'une part, le droit d'exercer une activité professionnelle est une liberté fondamentale [35], et que, d'autre part, la vie privée du salarié doit être préservée, même dans la relation salariale. Et l'article 8, 1 de la loi interdit de collecter et de traiter des données à caractère personnel faisant apparaître directement ou indirectement l'appartenance syndicale des personnes.

Ainsi la CNIL a pris, le 20 décembre 1994, [36] une délibération « *portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés d'informations nominatives mises en œuvre à l'aide d'autocommutateurs téléphoniques sur les lieux de travail* », qui réglemente la faculté qu'ont les employeurs d'installer dans leur entreprise un autocommutateur, lequel, en permettant l'enregistrement des numéros de poste des appelants et des numéros de téléphone appelés, constitue un traitement automatisé d'informations nominatives devant faire l'objet d'une déclaration. L'article 6 de la délibération précitée précise que des mesures particulières doivent être prises afin que les conditions de mise en œuvre d'un autocommutateur n'entravent pas l'exercice des droits reconnus par la loi en matière d'exercice des droits et libertés des salariés protégés. Par un arrêt du 6 avril 2004 [37] la Chambre sociale a statué dans le même sens. Il s'agissait d'un représentant du personnel qui ne disposait que de la ligne téléphonique desservant son poste de travail reliée à l'autocommutateur de l'entreprise ; pour les besoins de l'exercice de ses mandats il avait demandé à bénéficier de la mise à sa disposition d'une ligne

34. Soc., 29 mai 2001, Bull. nº 185.

35. 1re Civ., 22 novembre 1983, Bull. nº 277 ; Soc., 17 décembre 2004, Bull. nº 346.

36. J. O. du 3 janvier 1995 p. 104.

37. Bull. nº 104.

autonome, ce que la cour d'appel lui avait refusé. Son arrêt a été cassé au motif que « *pour l'accomplissement de leur mission légale et la préservation de la confidentialité qui s'y attache les salariés investis d'un mandat électif ou syndical dans l'entreprise doivent pouvoir y disposer d'un matériel ou procédé excluant l'interception de leurs communications téléphoniques et l'identification de leurs correspondants* ». Cet arrêt illustre donc la prise en considération, pratiquement au sens propre du terme, d'exigences technologiques pour permettre l'exercice d'un mandat syndical sans contrôle direct ou indirect de l'employeur.

La CNIL a également pris position sur l'utilisation des badges sur le lieu du travail [38]. Ces badges électroniques, magnétiques ou à puces, servent notamment au contrôle des accès à l'entreprise et à ses locaux, à la gestion des heures de travail et, parfois, de la restauration d'entreprise. Le traitement électronique de ces badges doit faire l'objet d'une déclaration à la CNIL (sous réserve, depuis la loi du 6 août 2004, d'une dispense de déclaration lorsqu'un correspondant à la protection des données à caractère personnel est mis en place dans l'entreprise). Par arrêt du 6 avril 2004 [39] la Chambre sociale a eu à statuer sur le cas d'une entreprise qui n'avait pas fait la déclaration à la CNIL d'un système de badge géré par des moyens automatisés qu'elle avait mis en place. Un salarié avait refusé d'utiliser son badge à la sortie de l'entreprise en raison de l'absence de déclaration du traitement à la CNIL et son employeur l'avait licencié pour ce refus. La Chambre sociale a décidé que le refus par le salarié d'utiliser un badge sans que son employeur ait fait la déclaration préalable à la CNIL ne permettait pas de lui imputer une faute, nonobstant la circonstance qu'une telle obligation d'usage du badge était prévue par le règlement intérieur ; le licenciement a donc été jugé sans cause réelle et sérieuse. La décision marque donc nettement l'incidence directe d'une technologie particulière de contrôle sur le pouvoir disciplinaire de l'employeur qui, en l'espèce, le perd du fait de son manquement à l'obligation de déclaration préalable à la CNIL.

La CNIL a aussi été amenée récemment à se prononcer sur les dispositifs de dénonciation interne mis en place dans certaines entreprises à la suite du Sarbanes Oxley Act américain. Elle a adopté le 10 novembre 2005 un document d'orientation précisant que le champ d'application de ces dispositifs doit être limité, de même que les catégories de personnes concernées, et les droits de celles-ci préservés. En raison des sanctions qu'encourent les salariés visés, ces dispositifs « d'alerte » relèvent du régime de l'autorisation préalable, une décision d'autorisation unique fixant les conditions à respecter ayant été prise le 8 décembre 2005.

38. Délibération n° 2002-001 du 8 janvier 2002 adoptant la norme simplifiée n° 42.

39. Bull. n° 103.

II – NOUVELLES TECHNOLOGIES ET ASPECTS À DOMINANTE INDIVIDUELLE DU DROIT DU TRAVAIL

Les aspects à dominante individuelle des nouvelles technologies concernent à titre principal deux grandes obligations qui pèsent sur l'employeur, à savoir, d'une part, l'obligation d'adaptation des salariés, d'autre part, l'obligation de respecter les droits et libertés de la personne humaine dans l'entreprise.

1. L'obligation de l'employeur quant à l'adaptation des salariés aux nouvelles technologies

On a vu dans la première partie de cette étude que la loi du 30 décembre 1986, modifiant l'article L. 432-2 du code du travail, à imposé à l'employeur d'établir, dans certaines circonstances, un plan d'adaptation aux nouvelles technologies, plan qui est communiqué au comité d'entreprise.

Mais dans la relation individuelle de travail entre le salarié et l'employeur la jurisprudence de la Chambre sociale, revenant sur sa doctrine antérieure, a posé en principe que ce dernier était tenu d'une obligation d'adaptation du salarié à l'évolution des conditions de travail qu'il lui impose, notamment en cas de modification des matériels ou procédés utilisés.

Cette doctrine antérieure reposait sur l'idée que, sauf détournement de pouvoir, l'employeur, seul juge de la compétence des salariés, n'avait à leur égard aucune obligation de reclassement en cas de transformation d'emploi consécutive à l'introduction de nouvelles technologies. La Chambre sociale affirmait ainsi, depuis un arrêt du 19 octobre 1978 [40], qu'il n'existait aucun texte légal ou conventionnel sur le fondement duquel l'employeur aurait été tenu envers le salarié d'une obligation particulière de reclassement [41].

L'arrêt société Expovit du 25 février 1992 [42] est revenu sur cette doctrine. Il s'agissait d'une responsable d'un fichier client informatique qui avait été licenciée pour suppression de poste sans que lui ait été proposée une formation à un autre poste de facturière qui avait été pourvu concomitamment par l'embauche d'une autre salariée. La cour d'appel avait décidé que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en énonçant dans une formule de principe que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* », et qu'en l'espèce il avait la possibilité de reclasser la salariée licenciée dans un autre emploi correspondant à ses capacités. Ce principe a été peu après appliqué par l'arrêt société Viennot du 19 novembre 1992 [43], dans le cas d'une employée de bureau licenciée en raison de l'informati-

40. Bull. nº 690.

41. Michel Défossez Recueil Dalloz 1992 p. 390.

42. Bull. nº 122.

43. Bull. nº 564.

sation de l'entreprise alors que l'employeur ne démontrait pas qu'il ne disposait d'aucun poste à proposer à cette dernière et qu'elle était inapte à s'adapter à l'informatisation de la société. Or pour démontrer qu'un salarié est incapable de s'adapter à un nouvel outil technologique l'employeur doit établir qu'il lui a donné la possibilité de le faire.

Le caractère général de ce principe se déduit de la combinaison des articles 1134 et 1135 du Code civil suivant lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi et obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. Or le contrat de travail à durée indéterminée auquel l'employeur ne peut mettre fin que pour une cause réelle et sérieuse implique une obligation d'adaptation pour justifier du caractère sérieux du licenciement. Comme le relève B. Lardy-Pelissier [44], « *un contrat à exécution successive, comme le contrat de travail, n'a de sens que s'il est sous-tendu par la faculté nécessaire de répondre ou de réagir aux évolutions, aux transformations ; l'adaptation est la condition de la durabilité* ». On ne met pas au rebut en même temps la machine devenue obsolète et la personne qui l'utilisait, l'employeur doit systématiquement chercher à adapter cette personne au nouveau matériel ou procédé.

Cette obligation de caractère général s'impose à l'employeur en cas de transformation de l'emploi [45], comme en cas de suppression d'emploi.

Cette obligation sous-tend la jurisprudence relative à l'obligation de reclassement, avec laquelle elle ne se confond cependant pas. Par un arrêt contemporain de l'arrêt Expovit, et également fondateur [46], la Cour de cassation a en effet décidé que le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir, en cas de suppression d'emploi, que si le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise n'est pas possible. L'articulation de cette obligation avec l'obligation d'adaptation a été par la suite précisée : il est désormais admis que le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir que si le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise ou dans le groupe dont elle relève n'est pas possible ; qu'il appartient à l'employeur, même lorsqu'un plan social a été établi, de rechercher s'il existe des possibilités de reclassement, prévues ou non dans le plan social, au sein du groupe, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, et de proposer aux salariés dont le licenciement est envisagé, des emplois disponibles de même catégorie ou, à défaut, de catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification des contrats, en assurant au besoin l'adaptation de ces salariés à une évolution de leur emploi [47].

Ainsi, si l'adaptation est le moyen de parvenir au reclassement, elle ne se résume pas à celui-ci. Ces obligations n'ont pas le même « temps d'exigibilité » [48]. Inhérente à l'exécution du contrat de travail, l'obligation d'adaptation se caractérise par sa permanence ; elle n'est pas

44. L'obligation de reclassement Dalloz 1998 p. 399.

45. Soc., 17 mars 1998, pourvoi n° 95-45 470.

46. Soc., 1er avril 1992, Bull. n° 228.

47. Soc., 6 juillet 1999, Bull. n° 333 ; Soc., 14 janvier 2004, Bull. n° 11.

48. A. Lyon-Caen, le droit et la gestion des compétences Droit Social 1992 p. 573.

limitée au cas où un motif économique est invoqué. Un employeur ne peut licencier une salariée pour insuffisance professionnelle, alors que les erreurs qu'ils lui reproche ont été commises sur une courte période après la mise en place d'un nouveau logiciel, et qu'il n'a pas satisfait à son obligation d'adapter la salariée à l'évolution de son emploi [49].

Le législateur a consacré cette évolution jurisprudentielle, d'abord dans la loi du 19 janvier 2000, qui, transposant la jurisprudence précitée, avait inscrit l'obligation générale d'adaptation dans l'article L. 932-2 du Code du travail, puis dans la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, qui a modifié la rédaction de l'article L. 321-1 du Code du travail. L'inscription du principe, dans sa portée générale, a été maintenue par la loi du 4 mai 2004, dans une rédaction cependant modifiée, l'article L. 930-1 disposant : « *L'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations...* ».

Cette obligation, si elle a une portée générale, connaît cependant des limites que la Chambre sociale a précisées dans un arrêt du 3 avril 2001 [50], en énonçant que « *si l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, au besoin en leur assurant une formation complémentaire, il ne peut lui être imposé d'assurer la formation initiale qui leur fait défaut* ». Elle avait déjà, dans un arrêt du 11 janvier 2000 [51], dit que les juges du fond, qui relèvent que le seul poste vacant nécessitait une formation initiale de trois ans et une expérience de plusieurs années, que ne possédait pas le salarié, avaient pu décider que l'employeur n'avait pas méconnu son obligation de reclassement. C'est en effet « une obligation d'adaptation que la jurisprudence met à la charge de l'employeur, et non une obligation débouchant sur une nouvelle qualification professionnelle » [52], la qualification constituant un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans l'accord des parties. L'adaptation à l'emploi est donc « autre chose que l'acquisition de la qualification professionnelle requise pour accomplir une tâche » [53].

Cela ne veut évidemment pas dire que des formations qualifiantes ne peuvent être proposées au salarié. La loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie invite l'employeur à proposer des formations participant au développement des compétences. Mais elles ne rentrent pas dans le cadre de l'adaptation.

49. Soc., 21 octobre 1998, pourvoi nº 96-44 109.

50. Bull. nº 114.

51. Nº 97-41 255.

52. Marie-José Gomez Mustel, les enjeux de l'obligation d'adaptation, Droit social mai 2004 p. 499.

53. Bernard Boubli, réflexions sur l'obligation de reclassement en matière de licenciement pour motif économique RJS 1996 p. 131.

2. L'obligation de l'employeur de respecter les droits et libertés de la personne humaine dans l'entreprise

L'observation a déjà été faite, mais mérite d'être rappelée : le développement « métastasique » de l'informatique, qui rend possible une exploitation exponentielle de la vidéo surveillance, et du réseau internet, avec sa variante intranet, permet maintenant de réaliser le panopticum de Jeremy Bentham, c'est-à-dire de suivre, sans être décelé, tous les agissements et mouvements des personnes. Le temps et l'espace du travail de l'homme au service de l'entreprise peut ainsi faire l'objet, grâce aux nouvelles technologies, d'un contrôle continu au même titre que les machines qu'il utilise et qui, pour certaines, par une inquiétante fusion, ne lui sont accessibles que s'il s'identifie corporellement (main, iris).

Le législateur, comme la jurisprudence, ont réagi à ce risque majeur en imposant en particulier ce que l'on pourrait appeler une déontologie de la surveillance et des contraintes sur la vie des personne inhérentes au travail.

L'image du cordonnier est traditionnellement positive et sympathique dans notre société. Tel n'est sans doute pas le sentiment qu'avait l'employée depuis treize ans d'un cordonnier lorsque celui-ci l'a licenciée pour faute grave sur la base d'un système de vidéo surveillance secret qui enregistrait à son insu son comportement et ses paroles. Cette affaire a donné lieu au très connu arrêt Néocel du 20 novembre 1991 [54] qui énonce en substance que « *Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quelqu'en soit 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'une salariée l'existence d'une faute grave en se fondant sur un enregistrement de son comportement et de ses paroles effectué par l'employeur au moyen d'une caméra dissimulée dans une caisse de manière à surveiller les salariés sans qu'ils s'en doutent* ». Un arrêt récent du 23 novembre 2005 [55] a repris la même formulation que l'arrêt Néocel à propos d'un contrôle par des détectives privés. Toutefois dans les entreprises qui comportent des locaux affectés à leurs clients, et auxquels les salariés de l'entreprise n'ont pas accès, ces clients peuvent installer des systèmes de surveillance sans en divulguer l'existence [56].

Le principe de transparence des modes de surveillance a donc été clairement et fermement posé en 1991 par la jurisprudence. Il a, un peu plus d'un an après, été expressément reconnu par le législateur avec l'article L. 121-8 du Code du travail, issu de la loi du 31 décembre 1992, suivant lequel « *Aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat à un emploi* ». Et l'article L. 432-2-1, issu de la même loi, impose à l'employeur d'informer et de consulter le comité d'entreprise préalablement à la déci-

54. Bull. nº 519.

55. Pourvoi nº 03-41 401.

56. Soc., 19 avril 2005, Bull. nº 141.

sion de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés.

La transparence est donc la règle. Mais le simple fait d'informer d'un mode de surveillance ne suffit pas à le rendre par la même licite. Certains modes de surveillance peuvent en effet avoir un impact tel sur la vie privée qu'ils ne peuvent être employés en raison du caractère disproportionné de l'atteinte portée à cette liberté fondamentale. On rejoint là encore la loi du 31 décembre 1992, suivant laquelle « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché* » [57]. A donc a été jugée contraire aux articles 8 de la convention européenne des droits de l'homme, 9 du code civil et du nouveau Code de procédure civile et L. 120-2 du Code du travail, la filature d'une salariée depuis son domicile ordonnée par son employeur [58], une telle filature impliquant nécessairement une atteinte disproportionnée à la vie privée. Il en résulte qu'un licenciement fondé sur des renseignements recueillis lors d'une filature n'est pas licite. On doit noter que cette décision marque un net durcissement par rapport à deux arrêts l'un du 22 mai 1995 [59], l'autre du 4 février 1998 [60], qui n'avaient condamné des procédés de filature que parce que ce dispositif de contrôle n'avait pas été porté préalablement à la connaissance des salariés. On peut aussi penser que cet arrêt du 26 novembre 2002 condamne la solution d'un arrêt du 14 mars 2000 [61] admettant que des écoutes téléphoniques sur les lieux du travail pouvaient constituer un moyen de preuve licite dès lors que les salariés étaient avertis de ces écoutes.

Cette déontologie de la surveillance trouve maintenant un nouveau terrain d'élection avec l'explosion des nouvelles techniques de communication et d'information (NTIC) liées à l'emploi du matériel informatique et des courriels. On doit aussi signaler la pertinente inquiétude de la CNIL sur la cybersurveillance des salariés et, notamment, les dérives potentielles de l'abus du recours au GPS qui pourrait permettre une « filature électronique » des salariés disposant d'un véhicule pour leurs fonctions.

La mise à disposition des salariés par leur employeur de postes informatiques, avec souvent une adresse électronique, fait aussi difficulté en ce sens que, comme l'a relevé à très juste titre la CNIL, si l'usage de ces matériels doit être professionnel, une utilisation personnelle raisonnable est socialement et sociologiquement admise, ne serait-ce que pour des raisons pratiques évidentes (communication personnelle urgente par exemple). Mais l'employeur a-t-il la faculté d'exercer sur cet usage un contrôle discrétionnaire ? La jurisprudence s'est nettement orientée en sens contraire, à la différence de certains pays étrangers.

57. Article L. 120-2 du Code du travail.

58. Soc., 26 novembre 2002, Bull. nº 352.

59. Bull. nº 164.

60. Bull. nº 64.

61. Bull. nº 101.

L'arrêt Nikon du 2 octobre 2001 [62] interdit ainsi à l'employeur de prendre connaissance des messages personnels que le salarié émet ou reçoit sur l'ordinateur mis à sa disposition, et cela même si l'employeur a interdit une utilisation non professionnelle de ce matériel. Mais le manquement à cette interdiction pourrait en tant que tel faire l'objet d'une sanction. Un autre arrêt du 17 mai 2005 [63] souligne, au visa des articles 8 de la Convention, 9 du Code civil et du nouveau code de procédure civile, que sauf risque ou événement particulier l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme étant personnels, contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition, qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé.

Mais le salarié ne peut utiliser à des fins personnelles les outils informatiques mis à sa disposition à titre professionnel par son employeur que de façon raisonnable et pour des besoins légitimes. Un arrêt de la Chambre sociale du 2 juin 2004 [64] concerne d'ailleurs une entreprise qui avait mis à la disposition de ses salariés une messagerie électronique comportant le nom du salarié et de l'entreprise. Le salarié concerné, un cadre, avait utilisé cette messagerie pour envoyer un message antisémite que le destinataire avait dénoncé à l'employeur. La Chambre sociale a décidé que « *le fait pour un salarié d'utiliser la messagerie électronique que l'employeur met à sa disposition pour émettre, dans des conditions permettant d'identifier l'employeur, un courriel concernant des propos antisémites est nécessairement constitutif d'une faute grave* ».

Les décisions relatives à l'interdiction faite à l'employeur d'accéder de façon discrétionnaire aux courriels et fichiers personnels de ses salariés se relient aussi au développement du droit des travailleurs au respect de droits liés à leur qualité de personne humaine, tels que le droit à la vie privée et personnelle qui doit être préservé, même avec les nouvelles technologies.

On citera ainsi l'arrêt Spileers du 12 janvier 1999 [65], qui, au visa de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, énonce que le libre choix du domicile personnel est un attribut du droit de toute personne au respect de son domicile et qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché. Un autre arrêt du 2 octobre 2001 [66], rendu au double visa de l'article 9 du Code civil et de l'article L. 120-2 du Code du travail, affirme qu'un salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail (il s'agissait d'un salarié qui initialement disposait d'un bureau dans les locaux de sa société, laquelle avait entendu par la suite lui imposer de travailler à son domicile). Il résulte donc de cet arrêt qu'un employeur ne peut prendre prétexte des facilités offertes par la micro-informatique pour imposer à un salarié, sans son accord, d'en installer chez lui et d'y travailler.

62. Bull. nº 291.

63. Bull. nº 165.

64. Bull. nº 152.

65. Bull. nº 7.

66. Bull. nº 292.

Si Guglielmo Ferrero avait connu l'explosion de l'informatisation il aurait sans doute complété sa pensée en ajoutant que l'insomnie du monde, commencée avec la machine à vapeur et avec l'électricité, connaissait son apothéose finale avec l'informatique et le développement des nouvelles techniques de l'information et de la communication. Il s'agit des célèbres « NTIC » auxquelles Jean-Emmanuel Ray a consacré un conte, à la fois drolatique et tragique, à propos des mésaventures de Mme Tic, cadre trop connectée d'un employeur trop connecteur[67]. L'insomnie destructrice de l'être humain au travail, et dont le temps de travail finit par devenir le seul temps, est en effet trop souvent la contrepartie des innovations et mutations technologiques galopantes des dernières années. Une autre contrepartie au moins aussi négative étant sans doute la mise à l'écart de tout travail permettant de vivre décemment de trop d'hommes et de femmes, comme l'a dénoncé avec sa lucidité et sa vigueur décapante habituelle Jean-Jacques Dupeyroux dans l'avant propos du numéro de Droit social de décembre 2005 consacré au nouveau droit du travail et de l'emploi.

Les éléments qui ont été analysés dans les développements qui précédent démontrent en tout cas que les nouvelles technologies sont maintenant au cœur du droit du travail et de la jurisprudence de la Chambre sociale, laquelle s'efforce de prendre en compte leurs apports bénéfiques, mais aussi et surtout de préserver les travailleurs de ses excès sur la liberté et la dignité.

Ces éléments, bien sûr, ne couvrent pas tout le sujet. Ainsi le développement du télétravail, objet d'un accord national interprofessionnel conclu le 19 juillet 2005, aurait mérité des développements, comme l'extension de l'usage de l'intranet d'entreprise ; on peut d'ailleurs signaler à cet égard un arrêt du 20 avril 2005[68], qui rappelle que si l'employeur peut porter à la connaissance de ses salariés les emplois disponibles par voie de communication électronique, notamment sur le réseau intranet de l'entreprise, il est tenu, en application de l'article L. 212-4-9 du Code du travail, de procéder à une diffusion spécifique concernant les emplois pouvant correspondre à la catégorie professionnelle, ou à un emploi équivalent, des salariés à temps partiel souhaitant occuper un emploi à temps complet, ou des salariés à temps complet souhaitant un emploi à temps partiel.

Un autre thème majeur est l'innovation technologique et la santé au travail, à laquelle fait allusion le journal Le Monde du 20 décembre 2005 consacré à l'impact des nouvelles formes de pénibilité au travail (troubles liés au travail sur écran notamment). On peut raisonnablement espérer qu'il fera l'objet d'une attention vigilante du juge du travail et du juge de la sécurité sociale.

67. « La guerre des temps. Le net ? Never enough time ! » Droit social janvier 2006 p. 3.

68. Bull. n° 152.

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET ACTIVITÉ MÉDICALE

L'innovation technologique est à l'origine d'avancées thérapeutiques et diagnostiques, permet de prévenir certaines affections et constitue ainsi une source constante de progrès. Elle nourrit de grands espoirs, tels que celui de guérir et d'améliorer la qualité et l'espérance de vie. Elle ouvre sans cesse de nouvelles perspectives et permet de repousser les limites de ce qui est possible en l'état des connaissances scientifiques et techniques, même si elle peut parfois donner l'illusion que tout aléa pourrait être gommé et que le patient aurait un droit à guérir.

• Elle concerne *tous les domaines de la médecine et de la recherche biomédicale* et connaît des *applications très différentes*. L'imagerie s'est beaucoup améliorée avec le développement de l'endoscopie, des ultra-sons, de la résonance magnétique, des isotopes radioactifs et le traitement informatisé des images reçues. Le dépistage précoce de certaines affections et leur traitement, y compris in utero, peuvent être ainsi réalisés. La chirurgie s'est miniaturisée et utilise des voies d'abord plus petites avec l'assistance de la vidéo et éventuellement de l'informatique. Des prothèses rendent possible le remplacement de certains organes, membres ou segments de membres. De nouveaux médicaments sont régulièrement découverts qui ont notamment permis l'essor des greffes d'organes et de moelle. C'est dans le domaine de la biologie que l'évolution est la plus rapide. L'utilisation de cellules souches devrait permettre de restituer la fonction d'un tissu ou d'un organe défaillant. L'étude du patrimoine génétique d'une personne peut aboutir au diagnostic et à la prédiction de certaines affections chez l'homme, l'embryon ou le fœtus. Certaines thérapies sur le génome ont commencé. Différentes techniques d'assistance médicale à la procréation ont donné la possibilité à des couples de remédier à des problèmes d'infertilité ou de transmission de pathologies graves. Après le clonage de l'animal, le clonage thérapeutique ou reproductif est envisageable. Enfin le recueil et le stockage des informations médicales relatives à la personne sur des supports dématérialisés ainsi que la transmission de telles informations et d'images entre deux sites distants dans un but d'interprétation, de consultation ou même de surveillance d'un patient sont aussi le fruit d'innovations technologiques.

• Elle suscite des *débats d'ordre éthique* et parfois même de société qui dépassent le cadre national et ont lieu à l'échelle européenne ou mondiale. Il importe, au-delà des avancées médicales qu'elle permet de réaliser, de mesurer quelles pourront être ses applications. Elle peut, en effet, mettre en jeu la dignité de la personne, son intégrité, son identité et ses droits fondamentaux ou même engager l'avenir du genre humain. Elle peut aussi susciter des discussions liées à son coût et à son intérêt, au regard de l'affection qu'elle permet de traiter et, le cas échéant, du mode de traitement déjà existant ou encore de priorités de santé publique.

La réflexion d'instances pluridisciplinaires est apparue particulièrement utile. Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, créé en 1983, a ainsi, selon la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, pour mission de donner des avis sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé. Un comité international de bioéthique et un comité intergouvernemental de bioéthique ont été créés en 1993 et

1998 à l'Unesco. De même le Conseil de l'Europe s'est doté en 1992 d'un comité directeur de bioéthique.

• Elle peut faire l'objet de *déclarations internationales,* lorsqu'un consensus peut être trouvé sur des valeurs essentielles, visant à ce que les Etats signataires s'engagent à les sauvegarder, à instaurer des limites à la pratique de certains actes médicaux et à prévenir ainsi des dérives ; celles-ci ne pouvant être efficacement contrées qu'à l'échelle internationale. Ainsi la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, en date du 11 novembre 1997, a notamment affirmé que le principe de dignité imposait de ne pas réduire les individus à leurs caractéristiques génétiques et de respecter leur caractère unique et leur diversité. L'Unesco a aussi adopté, les 16 octobre 2003 et 19 octobre 2005, la Déclaration internationale sur les données génétiques et la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme. Le Conseil de l'Europe a adopté à Oviedo le 4 avril 1997, la Convention des droits de l'homme et de la biomédecine protégeant l'être humain dans sa dignité et son identité et faisant prévaloir la protection de la personne sur le seul intérêt de la société ou de la science ; cette convention comportant, en outre, plusieurs protocoles additionnels en date des 12 janvier 1998, 24 janvier 2002 et 25 janvier 2005 sur le clonage, la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine et la recherche biomédicale.

• Elle peut, à la lumière de ces débats, de déclarations internationales et de législations étrangères, justifier un *encadrement législatif* national. Elle peut aussi, à l'inverse, servir de base à l'élaboration de règles internationales ou d'autres législations. L'intervention législative peut être également liée à la nécessité de transposer en droit interne des directives européennes.

Ce sont, d'abord, les *recherches biomédicales*, à l'origine de nombreuses innovations technologiques, qui ont bénéficié d'un tel encadrement. Les lois nº 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches bio-médicales et nº 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique ont posé certaines conditions à leur réalisation, liées notamment à l'état des connaissances scientifiques, au bénéfice escompté, aux personnes pouvant s'y prêter et à l'information et à la protection dont elles doivent bénéficier, la loi du 9 août 2004 étant aussi justifiée par la nécessité de transposer la directive 2001/20/CE relative aux essais cliniques de médicaments. Le législateur a prévu, outre les conditions dans lesquelles les recherches peuvent être réalisées, un avis du Comité de protection des personnes et une autorisation de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé ou dans certains cas du ministre chargé de la santé. La loi nº 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique a réaffirmé l'existence d'une interdiction de principe de la *recherche sur les embryons*, tout en autorisant à titre dérogatoire et pour cinq ans et sous certaines conditions, telles que l'autorisation préalable de l'Agence de la biomédecine, des recherches sur les embryons conçus in vitro dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation qui ne font plus l'objet d'un projet parental et sur les embryons ayant fait l'objet d'un diagnostic préimplantatoire chez lesquels l'anomalie recherchée aura été détectée. Elle donne également, sous certaines conditions, la possibilité aux chercheurs de travailler sur des tissus et des cellules embryonnaires ou fœtaux importés.

Les *produits de santé,* que ce soient les médicaments à usage humain, les dispositifs médicaux ou encore les produits biologiques d'origine humaine, ont été aussi soumis à certaines exigences fixées par des directives européennes et notamment par le Code communautaire sur les médicaments et par la loi nº 98-535 du 1er juillet 1998 sur le renforcement de la sécurité sanitaire. Les médicaments sont, en particulier, soumis à des essais précliniques puis cliniques dans le cadre de la législation sur les recherches biomédicales et ne peuvent être mis en circulation que lorsqu'ils ont reçu une autorisation de mise sur le marché délivrée par la communauté européenne ou par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS), l'étiquetage et la notice faisant également l'objet d'une réglementation spécifique.

Les lois nº 94-653 et nº 94-654 du 29 juillet 1994 relatives, l'une au respect du corps humain et l'autre au don et à l'utilisation des éléments du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation ont soumis à certaines conditions, *l'examen des caractéristiques génétiques* d'une personne et *l'identification par empreintes génétiques*, les *prélèvements de tissus, cellules et organes* sur des personnes vivantes ou décédées, à des fins thérapeutiques ou scientifiques, les *conceptions in vitro*, *le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, le diagnostic prénatal et le diagnostic préimplantatoire*. La loi du 6 août 2004 a adapté le dispositif existant en prenant en compte de nouvelles avancées médicales et scientifiques et autorisé ainsi, à titre d'exemple, sous certaines réserves, le diagnostic biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro dans l'intérêt thérapeutique d'autrui, lorsque le couple a donné naissance à un enfant malade et que le pronostic vital de cet enfant peut être amélioré de façon décisive par l'application sur celui-ci d'une thérapeutique ne portant pas atteinte à l'intégrité du corps de l'enfant né du transfert de l'embryon in utero.

Ces différentes législations visant à concilier le respect de l'homme, et en particulier de la personne concernée par l'acte médical, l'état des connaissances scientifiques et la nécessité de favoriser de nouvelles découvertes médicales, présentent certains *traits communs* essentiels.

Elles limitent le recours à ces techniques en se fondant essentiellement sur la *finalité* de l'acte médical rendu possible. A titre d'exemples, l'article R. 1131-1 du Code de la Santé publique auquel renvoie la loi du 6 août 2004, a prévu que l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales pouvait uniquement avoir pour objet, soit de confirmer ou d'infirmer le diagnostic de maladie génétique chez une personne qui en présente les symptômes, soit de rechercher chez une personne asymptomatique, les caractéristiques d'un ou de plusieurs gènes susceptibles d'entraîner à terme le développement d'une maladie chez la personne elle-même ou sa descendance. De même, un diagnostic biologique à partir de cellules prélevées sur l'embryon n'est autorisé que lorsque le couple a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie devant, selon la loi du 6 août 2004, avoir été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents ou l'un de ses ascendants immédiats dans le cas d'une maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital et le diagnostic ne pouvant, en outre, avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter.

Elles réservent l'utilisation de ces nouvelles techniques à des praticiens et des établissements de santé justifiant d'une formation ou d'un plateau technique suffisants en recourant à des *agréments et autorisations,* ces techniques pouvant être dans certains cas mis en œuvre exclusivement dans des établissements de santé. Ainsi, tant les prélèvements d'organes, de tissus ou cellules que la plupart des greffes ou de leurs autres utilisations doivent être réalisés dans des établissements de santé autorisés à cet effet. De même, en est-il des activités cliniques d'assistance médicale à la procréation, à l'exception de l'insémination artificielle et de la stimulation ovarienne, ou encore des analyses de cytogénétique et de biologie en vue d'établir un diagnostic prénatal. Sont aussi seuls habilités à procéder à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne, à son identification par empreintes génétiques à des fins médicales ou encore à des activités cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, les praticiens agréés à cet effet par l'Agence de la biomédecine.

C'est parfois l'acte médical lui-même qui est soumis à une *autorisation*, un *avis* ou seulement à *l'information* préalable de certaines instances. Ainsi, depuis la loi nº 94-654 du 29 juillet 1994, un prélèvement d'organes sur une personne vivante est subordonné à l'autorisation d'un comité d'experts. La loi du 6 août 2004 a également prévu qu'un diagnostic biologique effectué dans l'intérêt thérapeutique d'autrui, à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro, devait être autorisé par l'Agence de la biomédecine. Une autorisation judiciaire peut être exceptionnellement exigée. Tel est le cas, depuis la loi du 29 juillet 1994, de l'accueil d'un embryon d'un couple y ayant renoncé par un autre couple pour lequel une assistance médicale à la procréation sans recours à un tiers donneur ne peut aboutir. La loi du 6 août 2004 a aussi énoncé que les greffes d'organes seraient effectuées après un avis de l'Agence de la biomédecine et que cette dernière serait informée préalablement à sa réalisation, de tout prélèvement d'organes à fins thérapeutiques sur une personne vivante. De même, les prélèvements à des fins scientifiques sur une personne décédée ne peuvent être pratiqués que dans le cadre de protocoles transmis, préalablement à leur mise en œuvre, à l'Agence de la biomédecine et le ministre chargé de la recherche peut aussi suspendre ou interdire la mise en œuvre de tels protocoles, lorsque la nécessité du prélèvement ou la pertinence de la recherche n'est pas établie.

Elles recourent donc progressivement à des *instances d'encadrement, de veille, de contrôle et d'accompagnement* de l'innovation. Ainsi ont été respectivement créées par les lois du 6 août 2004 et 1er juillet 1998, l'Agence de la biomédecine et l'AFSSAPS ayant le statut d'établissements publics administratifs de l'Etat, placés sous la tutelle du ministre chargé de la santé. L'Agence de la biomédecine est compétente dans les domaines de la greffe, de la reproduction, de l'embryologie et de la génétique humaines. L'AFSSAPS a hérité des compétences de l'Agence du médicament et reçu des missions élargies. Elle est désormais chargée de l'ensemble des décisions relatives aux produits à finalité sanitaire destinés à l'hommes et notamment aux médicaments, dispositifs médicaux, produits sanguins labiles, organes, tissus, cellules et produits d'origine humaine ou animale afin de garantir leur efficacité, leur qualité et leur bon usage. Elle procède notamment à l'évaluation des bénéfices et des risques liés à l'utilisation de ces produits.

L'*information* et le *consentement* des personnes qui se soumettent à ces techniques nouvelles sont toujours expressément prévus, ce dernier devant être libre et éclairé et étant toujours révocable. Il existe dans certains cas des procédures de recueil du consentement. A titre

d'exemples, le législateur a prévu que le donneur d'organes était préalablement informé par le comité d'experts des risques qu'il encourait et des conséquences éventuelles du prélèvement et exprimait son consentement devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui. Le consentement est exprimé dans les mêmes conditions lors du prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse en vue d'un don à des fins thérapeutiques, le prélèvement de tissus ou des autres cellules ou encore la collecte de produits du corps humain étant uniquement soumis à un consentement écrit. De même, le consentement écrit du couple est recueilli par le juge lors de l'accueil d'embryon ou d'une assistance médicale à la procréation avec un tiers donneur, le recours à un notaire étant aussi possible dans ce dernier cas.

La *communication* au patient et *l'utilisation des informations* recueillies en recourant à ces techniques peut faire l'objet de dispositions spécifiques. La loi du 6 août 2004 a ainsi prévu que seul le médecin prescripteur de l'examen des caractéristiques génétiques était habilité à communiquer les résultats de cet examen et qu'en cas de diagnostic d'une anomalie génétique grave posé lors de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne, le médecin informait la personne ou son représentant légal des risques que son silence ferait courir aux membres de sa famille potentiellement concernés dès lors que des mesures de prévention ou de soins pouvaient être proposées à ceux-ci et qu'ils pouvaient choisir d'informer les membres de la famille par l'intermédiaire de l'Agence de la biomédecine. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé dispose également, afin d'éviter toute discrimination fondée sur de telles caractéristiques, que les entreprises et organismes proposant une garantie des risques d'invalidité ou de décès ne devaient pas tenir compte des résultats de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne demandant à bénéficier de cette garantie, même si ceux-ci leur étaient transmis par la personne concernée ou avec son accord et qu'ils ne pouvaient poser aucune question relative aux tests génétiques et à leurs résultats, ni demander à une personne de se soumettre à des tests génétiques avant que ne soit conclu le contrat et pendant toute la durée de celui-ci.

Les lois du 4 mars 2002 et n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel ont, en outre, soumis l'hébergement et le traitement de données de santé à caractère personnel ainsi que leur accès et leur publication ou diffusion à différentes conditions visant à préserver le secret des informations recueillies et à éviter l'identification de la personne. La loi n° 2004-810 du 13 août 2004 sur l'assurance maladie ayant instauré un dossier médical personnel, créé auprès d'un hébergeur de données, comporte différentes dispositions réservant l'accès à ce dossier aux professionnels de santé que la patient a autorisé. De même l'accès à la carte individuelle électronique de santé, attribuée aux bénéficiaires de l'assurance maladie, fait l'objet de dispositions spécifiques.

Enfin des *sanctions pénales* sont toujours édictées dans les cas de recours à ces techniques hors du cadre légal fixé.

• L'innovation technologique peut être aussi condamnée dans son ensemble en raison des craintes qu'elle engendre tant au plan international que national, même si la possibilité d'introduire certaines distinctions peut ensuite apparaître. La loi du 6 août 2004 a prohibé *le clonage humain* et affirmé qu'un embryon humain ne peut être ni conçu, ni constitué par clonage, ni uti-

lisé, à des fins commerciales ou industrielles ou encore à des fins de recherche. Elle a aussi interdit toute constitution par clonage d'un embryon humain à des fins thérapeutiques. Le protocole additionnel à la Convention des droits de l'homme et de la biomédecine sur le clonage avait antérieurement affirmé qu'était interdite toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort. La Déclaration des Nations Unies sur le clonage des êtres humains en date du 8 mars 2005 a, par contre, seulement invité les États membres à interdire toutes les formes de clonage humain dans la mesure où elles seraient incompatibles avec la dignité humaine et la protection de la vie humaine.

• Mais la majorité des actes médicaux réalisés au moyen de techniques innovantes dans un but thérapeutique et diagnostique fait seulement l'objet de discussions d'ordre médical et ne justifie pas de recourir à un encadrement juridique spécifique. Ainsi en est-il, par exemple, de beaucoup de « premières » chirurgicales. Ces actes médicaux peuvent cependant progressivement conduire à l'élaboration de normes professionnelles sous la forme de références médicales opposables et de recommandations de bonnes pratiques destinées notamment à assurer une meilleure sécurité au patient et une meilleure qualité des soins.

Le médecin peut, cependant, lorsque sa responsabilité est recherchée, avoir à justifier du recours à une technique nouvelle au vu de ses compétences, de l'état de santé du patient, des bénéfices attendus, des risques encourus ou encore des alternatives envisageables. Les articles 39 et 40 du Code de déontologie médicale précisent qu'il ne peut proposer au patient ou à son entourage comme salutaire ou sans danger un remède ou un procédé insuffisamment éprouvé et qu'il doit s'interdire, dans les investigations et interventions qu'il pratique, comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié. La loi du 4 mars 2002 a aussi affirmé le droit pour toute personne, compte-tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées et précisé que les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne devaient pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. C'est en procédant à des mesures d'expertise que les juridictions saisies pourront déterminer si la technique utilisée était adaptée à l'état de santé du patient.

Ces techniques ne doivent pas non plus conduire à un *acharnement thérapeutique*. L'article 37 du Code de déontologie médicale énonce que le médecin doit éviter toute obstination déraisonnable dans les investigations ou la thérapeutique et la loi n° 2005-370 du 25 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie a précisé que les actes de prévention, d'investigation ou de soin ne devaient pas être poursuivis par une obstination déraisonnable et que lorsqu'ils apparaissaient inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils pouvaient être suspendus ou ne pas être entrepris.

• L'innovation technologique présente toujours des *risques*, outre ceux déjà envisagés d'éventuelles dérives, l'existence de risques étant inhérente à l'activité médicale. En permettant le traitement de certaines affections et la réalisation d'actes médicaux dans de meilleures conditions techniques, elle diminue immédiatement certains risques mais en engendre nécessairement de nouveaux.

Certains risques sont *prévisibles ou* même *avérés*. Si l'innovation peut accroître des chances de guérison ou permettre de traiter certains patients, elle crée des risques d'accidents médicaux liés à la complexité des interventions et investigations pratiquées et à l'état de santé critique de certains patients qui n'en auraient pas auparavant bénéficié. Ces derniers sont aussi plus exposés à des risques d'infection inhérents à leur état de santé et aux actes médicaux pratiqués. Il existe aussi des risques immédiats liés au fait que la technique n'est pas éprouvée et que ses conséquences ne sont pas parfaitement mesurées. Celle-ci peut également, tout en permettant de dépister et de traiter plus efficacement ou plus simplement certaines affections, engendrer des risques spécifiques. A titre d'exemples, le recours à des explorations et interventions sous endoscopie ou cœlioscopie, permettant d'éviter une chirurgie ouverte, peut augmenter le risque d'atteintes secondaires liées notamment à la modification du champ visuel du chirurgien et aux instruments utilisés. De même, des effets indésirables sont nécessairement attachés à tout nouveau produit de santé, pouvant être dus à sa composition ou aux modalités de la prise de celui-ci. Enfin, si la dématérialisation des informations médicales facilite les échanges entre praticiens et permet globalement une meilleure prise en charge du patient, elle s'accompagne de risques accrus d'atteinte à la confidentialité de ces informations impliquant de veiller constamment à leur sécurisation.

Plus généralement, le risque pour un praticien de voir sa responsabilité recherchée augmente avec celle de la technicité et de la complexité de l'acte médical réalisé. De plus, de nouvelles responsabilités apparaissent. Un praticien peut ainsi, du seul fait que son avis a été sollicité au moyen de la transmission d'images et en l'absence de tout contact direct avec le patient, engager sa responsabilité dans la mesure où il a alors accompli un acte médical.

D'autres *risques* sont *virtuels*. L'innovation technologique peut être à l'origine de dommages a priori indécelables en l'état des connaissances scientifiques et révélés plusieurs années après. Si certains risques peuvent être réduits en recourant à des tests préalables, d'autres demeurent toujours tributaires de l'état de ces connaissances.

Les transfusions sanguines ayant contribué aux traitements de nombreux patients ont été, à titre d'exemple, à l'origine de contaminations par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH) et le virus de l'hépatite C (VHC) lorsque les connaissances sur ces infections, leurs modes de transmission et les moyens de les déceler étaient insuffisantes. Parfois, le lien entre l'innovation et le dommage survenu demeure hypothétique, le fait générateur du dommage étant incertain, et les victimes de dommages se heurtent alors à l'impossibilité d'agir en responsabilité. La crainte de tels risques suscite, de surcroît, des difficultés relatives à la garantie des professionnels et des établissements de santé par les sociétés d'assurance.

Ces risques génèrent un devoir de prudence liées aux incertitudes scientifiques et renvoient au *principe de précaution* déjà appliqué en matière de protection de l'environnement et à la notion de risque-développement utilisée en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

Une *surveillance* toujours accrue de ces *risques* est donc nécessaire et est notamment assurée par différentes autorités sanitaires. Depuis la loi du 4 mars 2002, tout professionnel ou établissement de santé ayant constaté une infection nosocomiale ou tout autre événement indésirable grave lié à des soins réalisés lors d'investigations, de traitements ou d'actions de préven-

tion, a l'obligation d'en faire la déclaration à l'autorité administrative compétente. La Haute Autorité de Santé, créée par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à la réforme de l'assurance maladie, chargée de l'évaluation scientifique des pratiques médicales et des processus diagnostiques et thérapeutiques, a notamment pour mission de recueillir et analyser les déclarations relatives à des événements considérés comme porteurs de risques médicaux et d'informer le ministre chargé de la santé des actes médicaux susceptibles de présenter des risque sérieux pour les patients en précisant les règles auxquelles leurs pratiques pourraient être soumises. La loi du 13 août 2004 a également créé un Observatoire des risques médicaux auquel sont communiquées les données relatives aux accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales et à leur indemnisation. Enfin l'Institut de Veille Sanitaire, créé par la loi du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, est chargé de rassembler, analyser et actualiser les connaissances sur les risques sanitaires, leurs causes et leur évolution et de détecter de manière prospective les facteurs de risque susceptibles de modifier ou d'altérer la santé de la population ou de certaines de ses composantes, de manière soudaine ou diffuse.

La loi du 4 mars 2002 a aussi prévu que la pratique des actes, procédés, techniques et méthodes à visée diagnostique ou thérapeutique, ainsi que la prescription de certains dispositifs médicaux susceptibles de présenter, en l'état des connaissances médicales, des risques sérieux pour les patients, pouvaient être soumises, par des décrets pris après avis de la Haute Autorité de santé ou lorsque est en cause l'utilisation de dispositifs médicaux, de l'AFSSAPS, à des règles relatives à la formation et la qualification des professionnels pouvant les prescrire ou les mettre en œuvre conformément au Code de déontologie médicale, aux conditions techniques de leur réalisation ou encore à des règles de bonne pratique.

Les produits à finalité sanitaire sont également soumis à différentes règles de pharmacovigilance, un système national de pharmacovigilance, ayant été institué, par décret n° 95-278 du 13 mars 1995, comprenant notamment l'AFSSAPS, la Commission nationale de pharmacovigilance et les centres régionaux de pharmacovigilance. Les professionnels de santé et les laboratoires pharmaceutiques sont tenus de déclarer respectivement aux centres régionaux de pharmacovigilance et à l'AFSSAPS les effets indésirables graves ou inattendus susceptibles d'être dus à un produit à finalité sanitaire, l'évaluation de ces données pouvant notamment conduire à une suspension, un retrait ou une modification de l'autorisation de mise sur le marché d'un médicament.

• L'innovation technologique requiert aussi toujours un renforcement de *l'information préalable* du patient dont le consentement doit être libre et éclairé. Le devoir d'information du médecin, énoncé dans le code de déontologie médicale, a été progressivement défini par les juridictions judiciaires et administratives. L'article L. 1111-2 du Code de la Santé publique issu de la loi du 4 mars 2002 précise que l'information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Cette information ne peut être exhaustive lorsque le médecin a recours à une technique innovante dans la mesure où elle ne peut porter que sur les risques connus en l'état des données acquises de la science. Il importe donc que le patient ait connaissance de la nouveauté du trai-

tement ou de l'intervention proposée, de ses premiers résultats, des risques connus mais aussi de l'existence de risques seulement virtuels liés à l'absence de recul et à l'état des connaissances scientifiques et qu'il soit informé des éventuelles alternatives thérapeutiques. Le patient doit mesurer avec le praticien les avantages et inconvénients respectifs des techniques envisageables et leurs conséquences éventuelles y compris incertaines, opter pour l'une d'elles ou laisser au médecin le soin d'en décider, le cas échéant, avec l'aide de confrères.

La responsabilité du professionnel de santé peut être recherchée au titre d'un manquement à son devoir d'information. Il lui appartient alors, selon l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, d'apporter la preuve par tous moyens de l'exécution de ce devoir. Les juges du fond apprécient souverainement si l'information nécessaire a été donnée. Si l'un ou plusieurs des risques évoqués avec le patient se réalise hors de toute faute technique imputable au praticien, la responsabilité de ce dernier ne pourra être retenue. De même en est-il si le risque réalisé ne pouvait être considéré comme normalement prévisible eu égard à l'état de santé du patient ou encore à l'état des connaissances scientifiques. Si le médecin n'a pas satisfait à son devoir d'information, le patient peut être indemnisé au titre de la perte de chance subie d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'était finalement réalisé. Mais il doit nécessairement justifier d'un préjudice consécutif à ce manquement qui est apprécié par les juges du fond, l'indemnisation correspondant à une fraction des différents chefs de préjudice subis déterminée en mesurant la chance perdue et ne pouvant être égale aux atteintes corporelles résultant de l'acte médical.

La loi du 4 mars 2002 a en outre étendu le devoir d'information du médecin aux risques nouveaux identifiés postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention.

L'information donnée par le producteur d'un produit de santé dans le résumé des caractéristiques du produit et la notice est aussi un élément essentiel pour déterminer s'il a engagé sa responsabilité à l'égard de l'utilisateur. Elle permet notamment d'apprécier son caractère défectueux, un produit étant défectueux, selon la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 sur la responsabilité des produits défectueux, lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et le législateur ayant précisé que dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on pouvait légitimement s'attendre, il devait être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit. La mention des effets indésirables connus permet en effet d'établir, lorsqu'ils surviennent, que l'utilisateur ne pouvait légitimement s'attendre à une sécurité absolue quant à ces risques.

• L'innovation technologique implique enfin, en cas de dommages collectifs ou individuels, de trouver un équilibre entre *responsabilité et solidarité nationale*. Il importe, tout en préservant les droits des victimes, de poser des limites à la responsabilité des professionnels de santé, des établissements de santé ou encore des producteurs en raison de la part d'aléa inhérente à l'activité médicale, de la nécessité de favoriser la recherche scientifique et de l'impossibilité de mettre à la charge des sociétés d'assurance l'ensemble des dommages liés à l'activité médicale.

La loi du 4 mars 2002 a affirmé que les professionnels de santé et les établissements comme les services ou organismes dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins, n'étaient responsables des conséquences dommageables d'actes de pré-

vention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de *faute*. La Cour de cassation avait déjà énoncé que les professionnels et établissements de santé étaient soumis à une obligation de moyens impliquant, pour retenir leur responsabilité, que la preuve d'une faute fût rapportée. Elle en avait déduit que la réparation des conséquences d'un aléa thérapeutique, défini comme la réalisation, en dehors de toute faute, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé, n'entrait pas dans le champ des obligations dont le médecin était contractuellement tenu à l'égard de son patient. Le Conseil d'Etat avait, au contraire, étendu la responsabilité du service public hospitalier à certains cas dans lesquels aucune faute n'était établie. Il avait ainsi considéré que lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présentait un risque dont l'existence était connue mais dont la réalisation était exceptionnelle et dont aucune raison ne permettait de penser que le patient y était particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier était engagée si l'exécution de cet acte était la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité.

Il appartient donc au patient de prouver, selon l'article L. 1110-5 du Code de la Santé publique issu de la loi du 4 mars 2002, que compte-tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requérait, il n'a pas reçu les soins les plus appropriés, bénéficié des thérapeutiques dont l'efficacité était reconnue et qui garantissaient la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées.

Mais la preuve de l'existence d'une faute n'est pas toujours mise à la charge de la victime. Ainsi le promoteur d'une recherche biomédicale doit, selon l'article L. 1121-10 du Code de la Santé publique issu de la loi du 9 août 2004, assumer l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche biomédicale pour la personne qui s'y prête et celle de ses ayants droit, sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute où à celle de tout intervenant, sans que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche.

Certains *régimes particuliers de responsabilité* ont été adoptés, afin d'assurer une meilleure protection de la victime, confrontée à l'absence de faute du professionnel concerné ou à l'impossibilité d'apporter la preuve du lien de causalité entre l'acte incriminé et le dommage. Ils ont le plus souvent une origine jurisprudentielle et ont été ensuite consacrés par le législateur.

Dans certains cas, la faute n'est pas une condition nécessaire de la responsabilité.

La loi du 19 mai 1998 a ainsi affirmé que le producteur était responsable du dommage causé par un défaut de son produit sous réserve que le demandeur prouve le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage, ce régime étant applicable aux produits à finalité sanitaire comme aux différents matériels médicaux. Depuis, la loi du 9 décembre 2004 ayant précisé que le fournisseur professionnel n'était responsable du défaut de sécurité du produit dans les mêmes conditions que le producteur que si ce dernier demeurait inconnu, le professionnel ou établissement de santé ayant fourni un produit défectueux n'est plus soumis à une responsabilité de plein droit. Le producteur a, cependant, la faculté de s'exonérer de cette responsabilité s'il prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment où il avait mis le produit en circulation ne lui avait pas permis de déceler l'existence d'un défaut.

Mais cette cause d'exonération ne peut être invoquée lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci.

La loi du 4 mars 2002 a, à la suite des jurisprudences de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat, prévu une responsabilité de plein droit à l'encontre des établissements, services ou organismes de santé, en matière d'infection nosocomiale. Seule la preuve d'une cause étrangère est susceptible de les exonérer de cette responsabilité. Mais il appartient au patient de démontrer l'origine nosocomiale de l'infection dont il est atteint. Le législateur a par contre prévu, contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation ayant étendu cette responsabilité de plein droit au médecin, que les professionnels de santé ne seraient responsables de ces dommages qu'en cas de faute.

La victime peut être aussi dispensée d'apporter la preuve du lien de causalité entre l'acte incriminé et le dommage.

Dans la ligne des jurisprudences de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat, la loi du 4 mars 2002 a posé une présomption d'imputabilité dans le cas de contaminations par le virus de l'hépatite C survenues à l'issue de transfusions. L'article 102 dispose ainsi qu'en cas de contestation relative à l'imputabilité d'une contamination par le virus de l'hépatite C antérieure à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, le demandeur apporte des éléments qui permettent de présumer que cette contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang, qu'au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que cette transfusion ou cette injection n'est pas à l'origine de la contamination, que le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles et que le doute profite au demandeur.

Certains dommages sont indemnisés au titre de la *solidarité nationale*.

– Soit ils supposent que la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement de santé, service ou organisme ou d'un producteur de produits n'est pas engagée.

La loi du 4 mars 2002 a ainsi renvoyé à la solidarité nationale l'indemnisation des dommages les plus graves résultant d'accidents médicaux ou d'affections iatrogènes. L'article 1142-1 du Code de la Santé publique prévoit qu'ouvrent droit à une telle réparation, les préjudices du patient, et en cas de décès ceux de ses ayants droit, qui sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins, ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail. Le décret nº 2003-462 du 21 mai 2003 a fixé le taux d'incapacité permanente à 24 %, le caractère de gravité ayant été également reconnu lorsque la durée de l'incapacité temporaire de travail résultant de l'accident médical ou de l'affection iatrogène est au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois. Il peut être enfin reconnu à titre exceptionnel lorsque la victime est déclarée définitivement inapte à exercer l'activité professionnelle qu'elle exerçait avant la survenue de l'accident médical ou de l'affection iatrogène ou

lorsqu'ils occasionnent des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans ses conditions d'existence.

De même, les personnes ayant subi des dommages dans le cadre d'une recherche biomédicales, alors que la responsabilité du promoteur n'est pas engagée, sont indemnisées au titre de la solidarité nationale, sans qu'un seuil de gravité ne soit exigé.

– Soit la responsabilité de l'établissement, service ou organisme peut être néanmoins engagée, la solidarité coexistant avec la responsabilité et étant alors destinée à en atténuer la rigueur.

Si la loi du 4 mars 2002 a prévu, dans les mêmes conditions que pour les accidents médicaux et les affections iatrogènes, une réparation au titre de la solidarité nationale des dommages les plus graves résultant d'infections nosocomiales contractées dans les établissements, services ou organismes de santé, lorsque la responsabilité de ces derniers n'est pas engagée, la loi 30 décembre 2002 a, en présence de dommages de même gravité, étendu cette réparation aux cas dans lesquels leur responsabilité est engagée de plein droit.

– Soit les dommages sont pris en charge au titre de la solidarité nationale dans la mesure où ils sont liés à des actes médicaux obligatoires, sans préjudice des actions qui peuvent être exercées par la victime. Ainsi en est-il des dommages directement liés à des vaccinations obligatoires.

– Soit, enfin, ils correspondent à des dommages collectifs avec un nombre de victimes potentiellement inconnues et sont indemnisées par la solidarité nationale indépendamment de toute responsabilité, un recours de la victime contre le responsable demeurant toutefois possible. Une indemnisation des victimes contaminées par le virus de l'immunodéficience à la suite de transfusions sanguine ou d'injections de produits sanguins a été ainsi instaurée par la loi nº 91-406 du 31 décembre 1991 ayant créé un Fonds d'indemnisation de ces victimes.

L'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), créé par décret du 29 avril 2002 pris en application de la loi du 4 mars 2002, a été chargé de l'indemnisation des dommages résultant des accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales. Soit il verse aux victimes le montant de l'indemnisation mise à sa charge par les juridictions, ces dernières devant, lorsqu'elles estiment que la responsabilité d'un établissement de santé n'est pas engagée, l'appeler en la cause, s'il ne l'a pas été, afin qu'il devienne défenseur à la procédure. Soit les victimes ont saisi les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales créées par décret du 3 mai 2002, qui ont conclu à l'existence d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale et déterminé la nature et l'étendue des préjudices, l'ONIAM fixant alors le montant de l'indemnisation. Si ces commissions concluent à l'existence d'une faute et que l'assureur du responsable ne fait aucune offre d'indemnisation à la victime dans un délai de quatre mois, celle-ci pourra être assurée par l'ONIAM. Ce dernier est subrogé, à concurrence de sommes versées dans les droits et actions de la victime contre les responsables du dommage ou leurs assureurs, mais ne peut exercer d'action récursoire qu'en cas de faute et notamment de manquement caractérisé

aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales.

La loi du 4 mars 2002 a également chargé l'ONIAM de la réparation intégrale des préjudices directement imputables à une vaccination obligatoire.

La loi du 30 décembre 2002 lui a transféré les obligations de l'association France Hypophyse nées de son rôle dans l'organisation et le traitement des patients par l'hormone de croissance extractive entre 1973 et 1988 et la loi du 9 août 2004 lui a enfin confié la réparation intégrale des préjudices résultant de la contamination par le virus d'immunodéficience humaine. Une commission d'indemnisation de ces victimes, présidée par le président du conseil d'administration de l'office et un conseil composé notamment de représentants des associations concernées sont, selon la loi du 13 août 2004, placés auprès du directeur de l'Office.

La distinction entre les dommages devant être pris en charge par le professionnel ou l'établissement de santé fautif et ceux qui relèvent de la solidarité nationale peut parfois donner lieu à d'importants débats.

Le Conseil d'Etat a ainsi considéré que des parents d'un enfant né handicapé qui, à la suite d'une faute médicale, avaient été privés de la possibilité de recourir à une interruption médicale de grossesse pouvaient être indemnisés par l'établissement de santé de leur préjudice matériel correspondant aux charges particulières, notamment en matière de soins et d'éducation spécialisée découlant de l'infirmité de leur enfant. La Cour de cassation l'a également admis mais a, en outre, affirmé que dès lors que la faute commise par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa patiente avait empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique et qu'il n'était pas contesté que les conditions médicales d'une telle interruption étaient réunies, l'enfant pouvait demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap, la faute commise étant en relation directe avec ce préjudice. L'article 1er-I de la loi du 4 mars 2002 a entendu mettre un terme à la jurisprudence de la Cour de Cassation relative à l'indemnisation du préjudice personnel de l'enfant et restreindre le droit à indemnisation des parents. Il a affirmé que nul ne pouvait se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance, que lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé était engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents pouvaient demander une indemnité au titre de leur seul préjudice, que ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap et que la compensation de ce dernier relevait de la solidarité nationale.

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET RISQUES PROFESSIONNELS

L'exemple de l'amiante

Si l'amiante, connue depuis l'antiquité sous le nom de « pierre à coton », ne saurait en elle-même être qualifiée « d'innovation technologique », l'utilisation de ce minerai, incombustible, imputrescible, non conducteur de la chaleur comme de l'électricité, s'est surtout développée à partir du dix-neuvième siècle, et ses nombreuses propriétés ont entraîné autant d'applications industrielles ou domestiques pouvant recevoir cette qualification.

Il s'agit de fibres minérales, présentes naturellement dans certaines roches (schistes), et pouvant être transformées par une opération mécanique appropriée pour être utilisables industriellement.

Le terme d'amiante (ou asbeste) désigne une variété de silicates formés au cours du métamorphisme des roches, et recouvrant les serpentines (chrysolite ou amiante blanc) et les amphiboles, qui compte cinq variétés, dont l'amosite ou amiante brun et le crocidolite ou amiante bleue.

Les propriétés de l'amiante avaient été décelées depuis l'époque néolithique, puisque des fibres d'amiante étaient utilisées, ajoutées à un mélange d'argile et de limon, pour fabriquer des poteries servant à la cuisson des aliments [1].

Si sa formidable résistance à la chaleur et au feu est la plus connue des qualités de l'amiante, celle-ci présente en outre une faible conductivité thermique, acoustique et électrique, une résistance aux agressions chimiques et mécaniques, à la traction, à la flexion et à l'usure, et est un matériau peu cher, puisque présent naturellement dans de nombreuses régions du globe.

Ces capacités remarquables vont faire de l'amiante « le compagnon de route du capitalisme industriel » [2].

L'amiante va alors être utilisée de façon massive, dans ses différentes applications dans le monde comme en France, où la consommation d'amiante atteignait en 1975, 150 000 tonnes par an environ [3].

1. Les rapports du Sénat : annexe au procès verbal de la séance du 20 octobre 2005, rapport d'information fait au nom de la Mission commune d'information sur le bilan et les conséquences de la contamination par l'amiante.

2. Rapport du Sénat 2005, précité, page 25. C'est en 1879, en effet, que John Bell présente les applications de l'amiante pour le confinement des machines, rapidement adoptées par les marines anglaise et allemande.

3. Rapport du Sénat 2005, précité.

L'amiante a été incorporée dans plus de 3000 produits à utilisation industrielle ou domestique, au cours de la seconde moitié du dix-neuvième siècle, puis du vingtième siècle.

Elle a été ainsi utilisée dans le bâtiment, notamment sous la forme d'amiante ciment, telles les couvertures de toit ondulées qui recouvrent nombre de bâtiments agricoles, et de flocages ou de bourrage pour l'isolation thermique.

Mais ce minerai a également été incorporé sous forme de poudre dans des mortiers ou des enduits de finition, et, comme charge minérale, à des peintures, des vernis, des mastics et des mousses d'isolation.

L'industrie l'a également employée de manière intensive, tant pour l'isolation thermique (vêtements de protection, calorifugeage des fours), que comme composant de fabrication. En particulier, l'amiante « liée » notamment à des résines permettait de fabriquer des garnitures de frictions et d'autres objets, particulièrement résistant aux contraintes mécaniques.

L'amiante a également été incorporée aux bitumes servant pour l'étanchéité des toitures, comme pour les revêtement routiers, et utilisée également sous forme de feutres, en particulier pour la filtration.

Elle était considérée comme un produit « miracle » et protecteur. La « grande encyclopédie » écrivait ainsi : « l'économie est considérable, la sécurité complète.... les tissus d'amiante fabriqués avec des fils d'amiante pure sont employés par l'industrie des produits chimiques pour la filtration des acides, et servent comme mèches dans certains appareils de chauffage. On pourrait, en les employant dans certaines représentations théâtrales, éviter souvent de grandes catastrophes ».

Mais cet engouement pour les multiples propriétés de ce minerai va occulter sa dangerosité.

C'est que si la finesse des « fibres d'amiante », ensemble formé de plusieurs dizaines ou centaines de fibrilles agglomérées, confère à ce matériau ces extraordinaires propriétés physiques, cette particularité est aussi à l'origine des pathologies pouvant apparaître chez les personnes exposées à l'amiante.

La taille des fibres d'amiante leur permet en effet de pénétrer profondément dans l'appareil respiratoire, où l'organisme ne peut les éliminer, causant une inflammation, à l'origine de diverses pathologies.

On distingue ainsi :
– les plaques pleurales, lésions de la plèvre pariétale, le plus souvent sans symptômes apparents, et les épaississements pleuraux, pouvant entraîner douleurs et altération de la fonction respiratoire ;
– l'asbestose, fibrose interstitielle diffuse progressive, provoquant une sclérose du tissus pulmonaire ;
– le mésothéliome, tumeur maligne des surfaces mésothéliales touchant la plèvre, et quelquefois le péritoine ou le péricarde, qualifié de « cancer de l'amiante », cette fibre étant le seul facteur de risque reconnu pour ce type de cancer ;

– les cancers broncho-pulmonaires, dont le risque est majoré par l'exposition à d'autres facteurs cancérogènes, et notamment le tabac. [4]

Ces affections apparaissent toutefois de très nombreuses années après l'exposition à l'amiante (de 10 à 20 ans s'agissant de l'asbestose, à 30 à 40 ans pour le mésothéliome), et pendant longtemps, le risque causé par l'amiante va être sous-estimé.

La nocivité de ce minerai a pourtant été décelée depuis longtemps. Si le premier cas de fibrose pulmonaire chez un ouvrier d'une filature d'amiante est décrit en 1899 par un médecin anglais, en France, dès 1906, Denis Auribault, inspecteur du travail à Caen, rédige un rapport, publié dans le bulletin de l'inspection du travail, sur la surmortalité des ouvriers d'une usine de textile de Condé-sur-Noireau, utilisant l'amiante.

Toutefois, et contrairement à d'autres Etats, qui prendront une réglementation spécifique de manière plus précoce, la France ne prendra des dispositions réglementant l'exposition à l'amiante dans le monde du travail qu'en 1977.

Pour cette raison, le risque professionnel lié à l'exposition à l'amiante a tout d'abord été pris en compte dans le cadre de la législation relative à l'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles.

Toutefois, la dramatique expansion des cas de maladies professionnelles liées à l'amiante va entraîner deux conséquences : la création de dispositifs d'indemnisation particuliers, et dans le même temps, une évolution de la jurisprudence quant à la définition, et aux effets, de la faute inexcusable de l'employeur, dont la reconnaissance entraîne une meilleure indemnisation du salarié qui en est la victime.

I – L'ÉVOLUTION DE LA PRISE EN COMPTE DU RISQUE PROFESSIONNEL

Si, lors des débuts de la révolution industrielle, le contrat de travail n'était connu du code civil, dans son article 1780, que comme le louage de services, le travailleur louant contre un salaire sa force de travail, la loi du 9 avril 1898 sur la sécurité au travail allait poser le principe de l'indemnisation par l'employeur de tous les accidents survenus dans son entreprise.

4. Lors de son audition par la mission d'information, le professeur Belpomme, cancérologue, décrivait ainsi l'action pathogène de l'amiante : « l'amiante est un promoteur dans le sens où les poussières, et notamment les fibres d'amiante, créent une inflammation locale, propice au cancer. Toutefois, ce n'est pas suffisant pour conférer un effet cancérigène à l'amiante. Il joue également un effet mutagène. En effet l'amiante véhicule des oxydes ferreux mutagènes..... Ces oxydes sont à l'origine de lésions au niveau des chromosomes des cellules. L'amiante a les deux caractéristiques évoquées (initiation et promotion), ce qui lui confère, à elle seule, un caractère cancérigène.

L'idée en était que l'industrie, qui était alors en plein essor, entraînait des risques nouveaux, inévitables, que l'ouvrier ne pouvait et ne devait pas supporter, et dont la responsabilité incombait au propriétaire des machines dangereuses.

Fruit d'un compromis [5], la loi de 1898 pose le principe d'une indemnisation automatique mais forfaitaire : le salarié est assuré de recevoir une indemnisation dès lors qu'il démontre que l'accident est survenu »par le fait du travail ou à l'occasion du travail« , sans qu'il soit nécessaire de démontrer la faute de l'employeur.

En contrepartie, cette réparation est forfaitaire, et le salarié ne saurait se retourner contre l'employeur.

Si ce régime ne concernait dans un premier temps que les accidents, la loi du 25 octobre 1919 étendit cette législation aux maladies professionnelles.

Enfin l'institution de la sécurité sociale, par les ordonnances des 4 et 19 octobre 1945, et la loi du 30 octobre 1946, substituait à la responsabilité individuelle de l'employeur une responsabilité collective sur la base d'une assurance obligatoire pour tous les employeurs, ceux ci cotisant aux caisses de sécurité sociale qui se chargeaient du règlement des indemnités à la place des compagnies d'assurance privées.

Ce système de réparation du risque professionnel perdure aujourd'hui selon les mêmes bases :

Le salarié victime bénéficie d'une présomption d'imputabilité : aux termes de l'article L. 411-1 du Code de la sécurité sociale, « est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail.... ».

De même, s'agissant des maladies professionnelles, l'article L. 461-1 du Code de la sécurité sociale prévoit : « Est présumée d'origine professionnelle toute maladie désignée dans un tableau de maladies professionnelles et contractée dans les conditions mentionnées à ce tableau ».

Chaque tableau précise la nature des travaux susceptibles de provoquer la maladie, le délai de prise en charge [6] et énumère les affections provoquées.

Si à l'origine, seules deux maladies étaient prises en compte, le saturnisme et l'hydrargyrisme professionnels [7], ces tableaux étaient au nombre de vingt-cinq, lors de la promulgation de la loi du 30 octobre 1946, l'on compte aujourd'hui quatre-vingt dix-huit tableaux différents, auxquels s'ajoutent dix-huit tableaux comportant des numérotations « bis » ou « ter ».

5. La loi du 9 avril 1898 sur la sécurité au travail a été votée à l'issue d'un « marathon parlementaire qui dura 18 ans et occupa six législatures, dans un climat de fortes revendications ouvrières, la liberté d'association n'ayant été reconnue que le 21 mars 1864.

6. Période au cours de laquelle, après la cessation de l'exposition au risque, la maladie doit se révéler et être constatée par les médecins.

7. Maladie causée par le mercure et ses composés.

La notion d'asbestose professionnelle apparaît pour la première fois dans un décret du 17 décembre 1947, qui traite également de la silicose, puis le tableau nº 30, relatif aux maladies consécutives à l'inhalation de poussières d'amiante, est créé par un décret du 3 octobre 1951, qui ne prend en charge que l'asbestose, et ses complications cardiaques.

Un décret du 5 janvier 1976 ajoute le mésothéliome primitif, et, au titre des complications de l'asbestose, l'insuffisance respiratoire aigue, et le cancer broncho-pulmonaire.

Cette liste sera précisée par un décret du 19 juin 1985, créant des tableau nº 30 A, B, C, D et E, ajoutant au titre des maladies consécutives à l'inhalation des poussières d'amiante les plaques pleurales, et les tumeurs pleurales primitives, autres que le mésothéliome.

Enfin, le tableau nº 30 bis, spécifique au « cancer broncho-pulmonaire provoqué par l'inhalation de poussières d'amiante »qui, contrairement au tableau nº 30, fixe une liste limitative des travaux susceptibles de provoquer cette maladie, est créé par un décret du 22 mai 1996, et le décret du 14 avril 2000 vient modifier une nouvelle fois les tableaux 30 et 30 bis, en portant notamment de 20 à 35 ans le délai de prise en charge de l'asbestose et de 20 à 40 ans celui des plaques pleurales bénignes, mais en imposant des durées d'exposition minimum, pour certaines des pathologies visées.

L'inscription à un tableau dispense ainsi le salarié malade de rapporter la preuve, particulièrement difficile, du caractère professionnel de son affection, dès lors qu'il démontre que la maladie a été contractée dans les conditions du tableau [8].

En outre, en application de l'article L. 431-1 du Code de la sécurité sociale, la charge des prestations et indemnités prévues par le livre IV dudit code incombe aux caisses d'assurances maladies, et non directement à l'employeur, de sorte que le salarié est à l'abris de tout revers de fortune de ce dernier.

Mais si les articles L. 411-1 et L. 461-1 du Code de la sécurité sociale organisent ainsi une présomption d'imputabilité au travail en faveur du salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, l'article L. 451-1 du même code interdit à la victime ou ses ayants droit toute action de droit commun contre l'employeur, et ces litiges relèvent de la compétence exclusive des juridictions de sécurité sociale.

8. Ce système ne concerne toutefois que les affections figurant dans un tableau de maladie professionnelles, et en remplissant toutes les conditions médico-légales. Il a été amélioré par la loi du 27 janvier 1993, qui a instauré une procédure de reconnaissance du caractère professionnel d'une affection :
– soit lorsqu'il s'agit d'une maladie désignée dans un tableau, si l'une ou plusieurs des conditions tenant au délai de prise en charge, à la durée d'exposition ou à la liste limitative des travaux ne sont pas remplies, lorsqu'il est établi qu'elle est directement causée par le travail habituel de la victime (art. L. 461-1, alinéa 3),
– soit lorsqu'il s'agit d'une maladie non désignée dans un tableau de maladie professionnelle lorsqu'il est établi qu'elle est essentiellement et directement causée par le travail habituel de la victime, et qu'elle a entraîné le décès ou une invalidité permanente d'au moins 25 % (article L. 461-1, alinéa 4).
Dans les deux cas, l'administration de la preuve passe par la saisine d'un comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles dont l'avis s'impose à la caisse, la juridiction devant, lorsqu'elle est saisie, solliciter l'avis d'un nouveau comité avant de statuer (articles D. 461-26 et suivants).

Le salarié conserve toutefois la possibilité de se constituer partie civile à l'encontre de son employeur, ou de faire appel d'une relaxe, sans pouvoir solliciter l'attribution de dommages et intérêts [9].

Il ne retrouve la possibilité d'agir selon le droit commun à l'encontre de son employeur ou de l'un de ses préposés qu'en cas de faute intentionnelle.

En application de ce texte, la Deuxième chambre civile a décidé que « les dispositions légales d'ordre public sur la réparation des accidents du travail excluent les dispositions propres à l'indemnisation des victimes d'infraction », de sorte qu'est irrecevable en ses demandes formées devant une commission des victimes d'infraction (CIVI), fondées sur l'article 706-3 du Code de procédure pénale, la victime d'un accident du travail constituant par ailleurs un délit d'atteinte involontaire à la personne [10].

Par ailleurs, la reconnaissance du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie par la Caisse, si elle est fondée sur une présomption d'imputabilité, n'ouvre doit qu'à une réparation forfaitaire.

En application de l'article L. 431-1, l'indemnisation comprend la couverture des frais médicaux, de transport, d'appareillage et, d'une façon générale, la prise en charge des frais nécessités par le traitement, la réadaptation fonctionnelle et le reclassement de la victime. La victime bénéficie du système du tiers-payant, ne supporte pas le forfait journalier en cas d'hospitalisation et est exonérée du ticket modérateur.

Elle a droit à une indemnité journalière particulière durant la période d'incapacité temporaire qui l'oblige à interrompre son travail [11], et en cas d'incapacité permanente, à une indemnisation sous la forme d'une rente périodique [12], versée par la CPAM.

Une rente peut de même être versée, sous certaines conditions, à ses ayants droit, en cas de décès.

Toutefois, si le montant de la rente est directement proportionnel au taux d'incapacité permanente reconnue par le service médical de la caisse, la partie du taux d'incapacité qui ne dépasse pas 50 % est divisée par deux, alors que la fraction qui dépasse ce seuil est multipliée par deux, de sorte que les incapacités les moins lourdes ne sont que peu indemnisées.

9. Cf par exemple : Crim., 30 avril 2002 (nº 01-85 219) : « même dans le cas où la réparation du dommage échapperait à la compétence de la juridiction pénale, la personne qui, conformément à l'article 2 du Code de procédure pénale, prétend avoir été lésée par un délit, est recevable à se constituer partie civile aux fins de faire établir l'existence de l'infraction et possède, par l'effet de sa constitution, tous les droits reconnus à la partie civile, au nombre desquels celui d'interjeter appel ».

10. 2e Civ., 7 mai 2003, Bull. nº 138.

11. Égale à 60 % du salaire de référence durant les 28 premiers jours, portée à 80 % ensuite et payée jusqu'à guérison complète, ou consolidation.

12. Si le taux d'IPP est inférieur à 10 %, il s'agit d'une indemnisation en capital, en fonction d'un barème forfaitaire.

Si l'on conçoit aisément que ce dispositif améliorait le sort des salariés lors de la promulgation de la loi du 9 avril 1898, l'indemnisation forfaitaire qui est ainsi offerte aux victimes des accidents du travail apparaît, à notre époque, particulièrement éloignée de ce que peut espérer une victime agissant selon le droit commun, même si elle doit alors supporter la charge de la preuve.

Les travailleurs de l'amiante ont toutefois bénéficié de mesures particulières, alors que la dangerosité de ce minerai devenait de plus en plus évidente.

C'est ainsi que l'article D. 461-25 du Code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue du décret nº 93-644 du 26 mars 1993, modifié par le décret nº 95-16 du 4 janvier 1995, institue une surveillance médicale post-professionnelle facultative des anciens travailleurs exposés à l'amiante, sur présentation d'une attestation d'exposition remplie par l'employeur et le médecin du travail.

L'article 41 de la loi nº 98-1194 du 23 décembre 1998 a instauré un dispositif de cessation anticipée d'activité pour cette catégorie de salariés, organisée autour du Fond de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (FCAATA) qui finance l'allocation accordée, ainsi que les cotisations d'assurance-vieillesse et de retraite complémentaire de ses bénéficiaires.

L'article 40 de la même loi (modifié par la loi nº 2001-1246 du 21 décembre 2001) a réouvert les droits à indemnisation des victimes d'affections professionnelles consécutives à l'inhalation de poussières d'amiantes, et ceux de leur ayant droit, dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une première constatation médicale entre le 1er janvier 1947 et la date d'entrée en vigueur de ladite loi.

Enfin, la loi nº 2000-1257 du 23 décembre 2000, et le décret du 23 octobre 2001, ont mis en place un dispositif d'indemnisation spécifique des victimes de l'amiante, le Fond d'indemnisation des victimes de l'amiante. Le FIVA est un établissement public national à caractère administratif placé sous la tutelle des ministres chargés de la sécurité sociale et du budget.

Il est financé par une dotation annuelle de l'Etat et de la branche accident du travail et maladies professionnelles de la sécurité sociale.

L'article 53 de la loi du 23 décembre 2000 pose le principe d'une réparation intégrale du préjudice subi [13], offerte aux personnes qui ont obtenu la reconnaissance d'une maladie professionnelle liée à l'amiante, à celles qui ont subi un préjudice résultant directement d'une exposition à l'amiante sur le territoire français, et à leurs ayants droit.

Une commission d'examen des circonstances de l'exposition à l'amiante est chargée d'examiner les demandes des personnes qui ne sont ni des victimes reconnues en maladie professionnelle, ni des victimes des maladies dites spécifiques dont la liste est fixée par l'arrêté du 5 mai 2002 (mésothéliome et plaques pleurales).

13. À la différence de l'indemnisation en cas de faute inexcusable de l'employeur, qui est limitée à certains chefs de préjudices, comme on le verra plus loin.

Le Fiva est tenu de présenter une offre d'indemnisation dans un délai de six mois à compter de la réception de la demande [14], les demandeurs disposant d'un droit d'action en justice, qui s'exerce dans un délai de deux mois devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle est située leur domicile, si leur demande est rejetée, si aucune offre n'est présentée dans le délai susvisé, ou s'ils n'acceptent pas l'offre faite.

L'acceptation entraîne désistement de toutes les actions juridictionnelles en cours, et rend irrecevable toute action à venir.

Le FIVA a établi un barème indicatif servant de base à la réparation intégrale des préjudices résultant de l'exposition à l'amiante.

Si l'objectif en est « une indemnisation équitable des victimes en fonction de leur maladie » [15], le FIVA souligne dans son rapport d'activité 2004/2005 le caractère hétérogène des décisions des cours d'appel saisies de contestations quant à ses propositions d'indemnisation.

La Deuxième chambre civile de la Cour de cassation, dans une jurisprudence constante, rappelle toutefois le caractère souverain du pouvoir d'appréciation des juges du fond, qui ne sauraient être liés par un barème [16].

De même, a-t-il été décidé que lorsque l'offre formulée par le FIVA n'a pas été acceptée, la victime ou ses ayants droit sont recevables à saisir la cour d'appel de toute demande d'indemnisation d'un chef de préjudice trouvant sa source dans la contamination par l'amiante, même non prévue par le fond dans son offre d'indemnisation [17].

Parallèlement à la mise en place par le législateur d'un dispositif d'indemnisation spécialement destiné aux victimes de l'amiante, se sont multipliées les actions de celles-ci devant les juridictions de sécurité sociale.

En effet, si toute action de droit commun est interdite aux salariés ou à leurs ayants droit contre l'employeur par l'article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale, sauf en cas de faute volontaire de sa part, ce qui demeure une hypothèse exceptionnelle, une indemnisation complémentaire peut leur être attribuée en cas de faute inexcusable de leur employeur.

Si le principe est qu'il s'agit également d'une indemnisation forfaitaire, limitée aux seuls préjudices prévus par les textes, le sort du salarié victime est cependant considérablement

14. Délai suspendu en cas da saisine de la CPAM par le fond en vue de voir reconnaître l'origine professionnelle de la maladie.

15. CF 4e rapport d'activité au parlement et au gouvernement du FIVA, juin 2004/mai 2005.

16. 2e Civ., 21 avril 2005, no 04-06 023, Bull. no 112, et 2e Civ., 19 mai 2005, no 04-06 028, Bull. no 125.

17. 2e Civ., 13 juillet 2005, Bull. no 201 : est légalement justifié l'arrêt qui a déclaré recevable une demande d'indemnisation fondée sur l'assistance d'une tierce personne qui n'avait pas été proposée par le fond dans l'offre d'indemnisation présentée aux ayants droits de la victime décédée, que ceux ci n'avaient pas acceptée.

amélioré, lorsqu'est retenue l'existence d'une faute inexcusable de son employeur, à l'origine de l'accident ou de la maladie.

En cas de faute inexcusable, la victime a ainsi droit à une majoration de la rente, à la réparation du préjudice causé par les souffrances morales et physiques endurées par elle, de ses préjudices esthétiques ou d'agrément, du préjudice résultant de la perte ou de la diminution de ses capacités de promotion professionnelles, et en cas d'accident suivi de mort, les ayants droit de la victime ainsi que les ascendants et descendants qui n'ont pas droit à une rente peuvent demander à l'employeur réparation du préjudice moral devant la juridiction précitée.

C'est à l'occasion de la saisine de juridictions de sécurité sociale, d'actions en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur, émanant de salariés victimes de maladies professionnelles dues à l'inhalation de poussières d'amiante, que la Cour de cassation a été amenée à modifier sa définition de la notion de faute inexcusable.

II – L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE FAUTE INEXCUSABLE

Une première définition de la faute inexcusable a été donnée par un arrêt des chambres réunies du 15 juillet 1941 dit « arrêt Villa » : « La faute inexcusable retenue par l'article 20-3 de la loi du 9 avril 1898 doit s'entendre d'une faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant (de la faute intentionnelle) par le défaut d'un élément intentionnel ».

Comme l'écrit le doyen Ollier [18] *« c'est pourquoi une telle faute n'a longtemps été admise qu'à titre tout à fait exceptionnel. Cependant, depuis quelques années, la jurisprudence, consciente sans doute de la disparité croissante entre le régime de réparation des accidents du travail, même amélioré par la loi du 6 décembre 1976, qui permettait au salarié victime d'être indemnisé de certains postes de préjudice personnel en cas de faute grave de l'employeur, et le régime de réparation de doit commun, lui-même constamment amélioré, en particulier par la loi du 5 juillet 1985 pour les victimes d'accidents de la circulation, admettait de plus en plus fréquemment l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur. Les juridictions, et la Cour de cassation elle-même, répétaient inlassablement la définition rappelée ci-dessus, tout en déclarant inexcusables des fautes dont l'exceptionnelle gravité n'était pas immédiatement apparente. On peut penser aussi qu'elles étaient sensibles à l'obligation de veiller à la sécurité des salariés, inscrite dans le code du travail en 1992, et qu'elles considéraient avec une sévérité accrue les manquements de l'employeur à cette obligation.*

18. Pierre Ollier « la responsabilité de l'employeur en matière d'accident du travail et de maladies professionnelles », rapport de la cour de cassation 2002, page 109.

C'est donc assez logiquement que dans les arrêts du 28 février 2002, la Chambre sociale a défini la notion de faute inexcusable de l'employeur en faisant référence non plus à l'exceptionnelle gravité de la faute, mais à l'obligation de sécurité découlant du contrat de travail qu'elle venait de reconnaître« [19].

C'est ainsi que, dans sept décisions publiées du 28 février 2002, que la doctrine désignera par la suite comme les « arrêts amiante », la Chambre sociale de la Cour de cassation a adopté une nouvelle définition de la faute inexcusable de l'employeur, en matière de maladie professionnelles :

« *En vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés dans l'entreprise ; le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver* » [20].

Dès lors que les énonciations d'un arrêt caractérisent le fait, d'une part, qu'une société aurait ou aurait dû avoir conscience du danger lié à l'amiante, d'autre part, qu'elle n'avait pas pris les mesures nécessaires pour en préserver son salarié, une cour d'appel peut en déduire que cette société a commis une faute inexcusable.

On soulignera que, de l'ancienne notion de faute inexcusable, ne subsiste que l'exigence de la conscience du danger.

Cette nouvelle définition de la faute inexcusable a été étendue aux accidents du travail par une décision du 11 avril 2002 [21].

Toujours reprise par les arrêts de la Chambre sociale, puis de la Deuxième chambre civile, désormais en charge de ce contentieux, elle a été confirmée par l'arrêt de l'Assemblée plénière du 24 juin 2005 [22].

Si l'affirmation de l'existence de l'obligation de sécurité de résultat, avait essentiellement pour objet d'en faire ressortir le fondement contractuel [23], certains auteurs en avaient tiré la conséquence qu'était ainsi créée une présomption de faute inexcusable, dont l'employeur ne

19. Art. L. 230-2 du Code du travail : « le chef d'établissement prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs de l'établissement, y compris les travailleurs temporaires. Ces mesures comprennent des actions de prévention des risques professionnels, d'information et de formation ainsi que la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. Il veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes ».

20. Soc., 28 février 2002, nº 00-10 051, nº 99-21 555, nº 99-17 201, nº 99-17 221 et autres, Bull. nº 81.

21. Soc., 11 avril 2002, nº 00-16 535, Bull. nº 127.

22. Assemblée Plénière, 24 juin 2005, nº 03-30 038, Bull. nº 7.

23. Sur cette question, CF Pierre Sargos, « l'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité » semaine juridique, 22 janvier 2003, page 121.

pouvait s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère, ou d'un cas de force majeure [24].

Par un arrêt du 8 juillet 2004, la Deuxième chambre civile [25] a précisé qu'en application des règles de droit commun, c'est au salarié qui invoque la faute inexcusable de son employeur de rapporter la preuve de ce que celui ci avait, ou devait avoir conscience du danger auquel il était exposé, et de ce qu'il n'avait pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver.

La conscience du danger s'apprécie « objectivement par rapport à ce que doit savoir, dans son secteur d'activité, un employeur conscient de ses devoirs et obligations » [26].

En pratique, devant les juridictions de sécurité sociale, les salariés victimes de maladies professionnelles liés à l'inhalation de poussières d'amiante ont souvent fait valoir que leur employeur ne pouvait ignorer la dangerosité de ce minerai, décrite dès 1906 par Denis Auribault, rappelé par la suite lors de nombreuses études, et reconnu par le tableau nº 30 des maladies professionnelles.

S'il peut être admis que la conscience du danger soit plus précoce, ou plus étendue, s'agissant de l'employeur qui produit ou fabrique le produit incriminé, on remarquera que la jurisprudence inclus le danger résultant des produits non seulement fabriqués mais utilisés par l'entreprise employeur, et l'existence d'une faute inexcusable a été admise pour de simples entreprises utilisatrices d'amiante dès lors qu'il apparaissait que celles ci avaient, ou auraient dû avoir conscience du danger auquel était exposé leur salarié et ce, dès le 28 février 2002 [27].

De même, si la conscience du danger résulte bien évidement du fait que les travaux auxquels est occupé le salarié sont répertoriés dans un tableau de maladie professionnelle, il a été admis que la conscience du danger puisse être retenue même si lesdits travaux ne figuraient pas dans la liste lors de l'exposition au risque, l'inscription d'une substance telle que l'amiante à un tableau de maladie professionnelle étant de nature par elle même à en révéler la dangerosité [28].

Par contre, lorsque les circonstances de l'espèce démontrent que l'entreprise utilisatrice pouvait ne pas avoir conscience du danger, par référence à ce qui peut être attendu d'un employeur normalement diligent, la faute inexcusable n'est pas caractérisée.

24. CF Gérard Vachet « une nouvelle définition de la notion de faute inexcusable » TPS, juin 2002, nº 8.

25. 2e Civ., 8 juillet 2004, nº 02-30 984, Bull. nº 394, rapport 2004.

26. CF Pierre Sargos, précité.

27. Soc., 28 février 2002, nº 00-10 051, Bull. nº 81, à propos de la société Les Forges d'Allevard, aciérie utilisant de l'amiante comme protection contre la chaleur, notamment dans les fours, et nombreux autres arrêts dans le même sens, pour les plus récents, CF par exemple 2e Civ., 2, 14 décembre 2004, nº 03-30 247, Bull. nº 520, 2e Civ., 15 février 2005, nº 03-30 431 et autres.

28. Nombreuses décisions dans ce sens, cf notamment : 2e Civ., 2, 14 décembre 2004, nº 03-30 247, Bull. nº 520, 2e Civ., 15 février 2005, nº 03-30 431, 2e Civ., 14 septembre 2004, nº 02-31 141 et autres.

Il s'agit donc d'une appréciation au cas par cas [29].

L'absence de mesures nécessaires pour préserver le salarié du danger est aussi une question de fait, et la preuve peut en être notamment rapportée par témoignage.

Le non respect des règles de sécurité signe bien évidemment une telle faute, et la condamnation pénale de l'employeur ou de son représentant légal caractérise l'existence d'une faute inexcusable [30].

A contrario, la déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'une faute inexcusable en application de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale [31].

En particulier, l'employeur ne saurait se retrancher derrière le simple respect des normes légales, et de nombreuses décisions ont rejeté les moyens qui faisaient valoir que l'exposition des salariés aux fibres d'amiante était inférieure au seuil fixé par le décret de 1977, ou que, préalablement, aucun seuil n'était fixé.

29. À titre d'exemple, il a été décidé que :
– Justifie légalement sa décision retenant qu'un employeur avait commis une faute inexcusable à l'occasion d'un accident mortel survenu à un salarié écrasé par un engin, la cour d'appel dont les énonciations font apparaître que l'employeur avait conscience du danger consécutif à l'absence d'entretien de l'engin, notamment en ce qui concerne son dispositif de sécurité, et qu'il n'avait pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver (Soc., 31 octobre 2002, nº 00-18 359 : salarié écrasé par un tractogrue immobilisé sur une pente pour rechercher les causes d'une fuite d'huile) ;
– Par contre, viole l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, l'arrêt qui écarte la faute inexcusable d'un employeur tout en relevant que celui ci avait eu parfaitement conscience de la nécessité de s'assurer de l'arrêt d'une machine avant de commencer les travaux mais que s'en remettant à la diligence de l'entreprise mandante il n'avait pris aucune mesure pour préserver son salarié de ce danger (2e Civ., 16 septembre 2003, nº 02-30 670, Bull. nº 264) ;
– Dès lors qu'un employeur ne pouvait avoir conscience du danger auquel était exposé son salarié du fait de l'usage d'un matériel ne présentant aucune anomalie en relation avec l'accident, aucune faute inexcusable ne peut être retenue à l'encontre de cet employeur (Soc., 31 octobre 2002 nº 01-20 445 : à propos d'un salarié occupé à transvaser de la chaux vive d'un silo vers un épandeur à l'aide d'un distributeur à compression qui a reçu au visage un jet de chaux provoqué par l'explosion de la chambre à air comprimé, les énonciations de l'arrêt excluant toute anomalie du matériel en relation avec l'accident) ;
– De même, la cour d'appel, qui relève la conformité de la machine à la réglementation et l'indétermination des causes de l'accident, en déduit exactement que l'employeur ne pouvait avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, de sorte qu'aucune faute inexcusable ne pouvait être retenue à son encontre (Soc., 1er juillet 2003, nº 02-30 352).

30. Soc., 12 mai 2003, nº 01-21 071, Bull. nº 141.

31. Soc., 28 mars 2002, nº 00-11 627, Bull. nº 110.

Enfin, revenant sur sa jurisprudence antérieure, la Chambre sociale a décidé qu'il était indifférent que la faute inexcusable commise par l'employeur ait été la cause déterminante de l'accident du travail survenu à un salarié, et qu'il suffisait qu'elle soit une cause nécessaire pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, alors même que d'autres fautes aient concouru au dommage [32].

Cette solution a été maintenue par l'arrêt de l'Assemblée plénière du 31 octobre 2005, qui énonce « qu'il est indifférent que la faute inexcusable commise par l'employeur ait été la cause déterminante de l'accident survenu au salarié mais qu'il suffit qu'elle en soit une cause nécessaire pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, alors même que d'autres fautes auraient concouru au dommage » et que « la faute de la victime n'a pas pour effet d'exonérer l'employeur de la responsabilité qu'il encourt en raison de sa faute inexcusable ».

Cette nouvelle définition de la notion de faute inexcusable, telle qu'elle résulte des arrêts du 28 février 2002, doit être appliquée immédiatement aux instances en cours.

En effet, et en réponse à des moyens qui faisaient valoir que les conséquences pour l'employeur, reconnu auteur d'une faute inexcusable, relevaient de la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), et que la cour d'appel, qui avait appliqué cette définition, plus rigoureuse, pour apprécier l'attitude des employeurs au cours d'une période ancienne ou prévalait une « norme » (jurisprudence) moins stricte, aurait violé les principes de la sécurité juridique et de la non-rétroactivité de la norme répressive, figurant aux articles 6 et 7 de ladite convention, la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation a répondu « que la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur ne relève pas de la matière pénale au sens de l'article 6.1 de la CEDH » [33].

Les nombreuses décisions qui vont suivre les « arrêts amiante » du 28 février 2002 vont être l'occasion de redéfinir la procédure qui s'applique à l'action en reconnaissance de la faute inexcusable, tout comme les effets qui s'y attachent.

S'agissant de la procédure, on sait que les accidents du travail, et les maladies dont l'origine professionnelle est suspectée, doivent être déclarées à la caisse primaire d'assurance maladie, qui, le cas échéant après une instruction, en reconnaît, ou non, le caractère professionnel par une décision qui doit être notifiée au salarié victime, et que celui-ci peut éventuellement contester devant la juridiction de sécurité sociale.

32. Soc., 31 octobre 2002, n° 00-18 359, Bull. n° 336 : à propos d'un salarié écrasé par un tracto-grue qu'il avait immobilisé sur une pente pour rechercher les causes d'une fuite d'huile.
De même, doit être cassé l'arrêt qui pour rejeter la demande d'indemnisation complémentaire fondée sur la faute inexcusable, retient que la cause déterminante de l'accident a été l'imprudence du salarié, alors qu'il résulte de ces énonciations que le représentant légal de la société, condamné pénalement pour blessures involontaires et infractions au règles de sécurité du travail, aurait dû avoir conscience du danger encouru par la victime, et n'avait pris aucune mesure de protection nécessaire, de sorte que malgré l'imprudence de la victime, la faute de l'employeur avait revêtu le caractère d'une faute inexcusable (Soc., 12 mai 2003, n° 01-21 071, Bull. n° 141).

33. 2e Civ., 6 avril 2004, n° 02-30 688, Bull. n° 153, et autres.

Lorsque le salarié décide de solliciter une indemnisation complémentaire en raison de la faute inexcusable de son employeur, l'article L. 452-4 du Code de la sécurité sociale prévoit que « à défaut d'accord entre la caisse et la victime ou ses ayants droit d'une part, et l'employeur, d'autre part, sur l'existence de la faute inexcusable reprochée à ce dernier, ainsi que sur le montant de la majoration et des indemnités mentionnées à l'article L. 452-3, il appartient à la juridiction de la sécurité sociale compétente, saisie par la victime ou ses ayants droit ou par la caisse primaire d'assurance maladie d'en décider. La victime ou ses ayants droit doivent appeler la caisse en déclaration de jugement commun ou réciproquement... ».

L'instance va donc opposer le salarié, ou ses ayants droit, à l'employeur dont la faute inexcusable est invoquée, mais également à la caisse primaire d'assurance maladie, chargée d'assurer le complément de rente et les indemnités susceptibles d'être accordés en application des articles L. 452-2 et L. 452-3 du Code de la sécurité sociale.

Or, si la reconnaissance du caractère professionnel de sa maladie par la caisse revêt pour le salarié un caractère définitif, il n'en est pas de même pour l'employeur, qui n'a pour sa part qu'été simplement informé de cette décision [34].

Cette question a été tranchée par l'un des arrêts du 28 février 2002, qui énonce : « les rapports entre la CPAM et l'assuré sont indépendants des rapports entre la caisse et l'employeur et des rapports entre le salarié et l'employeur. Dès lors, le fait que le caractère professionnel de la maladie ne soit pas établi entre la caisse et l'employeur ne prive pas la victime du droit de faire reconnaître la faute inexcusable de son employeur, la juridiction étant en mesure, après débat contradictoire, de rechercher si la maladie a un caractère professionnel, et si l'assuré a été exposé au risque dans des conditions constitutives d'une telle faute » et, rappelant les termes de l'articles L. 452-4, conclu : il en résulte que l'action doit être nécessairement dirigée contre l'employeur, même dans les cas où la caisse se trouve privée de recours à son égard« [35].

Le caractère professionnel d'une maladie ou d'un accident peut ainsi être remis en cause lors d'une action en reconnaissance de faute inexcusable, même si l'employeur se borne le plus souvent à soutenir que la décision de prise en charge de la CPAM lui est inopposable.

Dans ce cas le bénéfice de la reconnaissance du caractère professionnel de son affection reste toutefois acquis au salarié, en ce qui concerne ses relations avec la caisse, mais il va de soi qu'il ne saurait y avoir reconnaissance d'une faute inexcusable imputable à l'employeur, s'il était admis au cours de cette instance que l'affection du salarié n'est pas d'origine professionnelle [36].

34. CF par exemple, 2e Civ., 2 mars 2004, no 02-30 966, Bull. no 80 : l'avis donné par la CPAM à l'employeur de prendre en charge la maladie à titre professionnel ne rend pas cette décision définitive à l'égard de ce dernier et ne le prive pas d'en contester l'opposabilité à l'occasion de la procédure en reconnaissance de sa faute inexcusable.

35. Soc., 28 février 2002, no 99-17 201, Bull. no 81.

36. CF 2e Civ., 18 octobre 2005, no 04-30 205 : une cour d'appel, appréciant souverainement les éléments qui lui étaient soumis, a retenu que la tentative de suicide commise par la salariée puisait son origine dans des difficulté privées et personnelles, et non dans son activité professionnelle, elle a pu en déduire que cet accident n'ayant pas un caractère professionnel, l'employeur n'avait pas commis de faute inexcusable.

Enfin, il a été précisé que « le fait que la maladie professionnelle soit imputée aux divers employeurs chez lequel le salarié a été exposé au risque n'interdit pas à celui-ci, pour demander une indemnisation complémentaire, de démontrer que l'un d'eux a commis une faute inexcusable » [37].

La prescription en matière de faute inexcusable est de deux ans (article L. 431-2).

L'article 40 de la loi du 23 décembre 1998 a réouvert les droits des victimes d'affections professionnelles consécutives à l'inhalation de poussières d'amiante, et ceux de leur ayants droit, dès lors qu'ils avaient fait l'objet d'une première constatation médicale entre le 1er janvier 1947 et son entrée en vigueur.

La Chambre sociale a été amenée à préciser que cet article s'appliquait également en cas d'action en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur, disposition qui a été par la suite reprise par la loi du 21 décembre 2001 [38].

Par ailleurs, si la jurisprudence considérait jusqu'à cette date que l'action en reconnaissance de faute inexcusable était indépendante de la demande de prise en charge de l'affection à titre professionnel, qui n'avait aucun caractère interruptif de prescription, la Deuxième chambre civile a décidé que « le délai de prescription de l'action du salarié pour faute inexcusable de l'employeur ne peut commencer à courir qu'à compter de la reconnaissance du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie » [39], solution reprise par l'article L. 431-2, dans sa rédaction résultant de la loi du 21 décembre 2001.

S'agissant des effets attachés à la reconnaissance d'une faute inexcusable de l'employeur, il résulte de l'article L. 452-2 du Code de la sécurité sociale, que lorsque la faute inexcusable de son employeur est reconnue, la victime a tout d'abord droit a une majoration de la rente (ou du capital) qui lui est versée au titre de l'incapacité permanente (article L. 452-2).

Selon la jurisprudence antérieure aux arrêts du 28 septembre 2002, le montant de cette majoration, qui pouvait être fixée en dessous du maximum légal, était fonction de la gravité de la faute de l'employeur, et pouvait également être réduite en fonction de la faute éventuellement concurremment commise par le salarié.

Par un arrêt du 19 décembre 2002, la Chambre sociale a mis fin à cette jurisprudence constante en décidant que « la majoration de la rente prévue lorsque l'accident du travail est dû à la faute inexcusable de l'employeur, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, ne peut être réduite en fonction de la gravité de cette faute, mais seulement lorsque le salarié victime a lui même commis une faute inexcusable, au sens de l'article L. 453-1 du même code » [40].

37. Soc., 28 février 2002, nº 99-21 255

38. Soc., 28 février 2002, nº 99-21 255, Bull. pourvoi nº 81. Le même arrêt a décidé que « C'est à bon droit qu'une cour d'appel, saisie d'une demande d'indemnisation complémentaire pour faute inexcusable, déclare recevable l'action aux mêmes fins, formée en cours de procédure sur le fondement des dispositions de l'article 40 de la loi du 23 décembre 1998 ».

39. 2e Civ., 3 avril 2003, nº 01-20 872, Bull. nº 98.

40. Soc., 19 décembre 2002, nº 01-20 447, Bull. nº 400.

De même, par un arrêt du 6 février 2003, a-t-il été décidé que « dès lors qu'une cour d'appel retient que la maladie professionnelle d'un salarié est due à la faute inexcusable de son employeur, c'est à bon droit qu'elle fixe au maximum le montant de la rente » [41].

Cette solution a toujours été reprise par la suite, de sorte qu'en cas de faute inexcusable de l'employeur, la majoration de la rente doit toujours être fixée au maximum.

La Deuxième chambre civile a complété cette évolution jurisprudentielle, en précisant la notion de faute inexcusable du salarié : « la majoration de la rente prévue lorsque l'accident du travail est dû à la faute inexcusable de l'employeur, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, ne peut être réduite en fonction de la gravité de cette faute, mais seulement lorsque le salarié victime a lui même commis une faute inexcusable, au sens de l'article L. 453-1 du même code ; *que présente un tel caractère la faute volontaire du salarié, d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience* » (2e Civ., 27 janvier 2004, Bull. no 25, définition reprise par l'arrêt de l'Assemblée plénière du 24 juin 2005) [42].

S'agissant enfin du calcul de la rente majorée, selon la jurisprudence antérieure à ses arrêts du 28 février 2002, la Chambre sociale estimait que « la majoration de rente est fixée non en considération du préjudice subi, mais de la gravité de la faute, que cette gravité est définie une fois pour toutes par la décision qui statue sur la faute inexcusable et qu'elle ne peut plus être remise en cause, même en cas d'amélioration de l'état de l'assuré et de diminution de la rente accident du travail qui lui est servie » [43].

Dans un arrêt du 14 décembre 2004, la Deuxième chambre civile, prenant en compte les évolutions de sa jurisprudence, qui accentuaient le caractère indemnitaire de la majoration de rente, désormais indépendante de la gravité de la faute de l'employeur, relevant « qu'il résulte des termes de l'article L. 452-2 alinéa 2 et 3, du Code de la sécurité sociale que la majoration de la rente et du capital alloués à la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle consécutifs à la faute inexcusable de son employeur est calculée en fonction de la réduction de capacité dont celle-ci reste atteinte », a approuvé une cour d'appel qui avait décidé que cette majoration devrait, comme la rente elle même, suivre l'évolution du taux d'incapacité de la victime [44].

La rente est versée au salarié, ou en cas de décès, aux ayants droit définis par l'article L. 434-8 du Code de la sécurité sociale.

Par ailleurs, le salarié victime a droit, en application de l'article L. 452-3, à la réparation de son préjudice personnel.

41. Soc., 6 février 2003, no 01-20 004.

42. On soulignera que la définition adoptée est identique à celle retenue en matière d'accident de circulation, pour apprécier l'existence d'une faute inexcusable commise par un piéton, en application de l'article 3 de la loi du 5 juillet 1985. Cf par exemple 2e Civ., 3 juillet 2003, Bull. no 223).

43. Soc., 18 mars 1985, Bull. no 183.

44. 2e Civ., 14 décembre 2004, no 03-30 451, rapport 2004.

Ce droit à réparation se transmet aux héritiers.

Suivant les conclusions du premier Avocat Général [45], la Chambre sociale a décidé, dans l'un de ses arrêt du 28 février 2002 [46], que « les ayants droit de la victime d'une maladie professionnelle due à la faute inexcusable de l'employeur, et décédé des suites de cette maladie, étaient recevables à exercer, outre l'action en réparation du préjudice moral qu'ils subissaient personnellement du fait de ce décès, l'action en réparation du préjudice moral personnel de la victime résultant de sa maladie ».

Par ailleurs, on sait qu'aux termes de l'article L. 452-3 « en cas d'accident suivi de mort, les ayants droit de la victime mentionnés aux articles L. 434-7 et suivants ainsi que les ascendants et descendants qui n'ont pas droit à une rente en vertu desdits articles peuvent demander à l'employeur réparation du préjudice moral devant la juridiction précitée ».

Ces dispositions ont été rappelées par la Chambre sociale dans un arrêt du 23 mai 2003 : « Il résulte de la combinaison des articles L. 434-7, L. 434-13 et L. 452-3 du CSS que les ascendants de la victime décédée des suites d'un accident du travail imputable à la faute inexcusable de l'employeur peuvent prétendre à la réparation de leur préjudice, peu important qu'ils aient droit ou non à une rente [47]. »

La réparation de ces préjudices est versée directement aux bénéficiaires par la caisse qui en récupère le montant auprès de l'employeur.

L'employeur ne saurait donc être condamné à verser directement ces indemnités [48], mais peut toutefois se voir condamner au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

La Caisse, qui va indemniser le salarié victime, bénéficie en principe de la possibilité de recouvrer les sommes versées, par le biais d'une cotisation complémentaire, s'agissant de la majoration de la rente, que d'une action récursoire contre l'employeur, s'agissant des indemnités versées en réparation du préjudice du salarié ou de ses ayants droit.

Toutefois, dès lors que cette décision est inopposable à l'employeur, la caisse ne peut récupérer sur ce dernier les compléments de rente et les indemnités versées par elle au salarié malade ou à ses ayants droit, après reconnaissance de la faute inexcusable [49], et supporte la charge définitive des compléments de rente et indemnités mis à sa charge.

45. CF les conclusions de M. Le Premier Avocat Général Benmaklouf : « nonobstant l'existence de dispositions particulières à l'indemnisation des ayants droit en matière de sécurité sociale, les dispositions de droit commun relatives à la transmission successorales sont applicables ».

46. Soc., 28 février 2002, Bull. nº 81.

47. Soc., 23 mai 2002, nº 00-14 125.

48. Soc., 26 novembre 2002, nº 00-22. 876 et nombreuses autres décisions.

49. Soc., 19 décembre 2002, Bull. nº 405 et autres.

La question de l'opposabilité revêt dons une importance considérable pour l'employeur, ce qui a amené également, à la suite des arrêts « amiante » du 28 février 2002, le développement d'une importante jurisprudence sur ce dernier sujet [50].

Si l'institution d'un Fond de garantie des victimes de l'amiante ne profite qu'aux seuls salariés victimes des affections liées à l'utilisation de ce minerai, les « arrêts amiante »du 28 février 2002 ont ainsi marqué le début d'une évolution jurisprudentielle du régime de réparation des maladies professionnelles et des accidents du travail, au bénéfice de l'ensemble des salariés victimes.

Mais ces décisions mettent également en évidence les imperfections de ce système, qui n'autorise qu'une réparation limitée et forfaitaire, et posent la question d'une révision d'ensemble de cette législation, permettant une indemnisation totale des salariés victimes.

50. On sait que lors de l'instruction de la demande de reconnaissance du caractère professionnel de sa maladie par le salarié, la caisse est tenue d'assurer l'information de l'employeur. La Cour de cassation a décidé « qu'il résulte de l'article R. 411-1 du Code de la sécurité sociale que la CPAM, avant de se prononcer sur le caractère professionnel d'un accident ou d'une maladie, doit informer l'employeur de la fin de la procédure d'instruction, des éléments recueillis susceptibles de lui faire grief, de la possibilité de consulter le dossier et de la date à laquelle elle prévoit de prendre sa décision. (Soc., 19 décembre 2002, Bull. nº 405, 2e Civ., 2 mars 2004, nº 02-30 966 et autres).
Cette exigence ne joue toutefois qu'en cas d'instruction préalable : la cour d'appel qui a relevé qu'une CPAM a pris sa décision de reconnaissance du caractère professionnel d'un accident du travail au vu de la seule déclaration transmise sans réserve par l'employeur, sans procéder à une mesure d'instruction, a exactement décidé que cet organisme n'était pas tenu à l'obligation d'information prévu par l'article R. 441-1 du Code de la sécurité sociale avant de prendre sa décision (2e Civ. 14 octobre 2003, Bull. nº 301).

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET ENVIRONNEMENT : LES POLLUTIONS

Premier exemple : la pollution des sols et des bâtiments

La Troisième chambre civile de la Cour de cassation est notamment spécialisée dans les questions concernant les immeubles et la construction.

Elle a rarement eu à traiter des affaires relatives à des innovations technologiques. Les nouvelles techniques ne font pas échapper les constructeurs et leurs assureurs aux règles, et aux limites, de la responsabilité décennale et de l'assurance de responsabilité obligatoire.

Ainsi une clause excluant de la garantie les travaux de technique non courante et les procédés non traditionnels ou produits n'ayant pas fait l'objet d'un avis technique favorable, qui fait échec aux règles d'ordre public relatives à l'étendue de l'obligation d'assurance de responsabilité obligatoire en matière de construction, doit être réputée non écrite [1]. L'acceptation des risques étant une cause exonératoire de la responsabilité décennale, le maître de l'ouvrage qui, malgré une mise en garde, décide de retenir un certain procédé constructif, prenant le risque de désordres prévisibles, doit seul assumer la charge des réparations et n'a pas de recours contre le maître d'œuvre et les constructeurs [2]. Cependant le fabricant d'un produit nouveau est tenu d'une obligation de conseil renforcée, même à l'égard d'un utilisateur professionnel [3] ; le maître d'œuvre qui préconise un produit nouveau, de conception révolutionnaire, doit s'assurer de son adéquation à l'utilisation particulière qui doit en être faite [4].

Mais certaines techniques entraînent des effets négatifs et nuisances durables, revers de l'innovation technologique. La chambre a ainsi traité de questions concernant la pollution de terrains, tant au regard du code de l'environnement qu'en application des règles de droit commun, notamment sur les vices cachés. Elle a aussi été saisie de problèmes relatifs à l'amiante dont les risques pour la santé ont justifié une réglementation particulière.

A – Pollution

1 – Le **Code de l'environnement** impose, pour les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE), certaines obligations en vue de la protection des tiers.

1. 3e Civ., 25 janvier 1995, Bull. no 27.
2. 3e Civ., 20 mars 2002, Bull. no 68.
3. 3e Civ., 18 février 2004, Bull. no 32.
4. 3e Civ., 13 mars 1991, no 89-16 415.

a) Il s'agit d'abord d'une obligation d'information : selon l'article L. 514-20 « *Lorsqu'une installation soumise à autorisation a été exploitée sur un terrain,* ***le vendeur de ce terrain est tenu d'en informer par écrit l'acheteur*** ».

Cette obligation est-elle une condition de la validité de l'acte ou peut-on apporter la preuve, par tout moyen, que l'acquéreur avait eu connaissance de l'exploitation ?

Une cour d'appel avait retenu cette dernière solution, déboutant l'acquéreur, (une commune) qui n'avait pas reçu cette information de son vendeur, de son action en résolution de la vente [5], en retenant que cette commune ne pouvait soutenir qu'elle ignorait l'exploitation, et ses nuisances, alors que des arrêtés préfectoraux concernant cette installation classée lui avaient été notifiés.

Cette décision a été cassée par la chambre qui a retenu la nécessité d'un écrit du vendeur [6]. Cette obligation, qualifiée par la doctrine de formalisme informatif, résulte du texte même de la loi, mais la chambre s'est abstenue de fixer des règles plus contraignantes, précisant seulement que cette information par écrit devait être donnée « *à l'occasion de la vente* ».

Le même article L. 541-20, qui résulte de la loi du 13 juillet 1992 qui a inséré un article 8-1 dans la loi du 19 juillet 1976 relative aux ICPE, a donné lieu à une décision sur l'application dans le temps de cette obligation.

Cette disposition est applicable aux ventes conclues postérieurement, même pour des ICPE qui ont cessé d'être exploitées antérieurement, mais qu'en est-il lorsque l'exploitation a cessé avant la loi de 1976 ?

Une cour d'appel avait retenu que cette obligation d'information était applicable aux installations de la nature de celles soumises à autorisation sous l'empire de cette loi, alors même qu'elles auraient cessé d'être exploitées antérieurement à son entrée en vigueur dès lors que ces installations restent susceptibles, du fait de leur existence même, de présenter les dangers ou inconvénients mentionnés à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement.

Cette décision a été cassée, de tels motifs ne permettant pas de déterminer si l'activité exercée jusqu'à la fin de l'exploitation, en 1941, était, « *au regard de la législation et réglementation en vigueur à cette date, soumise à autorisation* » [7]. C'est donc la nature de l'activité qui doit être prise en considération, selon les dispositions en vigueur lors de la cessation de l'exploitation, en l'espèce la loi du 19 décembre 1917 relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes. La chambre a retenu une application littérale du texte. Le Conseil d'Etat, dont la cour d'appel avait repris la motivation, en fait, à l'égard de l'exploitant, une application plus extensive [8].

5. Selon l'article L. 541-20, en l'absence de cette information, l'acheteur a le choix de poursuivre la résolution de la vente ou de se faire restituer une partie du prix ; il peut aussi demander la remise en état du site aux frais du vendeur, lorsque le coût de cette remise en état ne paraît pas disproportionné par rapport au prix de vente.

6. 3e Civ., 12 janvier 2005, Bull. nº 8.

7. 3e Civ., 17 novembre 2004, Bull. nº 204.

8. CE, 16 novembre 1998, nº 182816.

On peut noter que la chambre n'a pas eu à se prononcer sur l'étendue de l'obligation d'information du vendeur sur les dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation qui est imposée par le même article L. 514-20.

b) Le Code de l'environnement et les textes réglementaires imposent la **remise en état du site** après l'arrêt définitif d'une installation (art. 34-1 du décret du 21 septembre 1977 modifié).

La chambre, comme la juridiction administrative [9], juge que cette obligation pèse sur l'exploitant lui-même, et non sur le propriétaire du terrain.

Le locataire d'un terrain sur lequel était établie une ICPE soutenait qu'à défaut de stipulation particulière du bail, le bailleur devait assumer la charge de la remise en état car, en tant que propriétaire, il avait le pouvoir de créer l'installation et parce que les lieux loués n'avaient pas été dépollués avant la prise de possession par le locataire. Il a été débouté par la cour d'appel et son pourvoi a été rejeté. La chambre a retenu que la cour d'appel a déduit à bon droit de ces dispositions réglementaires « *que cette obligation de remise en état d'une installation classée, résultant d'une obligation particulière, commençant avec la déclaration faite par l'exploitant à l'administration, en l'espèce par la locataire, et s'achevant avec le nettoyage des cuves à la fin de l'exploitation, était à la charge du preneur* » [10].

Cependant, faisant application d'une jurisprudence constante [11], la chambre a également retenu qu'à défaut de stipulation expresse du bail les injonctions de mise en conformité avec la réglementation relative aux ICPE incombent, pendant le cours du bail et l'exploitation de l'installation, au bailleur [12].

Il a par ailleurs été jugé que l'exploitant qui n'avait pas dépollué le terrain après l'arrêt d'une ICPE commettait une faute délictuelle [13] :

Une société avait acquis un terrain sur lequel avait été exploitée une ICPE. Sur l'injonction du préfet, elle avait fait procéder à des études en vue de la remise en état du site. Cette injonction ayant été rapportée, l'obligation pesant sur l'exploitant, l'acquéreur avait demandé à son vendeur, qui était l'ancien exploitant, le remboursement des dépenses qu'il avait engagées. Retenant la responsabilité délictuelle de ce dernier, la cour d'appel a accueilli la demande. Le vendeur soutenait notamment que seule sa responsabilité contractuelle aurait pu être engagée, que l'obligation de remise en état n'était assortie d'aucune sanction pénale et qu'une clause de non-garantie, stipulée dans l'acte, excluait toute action en responsabilité, y compris délictuelle. Son pourvoi a été rejeté. La chambre a approuvé la cour d'appel d'avoir retenu que le dernier exploitant d'une ICPE était tenu d'une obligation de police administrative qui lui imposait une obligation de remise des lieux en état, sous peine de sanctions pénales, et que les stipulations

9. CE, 21 février 1997, n° 160250.

10. 3e Civ., 10 avril 2002, Bull. n° 84.

11. 3e Civ., 10 mai 2001, Bull n° 58.

12. 3e Civ., 19 mars 2003, n° 01-00 635.

13. 3e Civ., 16 mars 2005, Bull. n° 67

de la vente demeuraient étrangères aux prescriptions de l'autorité administrative ; le manquement de l'exploitant revêtait le caractère d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil.

Plusieurs décisions sur des terrains pollués ont été rendues en matière d'**expropriation** :

Il n'y a pas à opérer de réduction de prix en considération du caractère pollué ou non des terrains expropriés, dès lors que le propriétaire avait l'obligation de dépolluer et en assurait la charge financière [14]. Mais la remise en état par son exploitant du site d'une installation classée mise à l'arrêt définitif constitue une difficulté étrangère à la fixation du montant de l'indemnité d'expropriation du propriétaire d'un fonds de commerce ; le juge de l'expropriation doit alors, en application de l'article L. 13-8 du code de l'expropriation, fixer une indemnité alternative et renvoyer les parties à se pourvoir devant la juridiction compétente [15]. Il a aussi été jugé, dans des cas toutefois où n'étaient pas invoquées les dispositions relatives aux ICPE, que si la pollution d'un terrain est un facteur de moins-value du terrain au préjudice du bailleur qui peut rechercher la responsabilité de son locataire, cette pollution ne peut justifier une réduction de l'indemnité due au locataire exproprié [16].

2 – Les problèmes de pollution ont aussi été examinés en application du droit commun, et notamment de la responsabilité pour **vices cachés**, sans que soit invoquée la législation sur les ICPE.

La chambre a fait application de sa jurisprudence constante.

A ainsi été retenue la validité d'une clause de non-garantie dès lors qu'il n'était pas prouvé que le vendeur, qui n'avait pas la qualité de professionnel en la matière, avait connaissance, au moment de la revente, de la pollution du terrain [17].

La chambre a aussi été saisie d'un recours dans une chaîne de contrats :

Une commune avait exploité une usine de production de gaz jusqu'en 1929 ; elle avait revendu en 1956 le terrain qui avait ensuite fait l'objet de reventes successives. Le dernier acquéreur avait découvert que le terrain contenait des hydrocarbures. Une clause de non-garantie ayant été stipulée dans l'acte conclu avec son vendeur, il avait assigné directement la commune en garantie des vices cachés, l'acte de vente de celle-ci ne comportant pas une telle clause. Il avait été débouté par la cour d'appel qui avait retenu que l'action en garantie, exclue et bloquée au niveau d'un vendeur intermédiaire, ne peut prospérer contre le vendeur initial, la commune.

Cette décision a été censurée par la chambre qui a jugé qu'une clause de non-garantie opposable par un vendeur intermédiaire à son propre acquéreur ne peut faire obstacle à l'action

14. 3e Civ., 11 juillet 2001, no 00-70 116.

15. 3e Civ., 31 octobre 2001, Bull. no 119.

16. 3e Civ., 29 janvier 2003, no 02-70 004 ; 26 mars 2003, no 02-70 007.

17. 3e Civ., 19 décembre 2001, no 00-12 022 ; 4 novembre 2004, no 03-12 499.

directe de l'acquéreur final contre le vendeur originaire dès lors qu'aucune clause de non-garantie n'a été stipulée lors de la première vente [18].

Toutefois, constatant que la commune avait vendu le terrain plus de trente ans auparavant, la chambre a décidé que l'action en garantie était prescrite et a cassé sans renvoi. Le Conseil d'Etat juge également applicable cette prescription : en application des principes dont s'inspire l'article 2262 du Code civil, le préfet ne peut imposer à l'exploitant, ou à son ayant droit, de mesure de remise en état lorsque plus de trente ans se sont écoulés depuis la date à laquelle la cessation d'activité a été portée à la connaissance de l'administration, sauf cependant dans le cas où les dangers ou inconvénients présentés par le site auraient été dissimulés [19].

Mais dans le cas où l'acquéreur a connaissance du vice dont est affecté le terrain, et a renoncé à toute action contre son vendeur en raison de l'état du sol ou du sous-sol, il ne peut se retourner contre la société qui avait précédemment exploité une installation polluante s'il n'a pas été subrogé dans les droits de son vendeur ou n'a pas bénéficié d'une cession de droits [20].

B – Amiante

L'amiante a été largement utilisée dans le bâtiment en particulier pour ses qualités ignifuges. Bien que des scientifiques aient depuis longtemps appelé l'attention sur sa dangerosité pour les personnes exposées, ce matériau n'a fait l'objet d'une réglementation restrictive qu'à partir de 1977, il a ensuite été interdit à partir de 1997. Un décret du 7 février 1996 impose la recherche de la présence d'amiante dans les locaux.

La Troisième chambre s'est prononcée sur différentes questions concernant ce matériau. tant au regard des règles sur la copropriété et les contrats que sur les obligations des contrôleurs techniques qui procèdent à cette recherche d'amiante.

1. Copropriété

Dans le cadre d'un immeuble en **copropriété**, la chambre a été saisie de la qualification du flocage apposé sur des plafonds d'un local à usage de garage, en l'absence de stipulation expresse du règlement de copropriété, comme de disposition particulière de la loi du 10 juillet 1965.

Un diagnostic technique ayant relevé, lors de la revente de ce local, la présence d'amiante sur les plafonds, le copropriétaire concerné avait fait procéder au désamiantage et demandait le remboursement des frais engagés au syndicat des copropriétaires. Le tribunal, considérant qu'il s'agissait d'un accessoire des parties privatives, l'avait débouté.

La cour d'appel a retenu au contraire que ce flocage avait une fonction de sécurité à l'usage des copropriétaires dans leur ensemble, le plancher devant être coupe-feu trois heures, et, en

18. 3e Civ., 16 novembre 2005, no 04-10 824.

19. CE ass. 8 juillet 2005, no 247976.

20. 3e Civ., 7 juillet 2004, no 02-11 335.

application de l'article 3 de la loi de 1965, aux termes duquel sont communes les parties de bâtiments affectées à l'usage ou à l'utilité de tous les copropriétaires ou de plusieurs d'entre eux, en a déduit que la présomption de l'article 3 doit conduire à considérer comme partie commune le revêtement d'amiante de la dalle du plafond des lots à usage de garage.

Le pourvoi contre cette décision a été rejeté [21] :

Il résultait de l'arrêt que l'immeuble comportait des lots à usage d'habitation et d'autres à usage commercial, et que le permis de construire n'aurait pu être accordé sans que le plancher séparant les locaux commerciaux du reste de l'immeuble ne présente une résistance au feu de trois heures, ce qui avait conduit le constructeur à faire appliquer un flocage d'amiante. Le règlement de copropriété étant silencieux à ce sujet, la cour d'appel avait recherché quelle était la fonction de ce flocage.

La Troisième chambre l'approuve en retenant que la cour d'appel a, par une interprétation souveraine, exclusive de dénaturation, que l'imprécision des termes du règlement rendait nécessaire, retenu, par application des dispositions supplétives de la loi du 10 juillet 1965, qu'en raison de la fonction particulière de sécurité au profit de tous les copropriétaires, remplie par ce flocage d'amiante appliqué dès l'origine de la construction, la présomption de l'article 3 de cette loi devait conduire à considérer ce revêtement comme partie commune. La cour d'appel a légalement justifié sa décision de ce chef en retenant que l'objection du syndicat selon laquelle la mise en œuvre de ce flocage était due au fait du copropriétaire ou à l'activité qu'il avait choisi d'exercer, était erronée.

Les juges du fond étant souverains pour interpréter un règlement de copropriété, cette décision n'a pas de portée générale. On notera toutefois que l'arrêt retient non seulement la fonction de sécurité mais aussi le fait que le flocage a été appliqué dès la construction, pour répondre aux exigences réglementaires.

2. Bail

Certains baux, notamment de locaux à usage commercial, mettent à la charge du preneur les travaux de mise en conformité qui sont normalement à la charge du bailleur [22]. La chambre a rappelé qu'une telle stipulation s'imposait au preneur, quelle que soit l'importance de ces travaux.

Une cour d'appel avait retenu que le bail ayant été signé avant la mise en vigueur du décret du 7 février 1996, le « désamiantage » n'avait pu entrer dans les prévisions des parties et pas davantage son coût nécessairement très élevé compte tenu des mesures de sécurité. Cette décision a été cassée car une clause des conditions générales du bail mettait à la charge du preneur les travaux de mise en conformité avec toute réglementation [23].

21. 3e Civ., 7 mai 2003, Bull. no 100.

22. 3e Civ. 3, 10 mai 2001, Bull. no 58.

23. 3e Civ., 21 novembre 2001, no 00-13 170, solution réaffirmée par l'arrêt du 4 mai 2004, no 02-21 349.

Ces travaux de désamiantage nécessitent parfois l'évacuation des occupants pendant les travaux. Il a été soutenu par un propriétaire que, de ce fait, le bail était résilié de plein droit en application de l'article 1722 du Code civil. La cour d'appel a rappelé qu'à la destruction totale il convenait d'assimiler l'impossibilité absolue et définitive d'user de la chose louée conformément à sa destination ou la nécessité d'effectuer des travaux dont le coût excède la valeur de cette chose, conformément à une jurisprudence bien établie [24], mais qu'il n'en était pas ainsi alors que les travaux de retrait de l'amiante, qui nécessitaient l'évacuation des occupants, étaient d'une durée prévisible d'un an à dix-huit mois, et permettaient ensuite la réoccupation des lieux sans aucune difficulté, et alors que leur coût était inférieur à la valeur de l'immeuble. Cette motivation a été approuvée et le pourvoi rejeté [25].

Le même arrêt retient que le propriétaire qui, informé de la présence d'amiante, et connaissant les risques encourus à plus ou moins long terme, s'est abstenu d'en informer le locataire, lui doit garantie en application de l'article 1721 du Code civil.

Par ailleurs manque à son obligation de délivrance le bailleur qui ne livre pas un immeuble immédiatement utilisable à cette fin, alors que les travaux de désamiantage auraient dû être réalisés avant l'entrée en jouissance du preneur [26].

3. Vente

Il a par contre été jugé, pour une vente, réalisée il est vrai avant le décret du 7 février 1996, que le vendeur qui n'a pas informé l'acquéreur de la présence d'amiante, qu'il connaissait, ne commettait pas de réticence dolosive ou de faute délictuelle dès lors que les analyses établissaient que les concentrations en fibre d'amiante restaient non décelables. Le pourvoi contre cet arrêt a également été rejeté, la Cour n'opérant qu'un contrôle léger en la matière [27].

La chambre a aussi jugé que le décret du 7 février 1996 dans sa rédaction initiale autorisait le transfert à l'acquéreur des obligations imposées au propriétaire pour la recherche de l'amiante [28].

4. Contrôleurs techniques

La recherche de la présence d'amiante, comme les analyses éventuelles, sont réalisées par des personnels qualifiés. La chambre a précisé la portée de leurs obligations.

Le rapport d'un contrôleur avait conclu à l'absence d'amiante, alors que des recherches ultérieures avaient révélé la présence de cette fibre. La cour d'appel avait estimé que l'organisme n'avait commis aucune faute. Selon l'arrêt, l'étendue des investigations faites par le tech-

24. 3e Civ., 12 juin 1991, Bull. no 169, Com. 13 octobre 1965, Bull. no 495.

25. 3e Civ., 2 juillet 2003, Bull. no 138, et plus récemment : 3e Civ., 29 novembre 2005, no 04-18 609.

26. 3e Civ., 2 juillet 2003, Bull. no 141.

27. 3e Civ., 12 juin 2002, no 00-22 723.

28. 3e Civ., 2 avril 2001, Bull. no 49.

nicien, qui s'était borné à des constatations visuelles, n'avait dépendu que du propriétaire, qui ne lui avait pas donné accès aux plénums, sous les plafonds, bien que selon d'autres techniciens ces espaces étaient normalement accessibles, et qu'il appartenait au propriétaire de confier une recherche à un architecte ou à un cabinet spécialisé.

Cette décision a été cassée. La Cour de cassation a retenu que le contrôleur était chargé d'un diagnostic réglementaire, qu'il était tenu d'une obligation de conseil et qu'il devait s'enquérir par lui-même des caractéristiques complètes de l'immeuble concernant la présence éventuelle d'amiante [29]. Le contrôleur technique, investi par la réglementation d'une mission particulière, et non en application des seules stipulations du contrat, doit procéder à des investigations approfondies, et non se limiter à un simple contrôle visuel.

Dans une autre affaire le vendeur d'un immeuble à usage de bureaux, entrant dans le champ d'application du décret du 7 février 1996, avait déclaré dans l'acte que ces locaux ne contenaient pas d'amiante ainsi qu'il résultait d'une analyse effectuée par une société dont le rapport avait été annexé à l'acte.

La présence d'amiante ayant ensuite été constatée, l'acheteur avait assigné son vendeur, sur le fondement des vices cachés, et la société de contrôle technique sur le fondement de la responsabilité délictuelle. La cour d'appel avait relevé les fautes de cette société qui n'avait pas effectué un nombre suffisant de prélèvements et qui n'avait pas signalé l'impérieuse nécessité d'investigations complémentaires, alors que certaines zones suspectes étaient fortement présumées contenir de l'amiante. Sa responsabilité n'avait cependant pas été retenue au motif que cette faute était sans lien direct de causalité avec le préjudice subi par l'acquéreur, consistant en une moindre valeur des locaux, dès lors qu'elle n'avait pas eu connaissance de l'utilisation de son rapport pour la vente des locaux.

Cette décision a été cassée au visa de l'article 1147 du Code civil et des articles 1 et 2 du décret du 7 février 1996 : il ne résulte pas de cette motivation l'absence d'un lien de causalité entre la faute imputée à la société et le préjudice de l'acquéreur [30]. On peut en déduire que le rapport du contrôleur technique n'est pas à l'usage du seul cocontractant mais qu'il est aussi destiné à l'information de tout tiers intéressé, un acquéreur, mais aussi des personnes appelées à travailler dans l'immeuble.

On peut enfin relever qu'en ce qui concerne les nuisances, notamment sonores, autre forme de « pollution », la chambre fait application d'une jurisprudence classique sur le trouble anormal de voisinage. Ce trouble est apprécié souverainement par les juges du fond, le respect des dispositions légales n'excluant pas l'existence éventuelle de tels troubles [31].

Cependant, selon l'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation les nuisances occasionnées aux occupants d'un bâtiment par certaines activités ne donnent pas droit à réparation lorsque ces occupants se sont installés postérieurement à l'existence de ces activi-

29. 3e Civ., 2 juillet 2003, Bull. no 141.

30. 3e Civ., 28 janvier 2003, no 01-13 875.

31. 3e Civ., 12 octobre 2005, no 03-19 759.

tés, dès lors toutefois que celles-ci s'exercent et se sont poursuivies en conformité avec la réglementation [32]. Les juges du fond doivent cependant rechercher, lorsque cela leur est demandé, si les nuisances ne se sont pas ultérieurement aggravées [33].

On renverra par ailleurs aux développements de la partie jurisprudence sur un arrêt du 7 décembre 2005 de la Troisième chambre relatif aux combustibles nucléaires usés retraités.

Second exemple : la pollution des eaux douces

L'incrimination de la pollution des eaux douces est issue d'une histoire sinueuse et paradoxale.

Son origine, d'abord, est surprenante. L'article 25 de la loi du 15 avril 1829, qui punissait « *quiconque aura jeté dans les eaux des drogues ou appâts de nature à enivrer le poisson ou à le détruire* », ne cherchait à atteindre que les braconniers. La Chambre criminelle en a déduit une incrimination générale des rejets – notamment industriels – néfastes à la vie piscicole (Crim. 27 janvier 1859 : S. 1859. 1. 364, 2e esp.). Cette création prétorienne a été entérinée par l'ordonnance nº 59-25 du 3 janvier 1959. « *Toutes les solutions jurisprudentielles qui ne concordaient pas avec la lettre de l'ancien article 25 de la loi du 15 avril 1829, devenu l'article 434 du Code rural* », ont alors *« été écrites dans un nouvel article créé tout exprès, l'article 434-1 du Code rural »*, aux termes duquel : « *Quiconque aura rejeté, déversé ou laissé écouler dans les cours d'eau, directement ou indirectement, des substances quelconques, dont l'action ou les réactions ont détruit le poisson ou nui à sa nutrition, à sa reproduction ou à sa valeur alimentaire sera puni d'une amende de 500 à 8 000 francs et d'un emprisonnement de dix jours à un an ou de l'une de ces deux peines seulement* ». (cf J.-H. Robert, M. Rémond-Gouilloud, *Droit pénal de l'environnement*, Masson, éd. 1983, p. 160).

Si le maximum des peines a été ultérieurement porté à deux ans d'emprisonnement et 18 000 euros d'amende, les termes mêmes de l'incrimination – qui figure maintenant à l'article L. 432-2 du Code de l'environnement – sont demeurés identiques depuis 1959.

Quoiqu'il fût devenu – sous l'action de la jurisprudence – un très efficace instrument de lutte contre les dégradations de la qualité des milieux aquatiques, ce délit ne permettait pas d'appréhender toutes les formes de pollution des eaux, ni certains dommages dont elles sont les vecteurs. Rangé dans un titre du Code rural – puis du Code de l'environnement – relatif à la pêche en eau douce, exclusivement défini par l'atteinte aux intérêts piscicoles, il ne pouvait étendre ses effets aux nappes phréatiques, et ne protégeait qu'indirectement les usages de l'eau étrangers à l'exploitation des richesses halieutiques. Il était douteux, par exemple, qu'une condamnation prononcée de ce chef permît d'indemniser une intoxication causée à du bétail (T. Corr. Béthune, 17 septembre 1977 : Rev jur. envir. 1977, p. 189, note M.-J. Littmann-Martin),

32. 3e Civ., 27 avril 2000, Bull nº 92.

33. 3e Civ., 23 février 2005, nº 03-20 380.

ou l'interruption d'un pompage destiné à l'alimentation des populations (Crim. 25 juin 1987 : Rev. sc. crim. 1988, p. 324, chron. J.-H. Robert).

De telles faiblesses étaient peu compatibles avec l'objectif poursuivi par la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 de rationaliser la gestion des ressources aquatiques. Jusqu'alors, l'eau était assujettie à des réglementations différentes selon qu'elle était douce ou salée, superficielle ou souterraine, close ou libre, ou encore, selon qu'elle relevait ou non de la domanialité publique. La législation nouvelle a soumis cette ressource, sous quelque forme qu'elle se présente, à un régime administratif unique. Néanmoins, tant dans son projet qu'au cours des débats, le ministère de l'Environnement, désireux de ne pas relancer une confrontation à l'issue incertaine entre les partisans et les adversaires des textes relatifs à la police de la pêche, avait résolu de tenir ces dispositions à l'écart de la discussion parlementaire. L'article L. 232-2 du Code rural (actuel article L. 432-2 du Code de l'environnement) avait été décrit par la ministre, devant la représentation nationale, comme la « disposition-phare » du droit de l'environnement, qu'il était hors de question d'altérer.

C'est dans ces conditions qu'une nouvelle incrimination, destinée à protéger les intérêts qu'ignorait l'article L. 232-2 du Code rural, a été créée par l'article 22 de la loi du 3 janvier 1992. Actuellement codifiée à l'article L. 216-6 alinéa 1er du Code de l'environnement, elle punit de deux ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende, « *le fait de jeter, déverser ou laisser s'écouler dans les eaux superficielles, souterraines ou les eaux de la mer dans la limite des eaux territoriales, directement ou indirectement, une ou des substances quelconques dont l'action ou les réactions entraînent, même provisoirement, des effets nuisibles sur la santé ou des dommages à la flore ou à la faune, à l'exception des dommages visés aux articles L. 218-73 et L. 432-2, ou des modifications significatives du régime normal d'alimentation en eau ou des limitations d'usage des zones de baignade* ».

L'articulation des deux incriminations (et même des trois délits, si l'on prend en considération l'article L. 218-73 du Code de l'environnement, qui est à la faune marine ce que l'article L. 432-2 est au poisson d'eau douce) a suscité des interrogations (M.-J. Littmann-Martin, L'article 22 de la loi du 3 janvier 1992 et la protection des milieux aquatiques : Rev. jur. envir. 1994, p. 143), d'autant plus vives que les peines encourues n'étaient pas identiques et que les régimes juridiques différaient substantiellement sur quatre points :
– les règles de constatation des infractions ;
– la transaction ;
– la responsabilité pénale des personnes morales ;
– l'effet exonératoire du respect des normes de rejet imposées par l'administration.

Certaines différences ont été ultérieurement supprimées par l'autorité législative. La loi du 16 décembre 1992, dite loi d'adaptation du Code pénal, avait prévu que la responsabilité pénale des personnes morales s'appliquerait aux délits réprimés par la loi sur l'eau du 3 janvier 1992, mais non aux infractions à la police de la pêche : cette omission a été réparée par la loi du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de la nature. La transaction, survivance dans le domaine de la pêche, des anciennes prérogatives de l'administration des Eaux et forêts, a été étendue, par l'ordonnance n° 2005-805 du 18 juillet 2005, aux infractions créées par la loi du 3 janvier 1992 (C. envir. art. L. 216-14).

La jurisprudence a également contribué à aplanir les distinctions et à atténuer les risques de nullité engendrés par des exigences procédurales divergentes. En matière de police de l'eau, l'article L. 216-5 alinéa 2 du Code de l'environnement impose l'expédition des procès-verbaux au procureur de la République dans les cinq jours de leur clôture, et la remise d'une copie à l'intéressé dans le même délai. En matière de police de la pêche, l'article L. 437-5 du même Code ne prévoit pas cette dernière formalité et fixe à trois jours le délai de transmission des procès-verbaux au Parquet. La Chambre criminelle décide que la communication d'une copie à la personne mise en cause – qui n'est pas expressément prescrite à peine de nullité – est dépourvue de sanction (Crim. 19 octobre 2004 : Bull. crim. n° 247 ; D^r pénal 2005, comm. 6, obs. J.-H. Robert ; Rev. sc. crim. 2005, p. 308 ; Dr. envir. 2005, p. 73, note D. G.), et que la tardiveté de l'envoi au ministère public ne justifie une annulation que si le prévenu démontre, conformément à l'exigence de l'article 802 du Code de procédure pénale, qu'une telle irrégularité lui a causé un grief (pour l'article L. 437-5 : Crim. 28 septembre 1999 : Bull. crim. n° 200, Dr. pénal 2000, n° 19, comm. J.-H. Robert ; Cass. crim. 3 avril 2001, pourvoi n° 00-85 511, non publié ; pour l'article L. 216-5 : Crim. 19 octobre 2004 : Bull. crim. n° 247, précité).

* * *

Le domaine assigné à l'article L. 432-2 du Code de l'environnement par l'article L. 431-3 du même Code est restreint aux cours d'eau et aux canaux, dans la limite de salure des eaux, ainsi qu'aux plans d'eau avec lesquels ils communiquent. Le champ d'application de l'article L. 216-6 du Code de l'environnement inclut celui de l'article L. 432-2, mais va bien au-delà, puisqu'il embrasse les eaux souterraines aussi bien que superficielles, et s'étend à la mer territoriale. Là où les deux incriminations entrent en concurrence, la parenté de leurs définitions invite à les examiner parallèlement, au regard tant de leurs composantes matérielle (I) et morale (II) que des causes d'exonération de responsabilité pénale (III).

I – L'ÉLÉMENT MATÉRIEL DES DÉLITS DE POLLUTION DES EAUX

Les articles L. 432-2 et L. 216-6 du Code de l'environnement diffèrent quant aux dommages incriminés (A). Ils ont en commun la définition du rejet (B).

A – Le dommage

Les termes de l'article L. 432-2, qui incluent non seulement la destruction du poisson, mais encore toute atteinte à sa nutrition, à sa reproduction ou à sa valeur alimentaire, ont permis à une jurisprudence abondante et constante de réprimer toutes les altérations des eaux superficielles qui retentissent défavorablement sur les populations piscicoles.

Ainsi, le délit est-il suffisamment démontré lorsque les caractéristiques physico-chimiques d'un échantillon d'eau, prélevé à l'aval d'un exutoire, sont incompatibles avec la vie du poisson, indépendamment de toute constatation d'une mortalité suspecte (Crim. 18 juillet 1995, nº 94-85 249 : Rev. jur. envir. 1996, 194). L'infraction est également caractérisée par l'appauvrissement du milieu à l'aval d'un effluent permanent ou intermittent. La flore et la micro-faune aquatiques sont la nourriture des poissons, les lits de gravier et les herbiers, leurs zones de frai. La destruction de ces éco-systèmes nuisent – au sens de l'article L. 432-2 du Code de l'environnement – à la nutrition ou à la reproduction du poisson. Il a ainsi été jugé que le délit était consommé lorsque des constatations visuelles établissaient la stérilisation du fond d'un cours d'eau par le dépôt d'une couche minérale (Crim. 3 mars 1992, nº 91-82 462, effluent d'une carrière : Rev. jur. envir. 1995. 179, obs. V. Jaworski) ou par une pollution organique chronique (Crim. 29 novembre 1995, nº 94-85 072, dégradation de la végétation aquatique par les rejets de graisses d'une entreprise agro-alimentaire).

Après l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1992, une partie de la doctrine a suggéré que le nouveau délit de pollution supplanterait sans doute partiellement l'ancien (M.-J. Littmann-Martin, *L'article 22 de la loi du 3 janvier 1992 et la protection des milieux aquatiques* : Rev. jur. envir. 1994, p. 143). Le fait que l'article 22 de cette loi réprimât, notamment, les effets nuisibles pour la santé et les dommages causés « à la flore ou à la faune », militait, aux yeux de certains auteurs, en faveur d'une interprétation plus stricte de l'article L. 432-2 du Code de l'environnement, et d'un transfert dans le domaine de la nouvelle incrimination de tous les cas dans lesquels la constatation de la dégradation du milieu aquatique ne s'accompagnait pas d'une démonstration circonstanciée de ses retentissements sur la vie piscicole.

La contraction du champ d'application de l'article L. 432-2 ne s'est pas vérifiée. La Chambre criminelle admet toujours que ce texte constitue un fondement approprié des poursuites dans des hypothèses où il n'est pas établi de destruction directe du poisson (Crim. 23 mars 2004, nº 03-83 123).

B – Le rejet

S'agissant de la nature des substances introduites dans l'eau, la sensibilité particulière du poisson aux caractéristiques physico-chimiques du milieu aquatique a conduit la jurisprudence à donner la plus large acception à la notion de « substance » retenue par l'article L. 432-2.

Il n'est pas nécessaire que les produits rejetés soient intrinsèquement toxiques. Une jurisprudence abondante et constante admet le caractère répréhensible du rejet de substances « naturelles », telles que l'eau d'une rivière prélevée puis chauffée avant d'être restituée au milieu naturel (Crim. 11 avril 1970 : D. 1972, p. 113, note Despax), des petits pois (Crim. 10 décembre 1969 : Bull. crim. nº 337 ; JCP G, 1970 II, 16 250, note Blin), des résidus d'olives pressées (Crim. 8 septembre 1998, nº 97-85 884).

Pour décrire les modalités d'introduction dans les eaux des substances polluantes, les articles L. 432-2 et L. 216-6 du Code de l'environnement emploient les mêmes termes, particulièrement compréhensifs.

La jurisprudence en déduit qu'un déversement direct n'est pas exigé. Le dépôt ou l'épandage de matières sur le sol, suivi de leur chute, de leur ruissellement ou de leur infiltration dans un cours d'eau, caractérise l'infraction. Encourent ainsi la répression pénale :
– un cantonnier, qui répand sur les berges d'un ruisseau des herbicides qui ont provoqué une mortalité piscicole (Crim. 19 janvier 1997, Bull. crim. nº 18) ;
– des agents de Voies navigables de France qui ordonnent le dépôt, sur le talus séparant le canal Rhin-Rhône du Doubs, des boues de dragage du premier, qui ont glissé dans le second (Crim. 2 juillet 1998, nº 97-83 287 : Rev. jur. envir. 2000, p. 197) ;
– l'exploitant d'une décharge dont les « jus » parviennent, par infiltration, dans un ruisseau (Crim. 25 septembre 1997, nº 96-85 712).

Le rejet d'un pourvoi, dirigé contre une relaxe prononcée au bénéfice de l'exploitant d'un barrage, avait pu faire penser que la jurisprudence posait une condition d'extériorité des substances en cause. La doctrine en avait déduit que les dommages provoqués par les vidanges de retenue échappaient à la répression parce que les matières polluantes étaient issues de la rivière elle-même (CA Lyon 22 juin 1983, Cravero : JCP 1984. II. 20194, note Y. Reinhard ; Crim. 23 mai 1986 : JCP 1986,. II. 20 667, obs. J.-H. Robert). Par un arrêt de cassation du 26 février 2002, la Chambre criminelle a clairement démenti cette interprétation, dans les termes suivants :

« Attendu que, pour débouter (la partie civile) de son appel, l'arrêt retient que la pollution constatée n'était que le résultat de boues déjà présentes dans l'étang et non de corps étrangers, et qu'un tel déversement n'entrait pas dans les prévisions de l'article 434-1 du Code rural, devenu l'article L. 432-2 du code de l'environnement ;

Mais attendu qu'en subordonnant l'application de ce texte à une condition qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel en a fait une fausse application » (Crim. 26 février 2002 : Bull. crim. nº 46 ; Rev. jur. envir. 2003, p. 229).

II – L'ÉLÉMENT MORAL DES DÉLITS DE POLLUTION DES EAUX

Les articles L. 216-6 et L. 432-2 du Code de l'environnement ne décrivent pas la composante psychologique des infractions qu'ils répriment. La jurisprudence les tient pour des délits d'imprudence (A), et a adapté à leur libellé les modifications que le législateur a apportées à la définition de la faute non-intentionnelle (B).

A – Du délit matériel à l'infraction non-intentionnelle

Les rejets polluants incriminés par la police de la pêche étaient au nombre des délits que la jurisprudence qualifiait de « matériels » (Crim., 28 avril 1977, Ferrier : D. 1978, JP, p. 149, note M.-L. Rassat ; JCP 1978. II. 931, note M. Delmas-Marty ; Rev. sc. crim. 1978, p. 335, obs. A. Vitu). Cette catégorie a été bannie par le nouveau Code pénal. Son article 121-3 a prévu que

les incriminations correctionnelles créées après son entrée en vigueur seraient présumées intentionnelles dans le silence de la loi. Mais les infractions préexistantes échappent à ce principe en vertu de l'article 339 de la loi d'adaptation du 16 décembre 1992, aux termes duquel *« tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément »*.

Par conséquent, c'est toujours le juge qui décide, dans le silence de la loi, si les délits créés avant le 1er janvier 1994 sont intentionnels ou non.

Dans le domaine de l'environnement, la jurisprudence semble pouvoir s'analyser en fonction d'une distinction dégagée par la doctrine entre infractions-obstacles et infractions de résultat (deux catégories auxquelles la Chambre criminelle ne fait d'ailleurs jamais explicitement allusion). Les premières, qui sanctionnent les dispositifs d'encadrement administratif des activités potentiellement polluantes – autorisations, déclarations, prescriptions techniques – seraient intentionnelles. Les secondes, qui répriment les atteintes effectivement causées aux valeurs qu'elles protègent, seraient consommées par une simple imprudence. L'observation empirique suivant laquelle les délits non intentionnels supposent la réalisation d'un dommage est maintenant confirmée par la loi du 10 juillet 2000, modifiant l'article 121-3 du Code pénal, qui relie explicitement la faute d'imprudence et le dommage.

La Cour de cassation a expressément jugé qu'étaient non-intentionnels les délits punis par les articles L. 432-2 (Crim. 19 juillet 1995 : Dr. pénal 1995, comm. nº 285, obs. J.-H. Robert ; Crim. 25 octobre 1995, Bull. crim. nº 322) et L. 216-6 du Code de l'environnement (Crim. 4 décembre 2001, pourvoi nº 01-80 445, non publié ; Crim. 19 octobre 2004, Bull. crim. nº 247, précité).

B – L'application aux délits de pollution des eaux de la nouvelle définition de la faute non-intentionnelle

Depuis la loi du 10 juillet 2000, en matière de délit non-intentionnel, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage décrit par l'incrimination, ne sont pénalement responsables que *« s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer »*.

La Chambre criminelle exerce un contrôle sur le lien de causalité entre la défaillance reprochée à une personne physique et le dommage. Elle considère que la causalité indirecte correspond notamment aux hypothèses de responsabilité pénale du décideur, responsabilité qui procède d'une carence dans l'exercice d'un pouvoir de direction, d'organisation ou de contrôle. Elle a ainsi censuré les motifs d'un arrêt qui décidait que le directeur général adjoint d'une entreprise, titulaire d'une délégation de pouvoir du président directeur général, était l'auteur direct de la pollution causée par l'insuffisance de contrôle du réseau d'eaux résiduaires et l'absence de création d'un bassin de trop-plein (Crim. 23 mars 2004, pourvoi nº 03-83 123 : en l'espèce, toutefois, la cassation a été évitée, la Chambre criminelle ayant trouvé dans les énonciations de l'arrêt attaqué des éléments suffisants pour démontrer l'existence d'une faute caractérisée).

En présence d'un lien de causalité indirecte, les juges du fond doivent mettre en évidence les circonstances d'où se déduit l'existence d'une faute qualifiée au sens de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal (Crim. 15 mai 2001, Bull. crim. nº 123 ; Dr. pénal 2001, comm. 117, obs. J.-H. Robert ; Crim. 12 juin 2001, pourvoi nº 00-87 702).

La définition de la faute caractérisée par référence à un risque pour la vie ou l'intégrité physique des personnes est inadaptée aux infractions qui punissent des atteintes à la faune, à la flore ou aux milieux naturels. La Chambre criminelle n'en a pas déduit qu'en matière environnementale la faute caractérisée était exclue et que la défaillance imputable à une personne physique, auteur indirect du dommage, ne pouvait consister que dans la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière prévue par la loi ou le règlement.

La Cour de cassation a d'abord fait application de la faute caractérisée au délit réprimé par l'article L. 432-2 du Code de l'environnement, en reproduisant in extenso la définition qu'en donne l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal (Crim. 23 mars 2004, pourvoi nº 03-83 123, non publié).

Dans un arrêt plus récent, elle a délibérément gommé la mention d'un danger pour autrui. Afin de tenir compte de la logique du texte d'incrimination, elle a énoncé que le prévenu, directeur technique d'une usine dont les effluents, chargés d'hydrocarbures, avaient sali les berges d'un cours d'eau et souillé le plumage de cygnes, avait commis « *une faute caractérisée créant un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer* » (Crim. 19 octobre 2004, Bull. crim. nº 247, précité).

Dégagée à propos du délit prévu par l'article L. 216-6 du Code de l'environnement, cette solution de principe est certainement transposable à des poursuites engagées sur le fondement de l'article L. 432-2 du même Code.

III – LES CAUSES D'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ PÉNALE

Deux causes d'irresponsabilité sont fréquemment invoquées dans le contentieux des rejets polluants : la contrainte (A) et le respect de seuils d'émission fixés par l'administration (B).

A – La contrainte

La contrainte est une cause générale d'irresponsabilité pénale, qui figure actuellement à l'article 122-2 du Code pénal. Elle ne saurait résulter que d'un événement irrésistible et imprévisible.

Les prévenus tentent souvent de justifier les effets néfastes de leurs rejets sur la faune piscicole par les aléas climatiques ou par des incidents mécaniques. De telles circonstances ne sont pas regardées par la jurisprudence comme exonératoires.

La sécheresse, même sévère et persistante, n'est ni imprévisible, ni irrésistible : il incombe à l'exploitant d'adapter les caractéristiques de ses effluents au régime hydrologique du cours d'eau récepteur (Crim. 16 décembre 1992, pourvoi nº 91-86 290 ; Crim. 25 octobre 1995, Bull. crim. nº 322 ; Rev. jur. envir. 1996, pan. p. 196, obs. V. Jaworski ; Crim. 12 novembre 1997, pourvoi nº 96-84 470). La même solution s'applique à de fortes pluies (Crim. 8 septembre 1998, pourvoi nº 97-85 884 : Rev. jur. envir. 1999, pan., p. 309, obs. V. Jaworski).

L'exploitant d'une installation polluante doit également se prémunir contre les risques de défaillances techniques. Est approuvée une cour d'appel qui retient que « *le prévenu ne peut trouver un cas de force majeure exonératoire de responsabilité dans la panne de ses installations ou la coupure générale d'électricité, dès lors que de tels incidents n'étaient pas imprévisibles ni irrésistibles, et que l'insuffisance manifeste des installations au regard du volume quotidien des effluents empêchait d'y parer* » (Crim. 28 février 1996, pourvoi nº 95-80 061 : Rev. jur. envir. 1997, pan., p. 592, obs. V. Jaworski).

B – Le respect des normes administratives de rejet

Lorsqu'une loi réprime un comportement, ni l'autorisation administrative d'accomplir un tel acte, ni le respect des prescriptions qui assortissent cette permission, n'ont de valeur exonératoire, sauf si la loi d'incrimination elle-même leur confère une telle portée.

Cette solution est déduite par la Chambre criminelle de la séparation des pouvoirs « qui s'oppose à ce qu'une autorisation administrative relève le juge répressif du devoir qui n'incombe qu'à lui d'appliquer la loi pénale » (Crim. 26 juin 1974, Bull. crim. nº 241).

A l'égard du délit de pollution prévu par la législation de la pêche, ces principes ont été fréquemment mis en œuvre par la jurisprudence, et réaffirmés postérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal (Crim. 11 avril 1970 : D. 1972, p. 113, note Despax ; Crim. 19 novembre 1997, pourvoi nº 96-86 694 : Dr. envir. 1999, nº 73, p. 8, note D. G.).

Mai si l'article L. 432-2 du Code de l'environnement n'attribue aucun caractère justificatif à l'observation des normes administratives de rejet, il n'en va pas de même de l'article L. 216-6 du même Code. Ce dernier prévoit en effet, à la fin du paragraphe incriminant les déversements polluants, que « *lorsque l'opération de rejet a été autorisée par arrêté, les dispositions de cet alinéa ne s'appliquent que si les dispositions de cet arrêté n'ont pas été respectées* ».

Il en résulte un régime différent, non seulement selon que les poursuites sont engagées sur l'un ou l'autre fondement, mais encore, dans le cadre de l'article L. 216-6, selon que l'activité en cause est autorisée ou simplement réglementée.

La Chambre criminelle a eu l'occasion de faire application de la cause d'exonération prévue par l'article L. 216-6, dans les circonstances suivantes.

Il avait été constaté dans un bras de la seine des écoulements huileux qui avaient causé des dommages à la faune et à la flore. L'usine polluante était une installation classée dont l'arrêté d'autorisation fixait en milligrammes par litre le taux d'hydrocarbures admis dans ses effluents. L'analyse des échantillons prélevés par les gendarmes avait mis en évidence la nature des com-

posants chimiques mais non leurs proportions. Pour écarter le fait justificatif de respect des conditions administratives de rejet, la cour d'appel avait retenu que, s'il était exact que *« l'Institut de recherches criminologiques (n'avait) pas chiffré la teneur précise en hydrocarbures des prélèvements effectués, la description des scellés, l'épaisseur de la nappe, sa couleur jaunâtre, son caractère visqueux, l'odeur importante dégagée par celle-ci démontraient que le rejet provenant de l'usine présentait une concentration d'hydrocarbures nécessairement supérieure à la limite autorisée par l'arrêté préfectoral »*.

La Cour de cassation a estimé qu'une telle appréciation relevait du pouvoir souverain des juges du fond (Crim. 19 octobre 2004, Bull. crim. 247, précité).

* * *

Infraction écologique, dégagée par la Chambre criminelle avant que l'environnement fût devenu un objet de droit, incrimination autonome, définie tout entière par la loi, dans un domaine où foisonne une réglementation absconse, le délit de pollution des eaux douces a toujours joui dans la pratique judiciaire d'une faveur particulière. Celle-ci aurait pu être amoindrie par les incertitudes nées d'évolutions législatives récentes. Les derniers développements de la jurisprudence semblent écarter un tel risque.

D'une part, la très ancienne incrimination de la police de la pêche, recueillie par l'article L. 432-2 du Code de l'environnement, n'a pas été évincée par le nouveau délit créé par la loi sur l'eau du 3 janvier 1992. La pratique paraît avoir absorbé avec beaucoup de pragmatisme une coexistence qui froisse le cartésianisme.

D'autre part, ces délits restent une source jurisprudentielle féconde comme en témoigne l'adaptation à leurs besoins de la définition de la faute caractérisée.

L'innovation technologique au service du juge

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET MÉTHODOLOGIE JURISPRUDENTIELLE

L'exemple de la Cour de cassation

Si la doctrine avait naguère salué l'audace technologique manifestée par la Cour de cassation à l'occasion de son « coup d'éclat » du 2 décembre 1997 portant sur la preuve des actes juridiques [1], annonciateur de la loi du 13 mars 2000 [2], l'étude de l'intégration des technologies de l'information et de la communication dans son organisation et son fonctionnement internes et dans ses méthodes de travail démontre qu'ayant abandonné la défiance naturelle du juriste à l'égard des nouveautés, elle a su se montrer réceptive au changement en faisant preuve, en ce domaine, d'une audace au moins similaire.

L'introduction des nouvelles technologies au sein de la Cour de cassation s'apparente même à une véritable révolution. L'ampleur du chemin parcouru peut facilement se mesurer en relisant les articles consacrés, il y a seulement quelques années, au défi que représentaient les nouvelles technologies de la communication pour les juridictions et les auxiliaires de justice. En 1999, trois auteurs écrivaient : « une étude de la Chancellerie est consacrée aux perspectives de diffusion d'une partie au moins des décisions judiciaires sur Internet ; surtout, elle a développé le projet, aujourd'hui très avancé, de mise en place d'un réseau »Intranet« sécurisé, destiné, dans une première étape, à la communication entre les juridictions, ou entre elles et la Chancellerie, mais qui, très rapidement ensuite, devrait pouvoir accueillir, après filtrage sur leur origine et leur nature (pour conserver la sécurité), les messages venant des avocats, et évidemment, permettre de leur en adresser (...) ; nous ne sommes, pour la plupart, pas encore prêts pour des échanges réguliers d'informations entre nous, ou avec nos principaux interlocuteurs ; nous sommes nombreux à être sceptiques à l'égard de réflexions sur de possibles et générales »mises en état électroniques« , et celles sur une plus large ouverture des fichiers publics aux professionnels du droit, nous sommes encore désorientés lorsque sont évoquées des perspectives de plus grande transparence du fonctionnement de l'institution judiciaire par la communication universelle d'informations à ce sujet sur les réseaux » [3].

L'exemple de la Cour de cassation démontre que les innovations technologiques peuvent contribuer à une amélioration significative du fonctionnement de l'institution judiciaire. Les développements qui suivent tentent de montrer comment la Cour de cassation a relevé le défi qu'a constitué pour elle – comme pour l'institution judiciaire en général – l'essor fulgurant du

1. P. Catala et P.-Y. Gauthier, *L'audace technologique à la Cour de cassation ; vers la libération de la preuve contractuelle*, *JCP*, E, 1998, p. 884.

2. Loi nº 2000-230 du 13 mars 2000 relative à l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique, *J. O.*, 14 mars 2000, p. 3968.

3. G. Sabeter, D. Fleuriot et P. Leclercq, *Les nouvelles technologies d'information et de communication au service des juridictions et des avocats*, GP, 1999, doctrine, p. 118.

numérique et de l'internet au cours des dernières années. Au commencement, la Cour de cassation décida de s'équiper d'ordinateurs et de créer divers traitements informatiques adaptés à quelques fonctions. Depuis, adoptant une approche globale, elle s'est résolument placée dans la perspective de la mise en place d'un système intégré et cohérent s'infiltrant au cœur de son activité et conçu comme facilitant, à tous les stades de la procédure, l'accomplissement de sa mission fondamentale d'uniformisation de la jurisprudence.

La réforme des modes de fonctionnement et de communication de la Cour de cassation a été réalisée autour de deux axes principaux : l'innovation technologique a été utilisée afin d'offrir à ses magistrats et à l'ensemble de ses personnels des outils de travail modernisés (A) ; elle a en outre permis d'améliorer et de faciliter la transmission et la diffusion des informations avec l'ensemble des interlocuteurs de la juridiction (B).

A – LA DÉMATÉRIALISATION DU TRAVAIL AU SEIN DE LA COUR DE CASSATION

Deux directions différentes, mais complémentaires l'une de l'autre, ont été prises : il a été décidé dans le même temps de doter les magistrats et fonctionnaires de la Cour de cassation d'un nouvel environnement électronique de travail spécifiquement adapté à leurs fonctions et de leur faciliter l'accès à la documentation numérique.

1. Le nouvel environnement électronique de travail

La Cour de cassation a mis en œuvre un vaste programme de gestion électronique des dossiers, aujourd'hui bien avancé, mais non encore achevé.

Alimenté par les parties et leurs avocats, les juridictions du fond et les magistrats de la Cour de cassation et accessible par ces mêmes acteurs, ce programme a pour objectifs de supprimer la circulation physique des dossiers sous leur forme papier, d'optimiser la consultation et la réutilisation des données et de renforcer les contrôles et la sécurité.

Il repose sur des principes simples : l'archivage centralisé dès la création du dossier, la numérisation et le classement des pièces nécessaires au traitement du pourvoi, la récupération du plus grand nombre possible de documents électroniques et la possibilité d'un accès ponctuel, à la demande, au dossier papier.

L'objectif poursuivi est double. Il vise, grâce à la dématérialisation progressive du dossier de pourvoi, à permettre l'accès aux données sous forme électronique au travers de bureaux virtuels. Il tend ensuite à faciliter l'utilisation de ces données à tous les stades de la procédure d'examen des pourvois en cassation.

1-1. L'accès aux données dématérialisées : le bureau virtuel

Le bureau virtuel est un environnement de travail électronique offrant la possibilité d'accéder à l'ensemble des ressources nécessaires à l'exercice des différentes activités des magistrats et fonctionnaires de la Cour de cassation. Cet outil, dont la première version a été réalisée en 2004, est conçu comme un produit évolutif dont le contenu est adapté régulièrement afin de mieux répondre aux attentes des utilisateurs [4].

Il présente certaines caractéristiques générales tout en s'adaptant aux différents profils des utilisateurs.

1-2-1. Présentation générale

Les objectifs de ce nouvel outil sont de permettre un accès à tout moment et en tout lieu au dossier de procédure et plus généralement à toutes les informations nécessaires aux magistrats de la Cour de cassation. Cette disponibilité en principe absolue du bureau virtuel s'avère particulièrement adaptée au travail de ceux-ci, qui ne disposent pas tous d'un bureau au sein de la Cour en dépit de la création d'une annexe, ou qui, même s'ils bénéficient d'un bureau ou d'un espace de travail commun [5], sont pour la plupart amenés à travailler régulièrement ou ponctuellement chez eux.

L'accès au bureau virtuel, qui est possible tant en réseau local qu'en accès à distance, notamment depuis le domicile de l'utilisateur [6], s'effectue dans les deux cas à partir de la page d'accueil du site intranet publié par la Cour de cassation sur l'intranet justice, qui comporte désormais un lien spécifique vers ce bureau, auquel l'utilisateur peut accéder en saisissant l'identifiant et le mot de passe qui lui ont été préalablement attribués.

Une fois connecté au bureau virtuel, l'utilisateur voit s'afficher une nouvelle page d'accueil qui lui permet d'accéder à l'ensemble des informations essentielles à l'exercice de son activité ainsi qu'aux documents de procédure dématérialisés, au format pdf.

Cette page offre une option *Dossier* permettant de rechercher, à partir de son numéro de pourvoi, n'importe quelle affaire enregistrée sur la base de données de la Cour de cassation [7], d'en consulter l'historique et de visualiser les documents associés, une option *Information* qui permet de consulter les documents d'aide à l'utilisation du bureau virtuel, un accès direct à la documentation en ligne [8] et, enfin, un espace de communication interne dont le contenu varie cependant selon la chambre ou le service.

4. Un groupe de travail, présidé par M. J.-F. Weber, président de la Troisième chambre civile, a été mis en place afin de suivre l'utilisation des bureaux virtuels et d'en proposer les évolutions.

5. Des espaces de travail regroupant quatre à six magistrats d'une même chambre ont été créés dans cette annexe.

6. Dans l'attente de la mise en place d'un accès plus performant, seul un accès à bas débit, avec utilisation d'un modem, est actuellement possible.

7. C'est-à-dire les dossiers enregistrés depuis 1991 au pénal et 1992 au civil ainsi que certains dossiers antérieurs, ce qui représente environ 120 000 affaires pénales et 320 000 affaires civiles au 1er janvier 2006. Un archivage sera progressivement opéré.

8. *Cf. infra*, 2.

Les documents dématérialisés auxquels il est possible d'accéder par le bureau virtuel, sous réserve des habilitations nécessaires [9], sont : le mémoire ampliatif, le mémoire en défense [10], la fiche d'orientation établie par le service de documentation et d'études, le rapport et l'avis [11] du conseiller rapporteur ou la fiche de non-admission, l'avis de l'avocat général, le(s) projet(s) d'arrêt (jusqu'à l'audience), l'arrêt rendu.

A terme, seront également dématérialisés et rendus accessibles par le bureau virtuel les documents suivants : la déclaration de pourvoi, la décision attaquée, le jugement de première instance, les conclusions récapitulatives et les productions jointes aux mémoires ampliatif et en défense.

Conçu comme un instrument de travail personnalisable, le bureau virtuel se décline sous forme de différents *profils* qui répondent chacun aux besoins spécifiques des différents utilisateurs.

1-2-2. Les différents profils de bureaux virtuels

Les développements qui suivent décrivent les bureaux virtuels d'ores et déjà créés, à l'exclusion de ceux, en cours de conception, du premier président (qui permettra d'accéder aux dossiers dématérialisés des affaires pendantes devant l'assemblée plénière et les chambres mixtes), du procureur général (qui, outre le même accès, comportera un accès à la liste de l'ensemble des dossiers confiés aux avocats généraux) et du greffier de chambre (dont le contenu n'est pas encore définitivement arrêté).

a) Le bureau virtuel du service de documentation et d'études

Les magistrats et greffiers en chef du service de documentation et d'études trouvent, dans leur bureau virtuel, un outil leur permettant de remplir les missions du service relatives à l'orientation et au prétitrage des pourvois en cassation et à la diffusion de la jurisprudence.

– *L'orientation et le prétitrage*

Le service de documentation et d'études de la Cour de cassation est chargé d'assurer le classement méthodique de tous les pourvois dès le dépôt du mémoire ampliatif [12], d'analyser et de mettre en mémoire informatique les moyens de cassation aux fins, notamment, de faciliter les

9. Celles-ci varient en fonction des profils des utilisateurs, seul le profil des conseillers et conseillers référendaires permettant par exemple d'accéder aux projets d'arrêt et aux avis du rapporteur.

10. Pour le moment, seuls sont dématérialisés les mémoires eux mêmes, à l'exception des productions.

11. Cet avis est accessible depuis le mois de février 2006.

12. Cette mission n'est pas assurée pour les mémoires formés en matière pénale ; pour les chambres civiles, elle ne l'est pas pour les matières dispensées de représentation obligatoire par un avocat aux Conseils, singulièrement réduites depuis le 1er janvier 2005, date d'entrée en vigueur du décret nº 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile ; les pourvois devant être jugés par la Chambre sociale sont quant à eux classés par des magistrats de cette chambre selon une nomenclature spécifique.

rapprochements entre les affaires en cours [13]. Dans son bureau virtuel, le service de documentation et d'études dispose, sous l'intitulé *Orientation et prétitrage*, de deux listes.

La *liste des pourvois non orientés* permet de visualiser d'une part la liste des mémoires ampliatifs déposés et non encore traités sur une période donnée, d'autre part, pour chaque affaire, le contenu du mémoire ampliatif. A partir de cette liste, l'équipe en charge, pour une semaine donnée, de l'orientation des pourvois, sélectionne, dans un logiciel documentaire, une rubrique de la nomenclature de la Cour de cassation, ce qui a pour effet d'affecter automatiquement le dossier à l'une des chambres civiles de la Cour et de permettre son *prétitrage* par les cellules du service de documentation chargées de suivre le contentieux de chacune de ces chambres.

Dans le bureau virtuel en effet, ces cellules disposent d'une *liste des pourvois orientés et non prétitrés* qui leur permet d'achever le travail de classement des pourvois commencé par l'orientation, en réalisant le *prétitrage* du moyen qui paraît le plus sérieux ; cette opération, qui consiste à traduire le problème juridique posé par ce moyen en une succession de mots ou de groupes de mots allant du général (la rubrique) au particulier, dans le respect de la nomenclature de la Cour de cassation, est destinée à faciliter les rapprochements dans les affaires en cours.

Outre le substantiel apport documentaire tiré de la constitution d'une base de données des mémoires ampliatifs, la modernisation de l'orientation et du prétitrage est particulièrement appréciable. L'absence de circulation des dossiers est en particulier particulièrement appréciable compte tenu de la situation du service de documentation et d'études dans des locaux distincts du greffe des pourvois et des greffes des différentes chambres de la Cour. Les documents en cause, qu'il s'agisse des mémoires ampliatifs ou plus encore de la fiche renseignée par le service de documentation et d'études à l'issue de l'orientation et du prétitrage, sont en outre susceptibles, sous leur forme matérielle, d'être égarés, mal classés ou, s'agissant de la fiche d'orientation et de prétitrage dont la consultation ne présente pas de caractère « obligatoire » pour le traitement du pourvoi, peu visible au milieu d'un dossier volumineux ; leur dématérialisation apporte une solution adaptée à toutes ces difficultés.

Il n'était par ailleurs pas rare, avant la création d'un bureau virtuel, que les magistrats ou greffiers en chef en charge du prétitrage saisissent celui-ci dans un logiciel de traitement de textes et que le document qu'ils avaient ainsi édité soit intégralement ressaisi dans les applications informatiques. Les modifications de l'utilisation du logiciel documentaire qui ont accompagné la création du bureau virtuel ont permis de mettre fin à ces doubles saisies peu rationnelles.

Enfin, le bureau virtuel permet d'avoir en permanence une idée très précise du volume de pourvois à orienter et des pourvois à prétitrer, ce que la répartition des dossiers entre les différents membres du service chargés de l'orientation et du prétitrage ne permettait pas.

– *La diffusion de la jurisprudence*

Si pour l'exécution de sa mission d'orientation et de prétitrage, le service de documentation et d'études est saisi de l'essentiel du flux entrant des pourvois en cassation, son activité de

13. Article R. 131-16, alinéa 1er, du code de l'organisation judiciaire.

publication de deux bulletins mensuels, l'un pour les chambres civiles, l'autre pour la Chambre criminelle, et d'établissement de tables périodiques [14], ne voit revenir vers lui qu'un nombre limité d'affaires jugées [15]. Les membres du service établissent dans ce cadre, à partir de sommaires d'arrêts rédigés par des magistrats appartenant à la formation ayant rendu les décisions concernées, des titres, successions de mots ou de groupes de mots allant du général au particulier, respectant la nomenclature de la Cour de cassation, qui servent notamment au classement des arrêts. Ces sommaires et titres figurent dans la base de données de jurisprudence tenue par le service de documentation et d'études, laquelle est accessible au public dans les conditions applicables au service public de la diffusion du droit par l'internet [16] et diffusée sur l'intranet justice [17], dans la base de données *Jurinet* [18].

Le bureau virtuel du service de documentation et d'études intégrera prochainement cette mission de titrage des arrêts, en proposant une liste des sommaires d'arrêts à titrer, classée par chambre et en permettant la récupération des sommaires rédigés par les conseillers ou conseillers référendaires.

L'absence de circulation des documents participera là aussi à un mouvement de rationalisation, d'une part parce qu'il sera ainsi mis fin à la transmission de sommaires manuscrits qui, notamment dans des contentieux techniques, peuvent être mal lus par ceux qui les saisissent, ce qui risque d'aboutir à de fâcheuses erreurs dans les publications de la Cour, d'autre part parce que le service de documentation et d'études recevra les sommaires par un canal unique.

À l'aboutissement de la refonte du système de production des banques de données juridiques actuellement menée par la direction des Journaux officiels, éditeur des *bulletins* et des *tables analytiques* et exploitant du site internet *Legifrance* [19], le service de documentation et d'études pourra, après relecture des épreuves des *bulletins* et *tables*, porter les corrections éventuelles directement dans le système de production, alors qu'actuellement ces corrections prennent la forme d'annotations manuscrites sur les épreuves, ce qui peut contribuer à retarder la parution des publications concernées.

Conformément aux dispositions des articles R. 131-16-1 du code de l'organisation judiciaire et 2 à 5 de l'arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, du 11 avril 2005, relatif au service de documentation et d'études de la Cour de cassation, ce service est par ailleurs en charge de la diffusion de la jurisprudence des cours d'appel. Le bureau virtuel du service de documentation et d'études offre là encore l'accès à deux listes.

14. Prévue par l'article R. 131-17 du code de l'organisation judiciaire.

15. En 2004, le taux de publication des arrêts a varié, selon les chambres, entre 5 et 20 %.

16. Article R. 131-16-1, dernier alinéa, du code de l'organisation judiciaire.

17. Article 7 de l'arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, du 11 avril 2005, relatif au service de documentation et d'études de la Cour de cassation.

18. *Cf. infra,* 2-2.1.

19. Article 2 du décret n° 2002-1064 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet.

La *liste des décisions des cours et tribunaux non orientées* permet d'accéder à l'ensemble des décisions transmises à la Cour de cassation par les juridictions du fond, aux fins de répartition de ces décisions entre les cellules chargées de leur classement. La cellule chargée chaque semaine de l'orientation des pourvois en cassation doit également répartir les décisions nouvellement transmises entre les cellules compétentes *ratione materiae*.

Cette opération nourrit une *liste des décisions des cours et tribunaux*, en vue de la réalisation du titrage par les cellules du service.

Outre le réel avantage de permettre l'alimentation automatique de la base de données de la Cour de cassation au fur et à mesure de la transmission de décisions par les juridictions du fond, ce qu'une transmission de copies d'arrêts ne permettait évidemment pas, ce dispositif permet encore d'éviter les successions de saisie, les titres réalisés par les membres du service de documentation et d'études apparaissant dans la base de données accessible non seulement aux magistrats sur l'intranet justice, mais aussi à tout internaute *via* le site *Legifrance*.

b) Le bureau virtuel du conseiller rapporteur

Ce bureau virtuel a d'abord été conçu comme un instrument d'aide à la décision. Il concourt en outre à la préparation des audiences.

– *L'aide à la décision*

Une fois que le dossier a été distribué à la chambre compétente, le président de cette chambre désigne, en application de l'article 1012 du nouveau code de procédure civile ou de l'article 587, alinéa 2, du code de procédure pénale, un conseiller ou un conseiller référendaire en qualité de rapporteur.

Le conseiller ainsi désigné doit alors établir un *rapport* et un *avis* et préparer un ou plusieurs *projet(s) d'arrêt(s)*, à moins qu'il ne propose le renvoi du dossier en audience d'admission ; il établit dans ce cas une *fiche de non-admission*. Il est aidé dans sa tâche par les informations qu'il peut obtenir sur son bureau virtuel.

La liste des *dossiers en cours* comprend les dossiers, classés du plus ancien au plus récent, dans lesquels le conseiller a été désigné comme rapporteur, sans avoir encore déposé son rapport. En cliquant sur le numéro de pourvoi, le rapporteur peut consulter l'historique de la procédure qui relate ses principales étapes : date de la déclaration de pourvoi, du dépôt des mémoires ampliatif et en défense, date de la décision d'admission ou de rejet de l'aide juridictionnelle,... Il peut également accéder aux documents associés à celle-ci et prendre ainsi connaissance du contenu des mémoires ampliatif et en défense. A brève échéance, il aura également accès par ce biais à l'arrêt attaqué, à la décision de première instance et aux conclusions récapitulatives des parties [20].

20. *Cf. supra*, 1 -2 -1.

À la chambre criminelle, le conseiller a accès à la liste des dossiers dans lesquels il est désigné (afin de fixer le délai de dépôt des mémoires) mais qui ne lui sont pas encore distribués, ainsi que la liste des dossiers dans lesquels il a déposé son rapport et qui sont en attente d'audiencement. Prochainement, cette dernière liste sera également accessible aux conseillers des chambres civiles.

La présentation synthétique de l'historique de la procédure facilite la vérification de la régularité de celle-ci en permettant en particulier de s'assurer que les délais prévus pour la déclaration de pourvoi et pour la remise au greffe des mémoires en demande et en défense ont été observés.

La possibilité d'accéder aux mémoires en demande sous forme électronique rend très aisée la récupération par les conseillers rapporteurs des moyens de cassation, qui peuvent facilement être intégrés dans le rapport ou dans le projet d'arrêt par un simple « copier-coller ».

Le bureau virtuel du conseiller rapporteur offre également, comme les autres profils, une fonction de recherche des dossiers par leur numéro de pourvoi, un accès à la documentation en ligne et un espace de communication, ainsi qu'un accès à une documentation spécifique.

Une option *Sommaire* est enfin destinée à faciliter la rédaction des sommaires des arrêts qui sont transmis au service de documentation et d'études [21] en vue de leur publication au *Bulletin*.

Dans sa prochaine version, le bureau virtuel sera doté d'une nouvelle fonction qui permettra aux conseillers rapporteurs, ainsi dispensés de procéder à une nouvelle saisie, de réutiliser et d'intégrer dans les documents qu'ils rédigent les données de procédure (numéro de pourvoi, nom ou dénomination des parties, date et lieu de la décision attaquée) enregistrées sur la base de données de la Cour de cassation.

Il est en outre prévu que lorsque seront accessibles par le bureau virtuel les principaux actes et pièces figurant dans le dossier de pourvoi, celui-ci ne circulera plus sous sa forme papier mais sera conservé au greffe pour n'être communiqué au conseiller rapporteur que ponctuellement, à sa demande, par exemple s'il veut prendre connaissance d'une pièce non dématérialisée (un rapport d'expertise par exemple), figurant dans le dossier transmis par le greffe de la juridiction qui a rendu la décision attaquée, en application des articles 988 du nouveau code de procédure civile ou 586 du code de procédure pénale.

Si elle présente l'avantage d'éviter la circulation des documents papier, susceptibles d'être égarés ou mal classés, cette perspective d'un *dossier de pourvoi* exclusivement *numérique* suscite toutefois de l'inquiétude chez certains utilisateurs qui craignent notamment que lorsque l'électronique aura définitivement supplanté le papier, ils ne soient réduits à une lecture fugitive voire frénétique des documents informatiques à l'écran, considérée comme n'offrant pas la même capacité d'analyse ni la même souplesse que leur lecture sur support papier, laquelle permet la confrontation aisée entre plusieurs documents analysés simultanément. Cette inquiétude a incité à procéder par étapes en dotant les magistrats de moyens d'impression des docu-

21. Celui-ci pourra, de son côté, les récupérer grâce à son propre profil de bureau virtuel, cf. 1 -2 -2. a).

ments dématérialisés qu'ils sont chargés d'étudier. En outre, des actions résolues de sensibilisation et de formation à ces nouveaux instruments ont été engagées. Ainsi, dès leur arrivée à la Cour de cassation, les magistrats nouvellement nommés bénéficient-ils d'une formation à la méthodologie du pourvoi qui s'accompagne d'une présentation des nouveaux outils informatiques et de leurs modalités d'utilisation. En outre, des formations à l'utilisation des logiciels de traitement de texte et de la documentation numérique sont proposées.

– *La préparation des audiences*

La liste des *audiences* de la chambre figure dans une seconde colonne du bureau virtuel du conseiller rapporteur auquel elle offre la possibilité de consulter les audiences à venir ainsi que celles qui ont eu lieu durant les trois derniers mois.

En cliquant sur la date de l'audience, le conseiller accède aux informations essentielles relatives à cette audience : date, heure, formation (plénière de chambre, formation de section, formation à trois juges, audience de non-admission) et à la liste des affaires qui y sont inscrites (numéro de pourvoi, nom du conseiller rapporteur, sens des conclusions de l'avocat général, nom des parties en demande et en défense). Le lien par le numéro de pourvoi permet de visualiser l'historique de la procédure et d'accéder aux documents associés. Il donne ainsi accès au *rapport* ou à la *fiche de non-admission* élaboré(e) par le conseiller rapporteur. Le lien par le *nom du conseiller rapporteur* donne aux seuls magistrats du siège de la chambre un accès au (x) *projet(s) d'arrêt* et à l'*avis* enregistrés sur le serveur de la Cour (en simple mode lecture, sauf pour le conseiller rapporteur qui peut par ce biais modifier en ligne la version de son projet stockée dans la base de données de la Cour) [22].

Ce dispositif améliore sensiblement l'information des conseillers pour la préparation de l'audience, puisqu'ils peuvent prétendre, dans chaque dossier, à l'exhaustivité en ayant accès aux mémoires ampliatif et en défense, à tous les documents élaborés par les rapporteurs et aux avis écrits des avocats généraux.

c) Le bureau virtuel de l'avocat général

Ce bureau virtuel est similaire à celui du conseiller rapporteur et comporte comme celui-ci un espace énumérant la liste des dossiers en cours, distribués à l'avocat général, classés dans l'ordre chronologique des nominations, le lien par le numéro de pourvoi permettant de consulter l'historique de la procédure ainsi que les documents associés, un espace présentant la liste des audiences à venir de l'avocat général, en indiquant, outre les caractéristiques de l'audience, la liste des affaires inscrites et, enfin, l'espace, commun à tous les profils, comportant la liste des produits documentaires disponibles.

Il comporte néanmoins une différence essentielle en ce qu'il ne permet d'accéder ni aux projets d'arrêt ni aux avis des conseillers rapporteurs.

22. *Cf. supra*, note 11.

d) Le bureau virtuel du président de chambre

Le bureau virtuel du président de chambre comporte, comme celui du conseiller rapporteur, la *liste des audiences* ; il permet en outre d'accéder à la liste des *dossiers en cours* dont les conseillers et avocats généraux de la chambre sont chargés avec, pour chacun des dossiers, la double possibilité de consulter l'historique des événements du dossier et de visualiser les documents dématérialisés.

Cette fonctionnalité propre au bureau virtuel du président de chambre permet à ce dernier de disposer depuis son poste de travail d'une vision globale précise et en permanence actualisée des dossiers, à partir du moment où la désignation du conseiller rapporteur est intervenue.

Dans le courant de l'année 2006, le bureau virtuel du président de chambre sera enrichi d'un module de « distribution virtuelle » permettant la désignation des conseillers rapporteurs sans recours au dossier papier.

1-2. L'intégration des données dématérialisées pour l'examen des pourvois

L'innovation technologique accompagne les différentes étapes de l'examen des affaires devant la Cour de cassation : dès que l'affaire est en état d'être jugée, l'électronique facilite le traitement du pourvoi en dotant le conseiller rapporteur d'un environnement de travail particulièrement utile, puis en facilitant la transmission des documents et leur intégration dans la base de données de la Cour et en contribuant à la distribution des dossiers aux avocats généraux et à leur audiencement et, enfin, en jouant un rôle lors de la préparation et la tenue de l'audience.

1-2-1. L'environnement électronique de travail du conseiller rapporteur

L'utilisation du bureau virtuel du conseiller rapporteur se combine avec celle d'un environnement électronique de travail spécifique, installé sur le poste de travail de chaque conseiller [23].

L'environnement informatique de travail du magistrat consiste en une personnalisation du logiciel de traitement de texte *Wordperfect*, qui a pour but d'aider les conseillers à utiliser leur ordinateur dans la rédaction de leurs rapports, avis et projets d'arrêt ou lorsqu'ils orientent un dossier en non-admission.

Se déclinant sous deux formes différentes selon que le magistrat est affecté à une chambre civile ou à la chambre criminelle, cet environnement installé sur le poste de travail facilite l'enregistrement des dossiers et fichiers et offre une solution de classement de ceux-ci sur le disque dur au moyen d'une personnalisation de l'outil de traitement de texte *WordPerfect* consistant dans la création d'une barre d'outil spécifique « Magistrat ».

Cette barre d'outil permet aussi d'accéder directement aux *formulaires civil* et *pénal*, qui ont pour but de faciliter le travail des magistrats rapporteurs dans l'instruction des pourvois et l'élaboration de leurs rapports et projets d'arrêt.

23. Un projet de fusion entre le bureau virtuel du conseiller rapporteur et son environnement électronique de travail est actuellement à l'étude.

Les utilisateurs du *formulaire civil* peuvent y trouver en particulier des cadres et des rubriques destinés à la présentation et à la rédaction des notes synthétiques orientant les dossiers vers une décision de non-admission ainsi que des cadres proposés pour l'élaboration des rapports, avis et arrêts.

Le cadre utilisé pour la présentation des rapports intègre les conséquences de la réforme qui s'est progressivement mise en place au cours du dernier trimestre de l'année 2001 pour clarifier les relations entre les formations de jugement et les membres du parquet général afin de tenir compte de la conception du procès équitable issue de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et spécialement des arrêts Reinhardt et Slimane-Kaïd [24] et Kress [25].

Devenu depuis cette réforme un « élément clef du dossier » [26], puisqu'il est le seul document porté à la connaissance de l'avocat général et des avocats aux Conseils, le rapport comporte, selon le modèle-type proposé sous forme électronique, quatre parties composées respectivement d'un exposé des faits et de la procédure, d'une présentation des moyens de cassation, d'un résumé des questions de droit posées et d'une présentation de l'état de la jurisprudence et de la doctrine. Il se termine par la proposition d'orientation du pourvoi vers l'une des formations de jugement faite par le rapporteur (formation restreinte, formation de section ou audience d'admission) et, le cas échéant, par l'indication du nombre de projets élaborés.

Le *formulaire civil* comporte également un recensement des réponses ou des éléments de réponse « type », à la cassation ou au rejet, les plus usuellement donnés par les chambres aux moyens d'ordre « disciplinaire » les plus fréquemment rencontrés (modification de l'objet du litige, violation du principe de la contradiction, dénaturation, défaut de réponse à conclusions,...). Ce répertoire, qui vise seulement à être une aide à la rédaction, comprend aussi quelques rappels méthodologiques destinés à présenter les différentes formules proposées et à orienter le choix à opérer entre elles.

Il est complété par un exposé des règles et des principes qui régissent la construction et la rédaction des arrêts de la Cour de cassation, reprenant sous une forme plus didactique certains développements de l'ouvrage intitulé *Droit et pratique de la cassation en matière civile* [27].

Non seulement ce formulaire contribue, dans sa phase d'élaboration et de révision, à rapprocher les formulations utilisées par la Cour de cassation, mais il incite surtout les magistrats, lors de son utilisation, à adopter des réponses formalisées. Cet instrument d'unification favorise l'ins-

24. CEDH, 31 mars 1998, nº 21/1997/805/1008 et 22/1997/806/1009, Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France, *JCP*, G, 1999, II, 10074, note S. Soler.

25. CEDH, 7 juin 2001, req. nº 39594/98, Kress c/ France, *JCP*, G, 2001, II, 10578, note F. Sudre.

26. D. Tricot, *L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation*, *JCP*, G, 2004, I, 108, nº 7.

27. *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 2e éd., Litec, 2003.

tauration d'un langage commun au sein de la Cour de cassation, qui est essentiel pour déterminer l'existence et l'étendue du contrôle exercé et la portée normative des arrêts rendus [28].

Le *formulaire pénal* comporte également des trames et une série de formules constituant une aide à la décision pour les magistrats de la chambre criminelle, la simple frappe du numéro de formule permettant de la faire apparaître *in extenso* dans le document sur lequel le conseiller travaille. Comme le formulaire civil, il est accessible à partir de la barre de boutons spécifique « Magistrats » personnalisant l'outil de traitement de texte *Wordperfect*.

1-2-2. La transmission électronique des informations

Une fois élaborés le rapport, l'avis et le(s) projet(s) d'arrêt, ou la fiche de non-admission, le rapporteur envoie ces documents par courrier électronique au greffe des arrêts ou au greffe criminel, qui les intègre dans la base de données de la Cour. Simultanément, le rapporteur dépose le dossier papier auprès de l'appariteur de sa chambre qui enregistre la date de dépôt. Cet enregistrement a pour effet de générer automatiquement la création d'un avis électronique destiné aux avocats constitués dans le dossier, afin de les prévenir de la date de dépôt du rapport auquel ils ont accès.

1-2-3. La distribution des dossiers aux avocats généraux et leur audiencement

Après le dépôt du rapport, la distribution du dossier à l'avocat général diffère selon que le dossier a été orienté par le conseiller rapporteur en formation à trois juges, en audience de non-admission ou en formation de section. Dans les deux premiers cas, l'audiencement est effectué directement par le greffier de chambre : l'avocat général se trouve ainsi automatiquement désigné, en fonction d'un tableau de roulement préalablement établi. Pour les dossiers orientés en formation de section, la désignation de l'avocat général est faite par le procureur général et c'est l'avocat général désigné qui procédera à leur audiencement.

Lorsque la version papier du dossier ne circulera plus, la désignation de l'avocat général ne se manifestera plus par le transfert matériel du dossier à ce magistrat, mais seulement par l'inscription du dossier dans la liste des dossiers en cours de son bureau virtuel, ce qui lui donnera accès à l'ensemble des actes de procédure et des pièces dématérialisés.

Une fois désigné, l'avocat général procède à l'examen de l'affaire et élabore, le cas échéant, un avis écrit qu'il envoie par voie électronique au président, au doyen et aux conseillers de la chambre. L'avis de l'avocat général est en outre conservé dans la base de données de la Cour et est accessible à tout magistrat de la Cour de cassation *via* le bureau virtuel. Les avocats peuvent également y accéder par le site de la communication électronique. Dans les affaires donnant lieu à publication de l'arrêt au *Bulletin*, l'avis de l'avocat général devient accessible, au même titre que le rapport, sur la base de données *Jurinet*. Ainsi l'informatique contribue-t-elle à aug-

28. Voir à ce sujet E. Baraduc, *L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence*, *in La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Nicolas Molfessis (dir.) Economica, 2004, nº 15.

menter considérablement la diffusion des avis des avocats généraux, qui sont conservés dans la base de données de la Cour.

1-2-4. La préparation et la tenue de l'audience

Après inscription au rôle d'une audience, l'affaire est examinée par la conférence [29], qui réunit une à trois semaines avant l'audience le président et le doyen. A l'issue de la conférence, chaque rapporteur reçoit du doyen les propositions et suggestions, notamment rédactionnelles, issues de cette réunion préparatoire. La Troisième chambre civile a mis en place un système d'envoi électronique par le doyen des projets d'arrêt comportant les observations de la conférence directement portées sur ces projets sous forme électronique.

L'audience peut ensuite être préparée à distance grâce au bureau virtuel puisque les conseillers de la chambre peuvent consulter par son intermédiaire le rôle de l'audience et visualiser l'ensemble des documents associés à chaque affaire. Ils ont également accès, lorsqu'il est écrit, au rapport de l'avocat général que celui-ci leur transmet par voie électronique dans les jours qui précèdent l'audience. Pour le moment, les membres de la formation de jugement qui vont délibérer sur le pourvoi continuent par ailleurs à recevoir sous forme papier, environ quinze jours avant l'audience, au moins la décision attaquée, les moyens du pourvoi, l'avis de l'avocat général et le(s) projet(s) d'arrêt.

Enfin, la Cour de cassation a lancé en 2005 un important programme d'informatisation des salles d'audience, qui a été initié à la Chambre commerciale et s'est poursuivi à la Troisième chambre civile. Dans ces chambres, les conseillers disposent désormais d'un ordinateur individuel leur permettant de visualiser le projet d'arrêt, le rapport et l'avis du conseiller rapporteur ainsi que l'avis de l'avocat général, mais aussi d'accéder au cours de l'audience aux bases de données juridiques, notamment à *Jurinet* afin, par exemple, d'y vérifier une référence. Chaque conseiller peut suivre, pendant le délibéré, l'intégration par le conseiller rapporteur des modifications arrêtées ; le projet d'arrêt devient ainsi l'arrêt adopté à l'audience.

Les magistrats et fonctionnaires de la Cour de cassation disposent donc d'un nouvel environnement qui leur permet de recourir à l'électronique à tous les stades de la procédure d'examen des pourvois en cassation. Cet environnement ne serait toutefois pas complet s'il ne s'accompagnait pas de la dématérialisation progressive de la documentation.

2. L'accès à la documentation électronique

Les personnels de la Cour de cassation disposent d'un intranet interne, sur lequel ils ont essentiellement accès à des informations relatives au fonctionnement de la Cour ; la mise en ligne de nombreuses notes sur ce site a permis de mettre un terme à une abondante diffusion de documents reprographiés au sein de l'institution.

29. Sur la procédure d'élaboration des arrêts de la Cour de cassation, voir D. Tricot, *L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation*, *JCP*, G, 2004, I, 108, précité.

Depuis le mois de janvier 2006, cette information est complétée par l'envoi chaque quinzaine, par courrier électronique, d'un *Bulletin d'information interne de la Cour de cassation*, récapitulant l'essentiel de l'activité de la Cour sur la période considérée (fonctionnement, événements et mouvements, coopération internationale, vie des services, arrêts essentiels, points de droit devant être tranchés par les formations solennelles ou devant donner lieu à un avis de la Cour).

Depuis le mois de janvier 2006 également, la Cour de cassation s'est dotée d'un annuaire électronique à usage interne.

La documentation électronique proprement dite est constituée du site du service public de la diffusion du droit par l'internet, des sites de la Cour de cassation, et de produits de l'édition privée.

2-1. Le site du service public de la diffusion du droit par l'internet

Producteur de la base de données de jurisprudence judiciaire diffusée dans le cadre du service public de la diffusion du droit par l'internet [30], la Cour de cassation est également utilisateur du site internet *Legifrance* ; nombre de ses magistrats accèdent notamment par ce site aux textes consolidés, dans leurs versions successives, au droit européen ou encore au droit international.

2-2. Les sites de la Cour de cassation

En plus du site internet de la Cour de cassation, qu'ils peuvent consulter ponctuellement, notamment pour accéder directement au *Bulletin d'information de la Cour de cassation* ou au *Rapport annuel* [31], les magistrats de la Cour peuvent utiliser la base de données *Jurinet* accessible sur le site de la Cour de cassation diffusé sur l'intranet justice [32] et le catalogue de la bibliothèque.

2-2-1. La base de données *Jurinet*

Cette base de données est la même que celle diffusée sur le site *Legifrance* [33] ; contenant plus de 400 000 décisions, elle est à ce titre constituée de l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation, publiés et diffusés, depuis 1990, des arrêts publiés rendus entre 1960 (1963 pour la Chambre criminelle) et 1989 inclus, de quelques arrêts « célèbres » de la Cour de cassation

30. *Cf. infra*, B -3 -1 -2.

31. *Cf. infra*, B -3 -1 -1.

32. *Cf. infra*, B -2 -2 -1.

33. Il s'agit en fait d'une unique base, accessible au public dans les conditions applicables au service public de la diffusion du droit par l'internet conformément à l'article R. 131-16-1, dernier alinéa, du code de l'organisation judiciaire, et diffusée sur l'intranet justice par application des dispositions de l'article 7 de l'arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, du 11 avril 2005, relatif au service de documentation et d'études de la Cour de cassation.

antérieurs à 1960 et d'environ 12 000 décisions des juridictions du fond, essentiellement des arrêts de cours d'appel.

Des différences notables en font toutefois, pour les magistrats de la Cour de cassation, un outil privilégié de recherche en jurisprudence judiciaire.

Même si le délai de mise en ligne des arrêts sur le site *Legifrance* est désormais très rapide, *Jurinet* permet en principe de consulter les arrêts à partir du lundi qui suit leur prononcé.

Si la Cour de cassation a tenu depuis l'origine à suivre la délibération de la Commission nationale de l'informatique et des libertés recommandant l'anonymisation des banques de données de jurisprudence diffusées sur l'internet [34], pour les raisons de respect de la vie privée et de droit à l'oubli mises en évidence par la CNIL [35], la diffusion de ses arrêts aux magistrats *via* la base de données *Jurinet* se pratique en intranet et dès lors sans anonymisation systématique.

La recherche par la nomenclature de la Cour de cassation, telle que pratiquée dans une *table* ou un *index,* est possible sur *Jurinet* alors qu'elle ne l'est pas sur *Legifrance*.

Le renvoi aux précédents, opéré par le service de documentation et d'études de la Cour de cassation dans le cadre de sa mission de publication des arrêts, se concrétise dans *Jurinet* par des liens hypertextes réciproques, de la décision vers ses précédents (références antérieures) et d'un arrêt vers celui dont il constitue un précédent (références postérieures).

Il est surtout possible, grâce aux apports de la gestion électronique de documents, d'accéder, à partir d'un arrêt publié, au rapport du conseiller rapporteur et à l'avis de l'avocat général [36] ; l'avis du conseiller rapporteur, élément du délibéré, n'est évidemment pas accessible.

Enfin, dans le courant de l'année 2006, la Cour de cassation se faisant transmettre par les cours d'appel une version électronique des décisions des juridictions du fond frappées de pourvoi en cassation, il sera possible, à partir d'un arrêt de la Cour de cassation, d'afficher la décision attaquée et, inversement, de consulter, à partir de cette dernière, l'arrêt de la Cour de cassation statuant sur le pourvoi.

2-2-2. Le catalogue de la bibliothèque

Depuis l'informatisation de la bibliothèque de la Cour de cassation, les magistrats disposent *via* l'intranet justice d'un accès au catalogue de la bibliothèque, dans le cadre duquel ils peuvent rechercher à distance si un ouvrage est détenu par la bibliothèque, accéder à la notice de cet ouvrage, en vérifier le nombre d'exemplaires et leur statut (offert ou exclu du prêt), le cas échéant, le réserver par courrier électronique.

---

34. Délibération nº 01-057 du 29 novembre 2001 portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence.

35. Elle pratique l'anonymisation sur son site internet et a toujours souhaité que la jurisprudence judiciaire diffusée sur le site *Legifrance* fût aussi anonymisée.

36. La diffusion de ces travaux préparatoires est pratiquée pour les arrêts dans lesquels le rapport, comme l'avis, ont été déposés depuis le 1er juin 2004 ; elle a vocation à être étendue à l'ensemble des affaires.

Ils disposent également d'un espace personnel dans lequel ils peuvent notamment consulter leurs réservations et prêts en cours.

2-3. Les produits de l'édition privée

A l'occasion de son extension dans les locaux du *Carré Saint-Germain*, la Cour de cassation a pris le parti, plutôt que de doter la bibliothèque de cette annexe d'une volumineuse collection d'ouvrages et périodiques disponibles en la forme papier, de souscrire de nombreux abonnements numériques à la disposition des magistrats de la Cour, des agents de la bibliothèque et de ceux du service de documentation et d'études.

Ont ainsi été souscrits des abonnements aux produits en ligne des principaux éditeurs juridiques, soit – le plus souvent – sur l'internet, soit sur cd-roms mis en réseau.

Cette évolution présente l'avantage de rendre disponible à partir d'un poste de travail une proportion considérable d'ouvrages, encyclopédies et périodiques qui, s'ils n'étaient pas dématérialisés, représenteraient plusieurs dizaines de mètres linéaires de rayonnages, et ce depuis n'importe quel point du globe relié à l'internet ou, s'agissant des cd-roms en réseau, depuis une dizaine de postes de travail disséminés au sein de la Cour de cassation et de ses locaux annexes.

Il en résulte une réelle modification des habitudes de travail qui rend nécessaire un effort de formation auquel la bibliothèque et le service de documentation et d'études se livrent désormais de manière systématique à l'occasion des installations de magistrats à la Cour de cassation.

B – LA DÉMATÉRIALISATION DES ÉCHANGES AVEC L'EXTÉRIEUR

Trois catégories d'échanges impliquant la Cour de cassation sont dématérialisés : ceux à destination des avocats aux Conseils, ceux vers les juridictions et ceux en direction du public.

1. Les échanges avec les avocats aux Conseils

Le 31 juillet 2002, le ministère de la justice, la Cour de cassation et l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ont signé une convention relative à la communication électronique.

Cette convention s'est traduite par l'ouverture, sur un serveur déclaré au sein du réseau privé virtuel du ministère de la justice (RPVJ), d'un site permettant la communication électronique entre la Cour de cassation et les cabinets d'avocats, *via* un opérateur sécurisant la connexion, la communication s'effectuant dans les deux sens.

Au 31 décembre 2005, les soixante charges d'avocats aux Conseils ont adhéré à ce processus.

1-1. La communication depuis les cabinets d'avocats aux Conseils vers la Cour de cassation

Dans ce sens, les avocats aux Conseils sont invités à transmettre sous forme numérique les déclarations de pourvoi et les mémoires établis dans le cadre de la procédure devant la Cour de cassation. Un journal, consultable en ligne, enregistre toutes les opérations liées à cette communication.

Au 1er janvier 2006, les charges d'avocats aux Conseils transmettaient de manière électronique soixante-treize pour cent des déclarations de pourvoi et soixante-dix sept pour cent des mémoires.

L'avantage retiré par un tel dispositif est considérable ; il comprend deux volets.

Du point de vue du traitement du pourvoi, cette communication électronique permet l'accès aux déclarations de pourvoi et aux mémoires dans le cadre de la gestion électronique des dossiers, depuis les différents bureaux virtuels sus-décrits. C'est parce que les mémoires ampliatifs sont le plus souvent transmis par la voie électronique que le conseiller rapporteur peut récupérer, sans avoir à les recopier, les moyens de cassation examinés par la Cour.

Du point de vue documentaire, la Cour de cassation dispose ainsi d'une véritable base de données des mémoires ampliatifs qui lui permet d'avoir une image fidèle du stock des procédures pendantes devant elle. Des évolutions ont été apportées pour permettre au logiciel documentaire utilisé pour l'orientation et le prétitrage des pourvois d'effectuer, en plus des recherches par champs (numéro de pourvoi, matière et chambre) des recherches par termes dans l'intégralité des mémoires. Est ainsi favorisée la politique d'harmonisation de la jurisprudence initiée par le premier président dès lors que l'application informatique permet beaucoup plus aisément qu'auparavant, quand une divergence de jurisprudence est repérée, d'identifier les pourvois posant la même question de droit.

D'un point de vue documentaire encore, la dématérialisation des mémoires ampliatifs permet enfin d'entrevoir le jour où les moyens de cassation actuellement absents de la base de données de la Cour de cassation [37], seront disponibles sous forme numérique et comme tels intégrés à cette base et diffusés sur *Jurinet* et sur *Legifrance*.

1-2. La communication de la Cour de cassation vers les cabinets d'avocats aux Conseils

Cet aspect de la communication électronique permet aux avocats aux Conseils, depuis leur cabinet, de rechercher des affaires, de consulter le contenu des dossiers dans lesquels ils sont constitués et d'être avertis des événements de procédure affectant ces dernières affaires. Ils peuvent consulter en ligne les mémoires déposés, les fiches d'orientation établies par le service de documentation et d'études, le rapport ou l'avis de non-admission du rapporteur, l'avis de

37. Sauf lorsqu'ils sont intégrés au corps de l'arrêt ; lorsqu'ils sont annexés, les moyens ne sont disponibles sous forme numérique que dans les arrêts rendus par l'assemblée plénière et les chambres mixtes.

l'avocat général lorsqu'il est écrit et une copie documentaire de la décision le jour même de son prononcé, à partir de 14 heures. Pour le moment, le rapport et l'avis de non-admission ne sont que consultables à l'écran, alors que les autres documents peuvent être téléchargés, copiés et imprimés.

Les avantages retirés par les avocats aux Conseils de l'utilisation de ce système, en termes de gestion d'agendas et de gain de temps, sont évidents.

Les bénéfices réciproques d'un tel dispositif expliquent donc, probablement, son succès.

2. Les échanges avec les juridictions

La Cour de cassation a engagé en 2001 une politique ambitieuse de communication avec les juridictions du fond par le biais de l'intranet justice, sur lequel elle publie un site.

Outre la rubrique *Jurinet* décrite *supra* [38], les échanges avec les juridictions prennent notamment [39], sur ce site, trois directions.

2-1. La base de données des experts judiciaires

Après avoir mis en ligne en 2002 la liste nationale des experts judiciaires, la Cour de cassation a créé en 2003 une base de données comprenant la liste nationale et les listes établies par les cours d'appel.

Pour des raisons liées aux fonctionnalités de recherche, les listes ne suivant pas encore la nomenclature unifiée des experts judiciaires ne figurent pas dans cette base de données mais sont accessibles en plein texte au format pdf.

Enfin, une page de cette rubrique comprend des liens vers les nombreux sites publiés par les cours d'appel, sur l'intranet justice ou parfois sur l'internet, pour favoriser l'accès à leurs listes d'experts.

2-2. La rubrique de méthodologie

Après avoir proposé des formulaires utilisables par les juridictions pour l'accomplissement des formalités jalonnant la procédure de saisine de la Cour de cassation pour avis, la Cour a considéré qu'il était conforme à son rôle régulateur de présenter à l'ensemble des juridictions et, tout particulièrement, aux cours d'appel, des notices méthodologiques relatives à certaines questions de procédure qui suscitent des difficultés. En vue de l'élaboration de ces notices, un groupe de travail, comprenant des magistrats de la Cour de cassation et des magistrats de cours

38. *Cf. supra*, A -2 -2 -1.

39. Pour ne pas allonger à l'excès les développements de cette étude, la rubrique d'actualité (événementielle et jurisprudentielle) et la rubrique documentaire de ce site sont seulement mentionnées ici.

d'appel, a été constitué [40]. L'objectif est d'élaborer, sous forme de fiches, des documents destinés à la fois à une mise en ligne sur le site intranet de la Cour de cassation et à une publication au *Bulletin d'information*, et proposant des réponses aux principales interrogations susceptibles de se poser, en matière de procédure civile, devant la cour d'appel. A cet égard, il s'agit, dans toute la mesure du possible, d'harmoniser les pratiques et de les adapter aux solutions jurisprudentielles dégagées par la Cour de cassation afin de prévenir les pourvois et d'éviter les cassations dites disciplinaires.

Les fiches proposées traitent de sujets aussi divers que, par exemple, la rédaction des arrêts, le principe de la contradiction, la juridiction du premier président, l'expertise. Elles comprennent des liens hypertextes permettant d'accéder aisément aux textes et aux arrêts cités. Elles sont disponibles aux formats html et pdf, ce dernier étant plus propice au téléchargement et à l'impression.

2-3. La collecte et la diffusion de la jurisprudence des cours et tribunaux (voir annexe nº 17)

Pour répondre dans les meilleures conditions possibles à la mission de collecte et de diffusion de la jurisprudence des cours et tribunaux qui lui a été confiée par le ministre de la justice, la Cour de cassation, sous l'autorité d'un Comité de pilotage composé de son premier président, de membres du service de documentation et d'études et du service informatique de la Cour, de représentants du ministère de la justice et de six premiers présidents de cours d'appel, a développé sur l'intranet justice un outil permettant, à partir d'un formulaire, l'envoi à la Cour de cassation, pour l'alimentation de la base de données de jurisprudence judiciaire, d'une sélection de décisions présentant un intérêt particulier [41] (parmi lesquelles celles frappées de pourvoi), et de l'intégralité des décisions rendues dans des matières déterminées [42].

La mise en place d'un dispositif simple d'utilisation [43] est de nature à favoriser le succès de la mission de collecte et de diffusion de la jurisprudence, que la Cour de cassation considère comme essentielle pour permettre la conduite d'une ambitieuse politique jurisprudentielle.

Parallèlement, la Cour de cassation a doté de serveurs la très grande majorité des cours d'appel, sur un financement parlementaire, en vue de la conservation et de la centralisation à la Cour de cassation de l'intégralité des décisions rendues par l'ensemble des cours d'appel. Une liaison informatique entre ces serveurs et un serveur central à la Cour de cassation permettra de constituer une mémoire de la jurisprudence des cours d'appel, dont l'Etat ne dispose pas à ce jour. La Cour de cassation, en étroite collaboration avec le ministère de la justice, travaille

40. Ce groupe a été initialement présidé par Jean Buffet, président de chambre honoraire à la Cour de cassation ; il l'est désormais par M. Jean-Louis Gallet, conseiller à la Cour de cassation.

41. Articles R. 131-16-1 du code de l'organisation judiciaire et 1er à 4 de l'arrêté du 11 avril 2005 relatif au service de documentation et d'études de la Cour de cassation.

42. Article 4, alinéa 2, de l'arrêté précité.

43. Mis en service le 27 juin 2005, ce dispositif a permis au 5 janvier 2006 la transmission de 1 058 décisions s'ajoutant aux 11 000 existantes.

actuellement à rationaliser l'alimentation de ces serveurs par les applications informatiques développées dans les cours d'appel.

3 – Les échanges avec le public

En termes d'échanges avec le public, l'innovation technologique a d'abord emprunté la voie documentaire, l'internet ayant permis d'assurer à la jurisprudence et à l'activité de la Cour de cassation une diffusion beaucoup plus large que celle jusqu'alors réalisée sous la forme papier. En continuant à travailler à renforcer la qualité des diffusions en ligne, la Cour de cassation s'attache à présent à assurer, *via* l'internet, l'information des parties à un procès de cassation sur le déroulement de celui-ci.

3-1. La diffusion de documentation en ligne

Le développement de la diffusion de documentation en ligne est naturellement passé, à la Cour de cassation comme dans d'autres institutions, par la dématérialisation de publications jusqu'alors éditées sous forme papier. Les développements qui suivent reviendront sur chacune de ces publications et sur les possibilités de consultation en ligne ; il peut d'ores et déjà être souligné, avec quelques années de recul, l'avantage qu'a représenté une telle politique documentaire en termes de diffusion du droit : sans pour autant faire notablement chuter les ventes des publications sous leur forme papier, elle a considérablement facilité l'accès à ces publications, pour ceux qui les connaissaient sans les consulter et sans avoir l'intention de s'y abonner ou pour ceux qui, tels de nombreux juristes de pays dans lesquels le droit français est appliqué, ne pouvaient y avoir accès pour des raisons de coût.

Cette politique a trouvé à s'illustrer au travers de trois sites internet en accès gratuit, celui de la Cour de cassation, celui du service public de la diffusion du droit par l'internet, *Legifrance*, et le site anglais des grands arrêts français [44].

3-1-1. Le site internet de la Cour de cassation

La politique de large diffusion de la documentation au travers du site internet de la Cour de cassation n'est pas nouvelle ; aussi peut-il renvoyé, pour de plus amples développements, aux précédents *rapports annuels* de la Cour de cassation [45].

On se bornera, dans cette étude, à rappeler les principaux atouts du site existant et à dessiner les perspectives d'une refonte qui verra le jour au cours de l'année 2006.

44. La Cour de cassation est également associée, à des titres divers, à la publication des sites internet du *Bicentenaire du Code civil*, de l'*Association des hautes juridictions de cassation ayant en partage l'usage du français* (*AHJUCAF* du *Réseau des présidents des cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne* et du *Forum des juges de l'Union européenne pour l'environnement*.

45. *Cf.* les rapports d'activité du service de documentation et d'études dans les *rapports annuels* pour les années 2000 à 2004.

Au titre des points forts de ce site d'un point de vue documentaire, on peut relever que deux publications importantes, le *Bulletin d'information de la Cour de cassation* et le *Rapport annuel*, sont en ligne. La première donne accès à chaque numéro du *BICC* des onze dernières années [46], avec une diffusion gratuite par courrier électronique sur abonnement, la seconde permet de consulter le *Rapport annuel* en intégralité depuis celui de l'année 2000 [47].

Depuis le 1er janvier 2005, le site internet permet de consulter le catalogue du fonds ancien de la bibliothèque [48] de manière à permettre au public de venir consulter à la Cour de cassation, à certaines conditions, des ouvrages rares.

Enfin, de la même manière que le *Bulletin des arrêts*, le *Bulletin d'information de la Cour de cassation* et le *Rapport annuel*, le site internet est utilisé par la Cour pour faire connaître ses arrêts ; aux lettres P, B, et R figurant en haut de la minute des arrêts pour signifier leur diffusion dans chacune de ces publications, s'ajoute depuis plusieurs années la lettre I, qui conduit à la mise en ligne de l'arrêt dans la rubrique *Actualité jurisprudence* du site internet, en principe le jour du prononcé de celui-ci. Quand il est rendu par l'assemblée plénière ou une chambre mixte, l'arrêt est systématiquement mis en ligne avec le rapport du conseiller rapporteur et l'avis de l'avocat général et parfois un communiqué de presse émanant du service de documentation et d'études [49].

Il faut toutefois reconnaître que ces atouts ne sont profitables, désormais, qu'aux seuls habitués du site. La logique de « sédimentation » qui a présidé aux mises en ligne depuis plusieurs années a nui à la qualité de l'ergonomie et de la navigation, au point qu'une profonde refonte doit aboutir prochainement à la mise en ligne d'une nouvelle version du site.

Sans entrer dans le détail de celle-ci et pour se limiter à l'aspect documentaire des choses, on peut indiquer que le site sera doté d'un moteur de recherches, qui pourra balayer l'ensemble du site comme telle ou telle partie définie par l'utilisateur, que les publications et la jurisprudence en ligne seront regroupées en une base documentaire unique, que les possibilités d'accès aux nombreuses manifestations se déroulant à la Cour de cassation (consultation d'actes de colloques et inscription aux colloques à venir) seront grandement facilitées et qu'une place plus importante et plus lisible sera donnée tant aux statistiques relatives à l'activité de la Cour de cassation qu'à ses relations avec d'autres cours suprêmes, en Europe et dans le reste du monde.

3-1-2. Le service public de la diffusion du droit par l'internet : *Legifrance*

Les articles 1er et 2 du décret no 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet prévoient que la jurisprudence, notamment constituée des arrêts de la Cour de cassation et d'une sélection d'arrêts et de jugements rendus par les juridic-

46. Le *BICC* est disponible sur le site depuis le no 401, du 1er mars 1995.

47. Le premier *Rapport annuel* en ligne est celui de l'année 1997, mais la mise en ligne de l'intégralité du *Rapport* n'a commencé qu'avec le *Rapport annuel* pour l'année 2000.

48. Il s'agit d'un extrait du catalogue décrit *supra*, A -2 -2 -2 (tous ouvrages antérieurs à 1950).

49. La même politique de diffusion est utilisée pour faire connaître les avis de la Cour de cassation.

tions judiciaires, est mise gratuitement à la disposition du public sur le site du service public de la diffusion du droit par l'internet *Legifrance*.

C'est donc naturellement, et bien avant la promulgation de ce décret, que la Cour de cassation a été associée à la diffusion de la jurisprudence au public. Elle l'est, aujourd'hui, par la présence du directeur de son service de documentation et d'études au Comité du service public de la diffusion du droit par l'internet, et elle accorde une importance particulière à la diffusion au public tant des arrêts de la Cour de cassation que de ceux qui lui sont transmis par les cours d'appel au titre de sa mission précitée [50].

La Cour de cassation – et avec elle la doctrine et les praticiens du droit – est restée attachée à la hiérarchisation de ses arrêts, qui se traduit par la publication au *Bulletin des arrêts* d'un nombre limité d'entre eux, selon des critères connus [51]. Ces arrêts sont publiés au *Bulletin*, accompagnés d'un sommaire, d'un ou plusieurs titres et de rapprochements vers d'autres arrêts [52]. C'est précisément parce que l'ensemble de ces données, arrêts et « enrichissements », est mis en ligne sur *Legifrance* dans le cadre du service public de la diffusion du droit, qu'il n'a pas paru utile de créer une version numérique du *Bulletin des arrêts* dans la forme que revêt la publication papier [53].

Lors de la préparation du décret du 7 août 2002 précité, la Cour de cassation s'est montrée favorable à ce que les arrêts simplement « diffusés » [54] fussent eux aussi mis à la disposition du public.

C'est donc à la mise de l'ensemble de ses arrêts à la disposition du public que la Cour de cassation travaille, en étroite collaboration avec le secrétariat général du gouvernement et la direction des Journaux officiels.

Consciente de la difficulté que représente le caractère très limité de la diffusion de la jurisprudence des cours d'appel *via* le service public de la diffusion du droit par l'internet en raison des contraintes liées à l'anonymisation des décisions de justice recommandée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés et à laquelle elle est favorable [55], la Cour de cas-

50. *Cf. supra*, B -2 -3.

51. Sur les critères de publication, cf *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 2e éd., Litec, 2003, précité, pp. 246 et 247.
Sur le taux de publication, cf le rapport d'activité du service de documentation et d'études dans chaque *Rapport annuel*.

52. *Cf.* Marie-Aleth Trapet, *Les tables analytiques de la Cour de cassation*, *in Rapport annuel de la Cour de cassation 2002*, – *La responsabilité*, pp. 281 à 326.

53. Encore faut-il apporter une nuance à cette affirmation dès lors que le service de documentation et d'études édite, à la seule attention des magistrats de la chambre criminelle de la Cour, une version numérique du *Bulletin criminel* qui comprend, outre les titres, les sommaires, la mention des textes appliqués et les rapprochements vers d'autres arrêts, un lien vers la décision elle-même dans la base de données *Jurinet*.

54. Ceux dont la minute comporte non pas la lettre P réservée aux arrêts publiés mais la lettre D.

55. *Cf. supra*, A -2 -2 -1 ; A. Perdriau, *L'anonymisation des jugements civils*, *JCP*, G, 1999, I, 163 ; E. de Givry, *La question de l'anonymisation des décisions de justice*, *in Rapport de la Cour de cassation 2000 – La protection de la personne*, pp. 93 à 104.

sation s'est rapprochée de la direction des Journaux officiels pour l'anonymisation de ses arrêts ; celle-ci, en dépit de difficultés techniques liée à la refonte des outils de production des bases de données juridiques produites par l'Etat, a mis en œuvre les moyens permettant d'anonymiser, dans les mois qui viennent, les 12 000 arrêts de cours d'appel figurant à ce jour dans la base de données de la Cour de cassation puis, cette anonymisation réalisée, un flux hebdomadaire de quatre cents arrêts. Cette contrainte levée, l'ensemble de ces arrêts seront diffusés par la Cour de cassation sur le site *Legifrance*.

Parmi les regrets exprimés par les utilisateurs du site *Legifrance*, le fait de ne pas disposer de la nomenclature de classement de la jurisprudence publiée de la Cour de cassation, telle qu'elle apparaît dans les *tables analytiques*, est celui le plus fréquemment exprimé, d'autant plus que le plan de classement du Conseil d'Etat est lui-même en ligne. Des difficultés à la fois intellectuelles et techniques sont à l'origine de cette situation, mais il convient pour la Cour de s'attacher à les lever pour la mise en ligne de la prochaine version du site *Legifrance* [56].

3-1-3. Le site anglais des grands arrêts français

Diffusé par l'*Institute of Global Law* de l'*University College London*, le site anglais des grands arrêts français met à la disposition des juristes de *Common law* une sélection de grands arrêts de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel [57].

Les arrêts sélectionnés qui, s'agissant de la matière judiciaire, portent sur le droit des obligations, le droit de la responsabilité et le droit commercial, sont assortis de commentaires les situant dans leur contexte jurisprudentiel. L'ensemble est traduit en anglais sous la responsabilité de l'*Institute of Global Law*.

3-2. Le suivi d'un pourvoi

En plus de son site de communication électronique avec les avocats aux Conseils, la Cour de cassation a décidé de permettre à toute personne demanderesse ou défenderesse à une instance pendante devant elle d'obtenir des informations sur le déroulement de son procès. Les modalités de cette « espace justiciable » peuvent être sommairement décrites avant que soient énumérées les informations susceptibles d'être ainsi délivrées.

3-2-1. Les modalités de délivrance de l'information

Que la représentation par un avocat aux Conseils soit ou non obligatoire dans la procédure dont il s'agit, toute personne partie à un procès devant la Cour de cassation, représentée ou non, pourra prochainement se faire communiquer par le greffe de la Cour de cassation, au moyen d'un formulaire électronique disponible sur le site, après vérification que les éléments d'identification, confidentiels, fournis dans le formulaire correspondent effectivement à ceux d'une

56. Les *Tables analytiques*, civile et criminelle, pour la période 1995-2000, ont été éditées sous forme de cd-rom comportant, en plus des arborescences de classement des arrêts, des hyperliens vers le texte de ceux-ci sur le site *Legifrance*.

57. Les données sont également en ligne sur le site de l'*Institute of Transnational Law* de l'*University of Texas at Austin*.

partie à un procès pendant devant la Cour, un identifiant et un mot de passe à partir duquel elle pourra se connecter à son dossier. Ces éléments lui seront adressés par lettre recommandée, à l'adresse postale figurant au dossier.

3-2-2. Les informations délivrées

Une fois connectée à son dossier, la partie aura accès à une liste d'événements survenus (à l'exclusion de toute donnée nominative, notamment sur l'identité du conseiller rapporteur et de l'avocat général désignés). Elle sera ainsi informée de :
– l'orientation du dossier par le service de documentation et d'études [58] ;
– la désignation du conseiller rapporteur ;
– le dépôt du rapport ;
– la désignation de l'avocat général ;
– l'audiencement de l'affaire ;
– le prononcé de l'arrêt.

Elle pourra également visualiser le rapport et l'arrêt.

Informée par ailleurs sur le déroulement normal d'un procès au moyen d'une *charte de la procédure devant la Cour de cassation*, disponible à l'accueil et sur le site internet de la Cour, toute partie sera ainsi en mesure de déceler un éventuel dysfonctionnement et le cas échéant d'appeler l'attention de toute personne compétente, à l'intérieur ou à l'extérieur de la Cour, sur celui-ci.

CONCLUSION : LA PERSPECTIVE D'UNE PROCÉDURE EXCLUSIVEMENT ÉLECTRONIQUE

Jusqu'à présent, la transmission par voie électronique des actes de procédure ne dispensait pas d'un envoi parallèle sur support papier, qui seul faisait foi en l'état des exigences du nouveau code de procédure civile. La situation se caractérisait donc par la coexistence d'un double circuit papier et électronique.

Le décret nº 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom ouvre toutefois la voie à la suppression définitive du doublon papier.

L'article 46 de ce décret insère dans le nouveau code de procédure civile un article 748-1 ainsi rédigé : « Les envois, remises et notifications des actes de procédure, des pièces, avis, avertissements ou convocations, des rapports, des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles peuvent être effectués

58. Pour les affaires soumises à représentation obligatoire uniquement, à l'exclusion des affaires orientées devant les chambres sociale et criminelle.

par voie électronique ». Il est également prévu que le répertoire général, le dossier et le registre peuvent être tenus par voie électronique (nouvel article 729-1 du nouveau code du procédure civile).

Loin de se borner à consacrer l'existant, ce texte réalise un changement fondamental en permettant désormais l'utilisation exclusive de la voie électronique qui accède à la reconnaissance juridique. Ainsi, la déclaration de pourvoi et les mémoires en demande et en défense pourront-ils être envoyés par voie électronique sans qu'il soit nécessaire de doubler cet envoi d'un dépôt papier. De surcroît, des copies des décisions juridictionnelles, même revêtues de la formule exécutoire, pourront être délivrées par voie électronique.

Intégrant les difficultés inhérentes à la rapidité des mutations en ce domaine, le ministère de la justice a reporté au 1er janvier 2009 la mise en application de cette disposition, en prévoyant néanmoins la possibilité d'une entrée en vigueur par anticipation, décidée par le garde des sceaux « dans le ressort des juridictions et pour les actes de procédure qu'il désigne, après approbation de conventions passées entre le président de la juridiction et une ou plusieurs catégories d'auxiliaires de justice et organisant le recours à la communication électronique » [59].

Ayant organisé depuis plusieurs années une communication avec les avocats aux Conseils, la Cour de cassation devrait pouvoir aisément bénéficier des nouvelles possibilités de dématérialisation offertes par le texte, au prix d'un aménagement de la convention la liant à ces derniers [60].

On peut penser que les moyens techniques actuellement utilisés par la Cour de cassation et les avocats aux Conseils pour sécuriser la transmission des informations [61], peuvent être facilement adaptés aux exigences du décret qui reprend les conditions générales d'identification et d'intégrité posées par la loi du 13 mars 2000 pour la validité de l'écrit électronique [62], en y ajoutant la sécurité et la confidentialité des échanges et la certitude de la date d'envoi et de réception. Des tests sont d'ores et déjà prévus afin d'expérimenter une communication électronique sécurisée utilisant une signature électronique reposant sur un certificat qualifié stocké sur une clé USB ou sur une carte à puce. La transmission sera en outre horodatée par un tiers certificateur. A terme, l'envoi de copies et d'expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles pourra également être réalisé à condition de doter les greffiers de la Cour de cassation de dispositifs de signature électronique.

59. Article 88 du décret du 28 décembre 2005 précité.

60. *Cf. supra*, B -1.

61. La sécurité des transmissions est assurée par le recours à un prestataire de services de certification électronique.

62. Cette loi a insérée dans le code civil un nouvel article 1316-1 qui précise que l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, « sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

On s'oriente donc progressivement vers l'abandon du support papier qui, juridiquement, reste en l'état obligatoire pour l'original de la décision qui doit toujours être établi et conservé sur un tel support.

En effet, si la loi du 13 mars 2000 a prévu la dématérialisation des actes authentiques, dont les actes juridictionnels, en ajoutant à cette fin un nouvel alinéa à l'article 1317 du code civil, qui dispose désormais que l'acte authentique « peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat », à ce jour seuls les décrets concernant les actes d'huissier et les actes notariés sont parus [63].

L'aboutissement logique de ce processus sera donc la dématérialisation de la minute de la décision elle-même, mais celle-ci suppose un certain nombre d'adaptations consistant, notamment, à doter les magistrats de la Cour de cassation d'une signature électronique et à créer un minutier électronique garantissant la conservation des décisions.

Il est permis de penser que compte tenu du degré d'avancement de la dématérialisation en son sein, la Cour de cassation pourrait constituer le terrain d'élection d'une expérimentation.

* * *

S'il est évident que la dématérialisation ne se limite pas à un simple changement de support mais affecte en profondeur le fonctionnement même de la Cour de cassation, il peut paraître prématuré de dresser un bilan de son impact alors que le processus n'est pas encore totalement achevé.

Il est toutefois indéniable que l'impact de l'innovation technologique s'exprime d'ores et déjà, au cœur de l'institution, par des améliorations significatives.

Il n'est guère contestable que la dématérialisation améliore la productivité de la Cour de cassation.

Les nouvelles méthodes de travail permettent d'accélérer la procédure de traitement des pourvois. Confrontée à un contentieux de masse, la Cour de cassation a dû améliorer sa productivité pour répondre à l'inflation du contentieux et à l'accroissement corrélatif des délais de jugement des affaires. Alors que les statistiques pour l'année 2005 démontrent que cet objectif est en passe d'être atteint, il n'apparaît pas douteux que la dématérialisation de la procédure a contribué, avec une série d'autres mesures [64], à la réduction des stocks de la Cour de cassation et des délais de traitement des dossiers, en aidant celle-ci à recentrer son activité sur sa mission fondamentale d'unification du droit.

63. Décret nº 2005-972 du 10 août 2005 modifiant le décret nº 58-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice ; décret nº 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret nº 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires.

64. Comme l'accroissement du nombre des conseillers référendaires ou l'introduction de la procédure d'admission des pourvois.

Mais il est permis de penser que l'apport de la dématérialisation ne se manifeste pas principalement dans l'ordre quantitatif par l'augmentation du nombre des décisions rendues et la réduction des délais moyens de traitement des pourvois, mais plus encore dans l'ordre qualitatif par une amélioration de la qualité de la justice.

L'innovation technologique modifie les rapports entre les différents acteurs du procès de cassation.

La dématérialisation tend à instaurer progressivement un nouveau processus d'élaboration des décisions en permettant à chacun des intervenants de prendre connaissance, en même temps, du dossier sous forme électronique et donc de travailler ensemble – et concomitamment – sur ce dossier. En cela, elle est de nature à modifier la problématique des relations entre le siège et le parquet, obéissant jusqu'à ce jour à une logique d'interventions successives du conseiller rapporteur puis de l'avocat général.

La récupération automatique des données de pourvoi à partir des informations communiquées par les avocats aux Conseils, puis la saisie, le formatage et l'envoi des documents par les magistrats eux-mêmes, transforment aussi les rôles respectifs du juge et du greffe des arrêts dont la mission doit probablement être reconsidérée.

Elle modifie également les relations entretenues par la Cour avec les avocats aux Conseils. Les nouvelles possibilités de transmission électronique des données facilitent incontestablement la tâche de ces avocats qui peuvent avoir connaissance, sans se déplacer, de l'état de la procédure et des décisions rendues et qui peuvent envoyer, de leurs cabinets, les déclarations de pourvoi et les mémoires par voie électronique.

Alors que le principe du contradictoire n'implique pas que les parties puissent répondre au rapport établi par le conseiller rapporteur, qui est un membre de la juridiction et non une personne extérieure pouvant exercer un rôle sur la prise de décision, la pratique montre que la communication en temps réel aux avocats aux Conseils du rapport « enrichi » ou de l'avis de non-admission établi par le rapporteur incite les parties à réagir au contenu de ces documents en soumettant à la Cour de cassation des observations complémentaires visant par exemple à obtenir le renvoi en formation de jugement d'un dossier que le rapporteur a proposé d'orienter vers une audience d'admission. Si cette pratique présente l'avantage de permettre au parties de réagir à une éventuelle erreur ou insuffisance d'analyse des faits ou des questions de droit posées commise par le conseiller rapporteur, elle risque de perturber le déroulement du procès en relançant le débat voire en modifiant son objet.

L'informatique apporte en outre une aide primordiale à la prise de décision par le juge de cassation.

Elle conduit à une rationalisation du travail en facilitant la détection des dossiers posant les mêmes questions de droit et la recherche des contrariétés de décisions.

Elle devient l'auxiliaire indispensable du juge de cassation dans l'accomplissement de sa mission, en lui offrant des outils facilitant la confection des actes et le recours aux bases de données juridiques, qui proposent au magistrat des moyens d'information sans précédent et des recherches bien plus complètes que la recherche manuelle, puisque portant sur quarante-cinq

ans de jurisprudence de la Cour de cassation. La création d'une base exhaustive de jurisprudence des cours d'appel permettra de surcroît aux magistrats de la Cour de cassation de connaître non seulement leurs propres précédents mais également toutes les espèces analogues jugées en appel, qu'elles aient ou non donné lieu à un pourvoi. Un usage efficient de cette nouvelle base de données en cours de constitution impliquera toutefois un changement, voire une révolution culturelle, dans le comportement des magistrats de la Cour de cassation, généralement habitués à ne tenir compte que de leurs propres précédents.

La dématérialisation contribue en outre à enrichir la motivation des décisions rendues par la Cour de cassation qui, conformément à la tradition française, se caractérisent par leur brièveté, leur concision, voire, parfois, leur caractère sibyllin. En permettant de prendre connaissance des compléments d'information essentiels que constituent l'arrêt attaqué, les moyens annexés, le rapport du conseiller rapporteur et l'avis de l'avocat général, qui exposent, plus que l'arrêt lui-même, les données du litige, l'état de la jurisprudence et de la doctrine, les différentes solutions envisageables et leurs implications respectives, l'électronique enrichit les arrêts de la connaissance de la *ratio decidendi*.

Ce complément d'explication est utile à tous.

Il l'est, au premier chef, aux magistrats de la Cour de cassation eux-mêmes, qu'ils soient du siège ou du parquet, en permettant d'organiser et de conserver la mémoire, jusqu'à présent fort limitée, de leur juridiction. A l'exception de la mémoire vive et écrite constituée par le service de documentation et d'études qui classe, selon une nomenclature éprouvée, une sélection d'arrêts publiés au *Bulletin*, la Cour de cassation a fonctionné, pendant deux siècles, selon une mémoire principalement orale. A défaut de publication dans une revue juridique, les documents préparatoires des conseillers rapporteurs et les avis des avocats généraux étaient généralement irrémédiablement voués à l'oubli, ce qui compliquait singulièrement la tâche du magistrat nouvellement nommé à la Cour de cassation, ne fût-ce que pour connaître l'étendue du contrôle habituellement exercé dans la matière qui lui était dévolue. Comme a pu l'écrire un auteur, « tout arrêt non publié ou non fiché est vite oublié : quand la composition de la chambre qui l'a rendu s'est entièrement renouvelée, soit en une dizaine d'années, il doit être considéré comme n'ayant jamais existé... le nombre de ces arrêts moralement anéantis est considérable » [65]. Désormais, le texte des arrêts et les travaux préparatoires, loin de tomber dans l'oubli, enrichissent la mémoire de la Cour de cassation.

La publication sur l'intranet justice des rapports des conseillers rapporteurs et des avis des avocats généraux présente également l'intérêt de faire mieux connaître la jurisprudence de la Cour de cassation aux juridictions du fond et de faire œuvre didactique : « demander à la Cour de cassation de cultiver l'adhésion des juges et des juristes aux raisons qui inspirent ses décisions, lui demander de cultiver la correction des erreurs, voire leur élimination, ce n'est pas réclamer une révolution. Ce n'est pas davantage invoquer le douteux modèle de la *Common Law* dont bien des décisions perdent en clarté ce qu'elles gagnent en longueur. C'est seulement se préoccuper des conditions à remplir pour que la Cour de cassation puisse œuvrer plus efficace-

65. B. Perrus, *La loi des 17-20 avril 1943*, *JCP*, 1945, I, p. 485.

ment en faveur de l'unité du droit (...). Elle ne peut se contenter de formuler les dogmes auxquels les juges du fond, dans les conditions de travail qui sont les leurs, ne peuvent guère être sensibles. Il lui faut agir délibérément pour enrichir sans cesse la culture juridique française, de ces raisons de droit qui sont seules garantes de l'unité dont la Cour de cassation est gardienne » [66].

Ces documents présenteraient également une utilité pour les auxiliaires de justice qui conseillent les parties et pour les plaideurs qui seraient ainsi mieux renseignés sur les chances éventuelles de succès de leur action ou de leur recours et pourraient vérifier, en cas de pourvoi, que les juges de cassation ont pris en compte l'intégralité de leur argumentation et examiné tous les points de droit en débat. Cet éclairage complémentaire, qui reste pour le moment réservé aux membres de la Cour de cassation pour les affaires non publiées et aux magistrats des cours et tribunaux pour les affaires publiées, devra être progressivement rendu accessible à tous par sa diffusion sur le site du service public de la diffusion du droit par l'internet (*Legifrance*) au moins pour les arrêts publiés, d'autant que la différenciation actuelle dans l'accès à la documentation juridique peut être perçue comme une atteinte portée au principe de « l'égalité des armes » [67].

L'atteinte portée à ce principe serait d'autant plus paradoxale que la dématérialisation est plutôt de nature à faciliter l'adaptation de l'institution aux exigences du procès équitable telles que définies par la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme.

La dématérialisation garantit en effet indéniablement une plus grande transparence de l'institution judiciaire. Alors qu'une certaine opacité entourait traditionnellement l'activité de la Cour de cassation, l'utilisation des technologies de l'information et de la communication renforce le caractère *public* et *contradictoire* de l'instruction des dossiers, qui constitue un élément essentiel du procès équitable.

La mise en place d'une procédure électronique constitue donc une réponse concrète et efficace aux vœux souvent pieux exprimés en vue de faciliter l'accès de tous les citoyens à la justice et au droit. Désormais, les justiciables pourront suivre plus facilement le déroulement de leur procès et pourront également connaître aisément, dès leur prononcé, le contenu des décisions rendues par la Cour de cassation.

Les nouvelles possibilités de diffusion permettent en outre à chaque citoyen français d'avoir accès, gratuitement, à la lettre des arrêts de la Cour de cassation dont elle élargit par ailleurs singulièrement l'audience au-delà de la communauté juridique nationale.

66. Ch. Atias, *La Cour de cassation gardienne de l'unité du droit*, *in L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993 sous l'égide de l'IHEJ, La documentation française, 1994, p. 82.

67. *Cf.* G. Sabeter, D. Fleuriot et P. Leclercq, *Les nouvelles technologies d'information et de communication au service des juridictions et des avocats*, GP 1999, Doctrine, p. 119, précité.

On peut aussi soutenir que les modifications intervenues dans les méthodes de travail de la Cour de cassation pourraient affecter plus profondément l'institution et que l'emprise de l'informatique se manifesterait non seulement sur le processus d'élaboration des décisions ou sur leur forme mais également sur leur contenu même. Tout en préservant la liberté de plume de chaque conseiller rapporteur, l'innovation technologique tend à une uniformisation du langage de la Cour de cassation. En rendant exceptionnellement aisée la recherche des arrêts, la dématérialisation ne risque-t-elle pas de renforcer la culture, déjà bien ancrée, du précédent et de l'ériger en un véritable fétichisme, même si connaître le précédent ne veut pas toujours dire le suivre ?

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET EXPERTISE

L'exemple de l'exigence d'impartialité de l'expert

Cette contribution n'a pas pour objet d'examiner les incidences des nouvelles technologies sur la manière dont les techniciens désignés par les juges accomplissent leur mission, ni de traiter dans son ensemble la question de l'impartialité de l'expert.

Il s'agit seulement, à la lumière de quelques décisions récentes de la Cour de cassation, d'évoquer certaines difficultés suscitées par l'impartialité de l'expert, lorsque celui-ci intervient dans des domaines de haute technicité.

Par arrêt du 5 décembre 2002 (Bull. civ. nº 275), la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation a dit que l'article 341 du nouveau code de procédure civile qui prévoit des cas de récusation, n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de tout expert judiciaire.

Cette référence à l'impartialité de l'expert n'est certes pas nouvelle puisque l'article 237 du nouveau code de procédure civile prévoyait déjà que « le technicien commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité ».

Mais en ce qu'il est rendu au visa, non seulement de l'article 341 du nouveau code de procédure civile, mais aussi de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention), l'arrêt du 5 décembre 2002 illustre à nouveau l'emprise de cette Convention sur la procédure civile et démontre aussi, en confirmant l'émergence d'un droit à un expert indépendant et impartial, que l'expertise judiciaire constitue l'une des composantes du procès équitable, tel qu'il est conçu aujourd'hui dans l'ordre juridique européen.

Le renvoi, au sujet des mesures d'instruction, au procès équitable et à l'exigence d'indépendance de l'expert se retrouve dans d'autres décisions de la Cour de cassation, en particulier les arrêts rendus dans le domaine de la saisie-contrefaçon par la Première chambre civile le 6 juillet 2000 (Bull. nº 210) et par la Chambre commerciale le 28 avril 2004 (Gaz. Pal., 23/25 janvier 2005, page 428, obs. L. Tellier-Loniewski et P. Mauriello : « le droit à un procès équitable, consacré par [l'article 6.1 de la Convention], exige que l'expert mentionné [par l'article L 615-5 du code de la propriété intellectuelle] pour assister l'huissier instrumentaire procédant à la saisie-contrefaçon soit indépendant des parties).

L'expert se trouve ainsi soumis à des obligations comparables à celles incombant au juge et doit, comme celui-ci, non seulement faire abstraction de ses éventuels préjugés dans la conduite de ses investigations, mais en outre éviter de se trouver confronté à une circonstance pouvant faire douter objectivement de son impartialité.

La rigueur des obligations imposées à l'expert est renforcée par le fait que la jurisprudence lui dénie le droit d'exercer un recours contre la décision statuant sur sa récusation, au nom de son statut d'auxiliaire de justice :

2e Civ., 24 juin 2004, Bull. no 313 :

Est irrecevable le pourvoi formé par un expert, qui n'est pas partie à l'instance et à l'encontre duquel n'a été prononcée aucune condamnation, contre une décision qui a accueilli la demande de récusation formée contre lui.

2e Civ., 24 juin 2004, Bull. no 314 :

L'expert qui est commis par le juge pour l'éclairer sur une question de fait est un auxiliaire de justice qui, de ce fait, n'est pas un tiers à la procédure et n'a pas qualité pour former tierce-opposition à la décision de récusation dont il est l'objet.

Les qualités d'indépendance et d'impartialité de l'expert sont un élément essentiel de la crédibilité de ses avis.

Mais l'attachement aux règles du procès équitable ne doit pas faire oublier que l'expert se trouve dans une situation particulière : il exerce généralement une profession dans le secteur d'activité pour lequel sa compétence technique est requise et il est, dès lors, exposé au risque de conflit d'intérêts par les rapports d'affaires qu'il peut entretenir avec les autres professionnels de ce secteur.

Le risque est plus spécialement sensible dans les domaines d'une haute technicité, alors que l'expertise y revêt, en cas de litige, une importance primordiale, et la recherche en ces hypothèses de « l'expert qui ne connaît personne » (R. Perrot, obs. sous 2e Civ., 5 décembre 2002, Procédures février 2003, p. 14, no 37) peut se révéler, au mieux délicate, au pire contre-productive, dans la mesure où on peut légitimement douter de la pertinence de l'avis émis par un technicien ignorant le milieu dans lequel il est appelé à intervenir (R. Perrot, op. cit).

La contestation de l'impartialité de l'expert par le défendeur à l'instance passe généralement par l'analyse des relations présentes et passées de l'expert, non seulement avec les parties, mais aussi avec les tiers, notamment ceux se trouvant ou s'étant trouvés en situation de concurrence avec les parties.

Il est à craindre dès lors, dans ces domaines de grande technicité où les spécialistes sont peu nombreux, que fleurissent les tactiques dilatoires destinées à obtenir la mise à l'écart des experts appropriés (A. Penneau, Dalloz 2003, jurisprudence page 2260).

Certes, les difficultés techniques pour trouver un autre expert qualifié ne sauraient priver le défendeur au procès de son droit à récusation de l'expert commis par le juge (en ce sens, un autre arrêt rendu le 5 décembre 2002 par la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation, pourvoi no 01-01955).

Mais il importe de ne pas ruiner l'efficacité des mesures d'instruction et de ne pas paralyser le déroulement des procédures dans des matières hautement spécialisées où l'apport de ces mesures est essentiel, cette paralysie étant bien évidemment contraire au droit au procès équitable, envisagé cette fois du côté du demandeur à la procédure.

Ces considérations et la recherche d'un équilibre entre impartialité de l'expert et qualité ou efficacité de l'expertise expliquent, au moins partiellement, certaines décisions de la Cour de

cassation dont l'objet est de circonscrire avec plus de netteté les hypothèses de contestation légitime de cette impartialité :

Com., 5 octobre 2004, pourvoi n° 02-21 545, Droit des sociétés janvier 2005 (obs. G. Trebulle) :

Le fait que l'expert désigné appartienne à une société (en l'espèce une société de commissaires aux comptes) ayant effectué des prestations par le passé pour l'une des parties ne suffit pas à justifier la mise en cause de l'impartialité de cet expert, faute pour les juges d'avoir recherché si l'expert a personnellement entretenu avec la partie concernée « des relations de nature à faire naître un doute légitime et actuel sur son impartialité ».

2e Civ., 3 novembre 2005, pourvoi n° 05-13 005 :

Le fait que, dans un domaine très spécialisé, un expert ait publiquement tenu des propos mettant en cause les professionnels du secteur ne suffit pas à faire douter raisonnablement et suffisamment de l'impartialité de l'expert, dès lors que les propos d'ordre général en cause ne concernaient pas directement la société partie au litige et ne révélaient pas des prises de position incompatibles avec l'impartialité attendue dans l'examen de l'affaire considérée.

Quelles que soient les précautions prises pour encadrer les demandes de récusation, il apparaît indispensable de concevoir des mécanismes propres à prévenir ce type de contentieux.

A cette fin, la voie de l'obligation déontologique ou légale d'information par l'expert sur l'existence d'un conflit d'intérêt a été évoquée (A. Penneau, op. cit., p. 2263 ; J. Moret-Bailly, « Les conflits d'intérêts des experts consultés dans le domaine sanitaire », revue de droit sanitaire et social 2004, p. 855 et suivantes) et présente l'avantage de fournir aux parties, dès la désignation de l'expert, les moyens d'apprécier clairement si son impartialité est ou non sujette à critique, en évitant l'écueil du soupçon résultant du silence conservé sur une circonstance pouvant caractériser le conflit.

Elle peut d'ailleurs, en l'état, trouver un fondement textuel, avec le dernier alinéa de l'article 234 du nouveau Code de procédure civile qui oblige le technicien, s'il « s'estime récusable », à le déclarer immédiatement au juge.

Elle permettrait aussi aux parties de mieux accepter que, dans les quelques domaines où les seules personnes réellement compétentes sont toutes plus ou moins liées aux parties au litige, une exception soit faite au principe du retrait de l'expert en situation de conflit d'intérêts (J. Moret-Bailly, op. cit., p. 867).

QUATRIÈME PARTIE

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

ARRÊTS RENDUS EN ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET EN CHAMBRE MIXTE
Présentation d'ensemble

A. Assemblée plénière

Contrat de travail – Rupture – Licenciement – Formalités légales – Lettre de licenciement – Date d'expédition – Expédition – Effets – Fixation du moment d'appréciation de la validité de la décision de licencier

(Assemblée plénière, 28 janvier 2005, Bull. nº 1 ; BICC nº 617, p. 11, rapport de Mme Bellamy et avis de M. de Gouttes)

Il résulte de la combinaison des articles L. 122-14-1 et L. 122-32-2 du Code du travail que lorsque la lettre de licenciement a été envoyée au salarié avant qu'il ne soit victime d'un accident du travail, la circonstance que cette lettre ne lui soit parvenue qu'au cours de la période de suspension de son contrat de travail consécutive à l'accident n'a pas pour conséquence de rendre nul le licenciement précédemment prononcé dont l'effet est reporté à l'expiration de la période de suspension.

Voir également le commentaire page 264

Banque – Agrément – Obtention – Défaut – Sanction – Nullité (non)

(Assemblée plénière, 4 mars 2005, Bull. nº 2 ; BICC nº 621, p. 3, rapport de M. Paloque et avis de M. de Gouttes)

La seule méconnaissance par un établissement de crédit de l'exigence d'agrément, au respect de laquelle l'article 15 de la loi nº 84-46 du 24 janvier 1984 – devenu les articles

L. 511-10, L. 511-14 et L. 612-2 du Code monétaire et financier – subordonne l'exercice de son activité, n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il a conclus.

Voir également le commentaire page 316

Intérêts – Intérêts moratoires – Point de départ – Sommation de payer – Cas – Dette d'une somme d'argent – Applications diverses – Recours du tiers payeur

(Assemblée plénière, 4 mars 2005, Bull. nº 3 ; BICC nº 619, p. 29, rapport de M. Rognon et avis de M. Volff)

La créance du tiers payeur, dont le recouvrement est poursuivi par subrogation dans le droit d'action de la victime, n'est pas indemnitaire et se borne au paiement d'une somme d'argent. Dès lors, c'est à bon droit qu'une cour d'appel, appliquant l'article 1153 du Code civil, fixe le point de départ des intérêts de la créance de l'Etat tiers payeur à compter du jour de sa demande.

Voir également le commentaire page 368

Appel civil – Mise en cause d'un tiers – Conditions – Evolution du litige – Définition – Portée

(Assemblée plénière, 11 mars 2005, Bull. nº 4 ; BICC nº 620, p. 15, rapport de Mme Betch et avis de M. Cédras)

Au sens de l'article 555 du nouveau Code de procédure civile, l'évolution du litige impliquant la mise en cause d'un tiers devant la cour d'appel n'est caractérisée que par la révélation d'une circonstance de fait ou de droit née du jugement ou postérieurement à celui-ci et modifiant les données juridiques du litige. Ainsi, une cour d'appel ayant constaté que les désordres décrits dans les expertises ordonnées en première instance et en appel étaient identiques et que leurs causes avaient été décelées par le premier expert, a retenu à bon droit que la dernière expertise n'avait pas modifié les données juridiques du litige, dont l'évolution ne résidait que dans la nature et le coût des réparations.

Voir également le commentaire page 371

Partage – Evaluation des biens – Date – Fixation – Modalités – Accord des parties – Possibilité – Portée

(Assemblée plénière, 22 avril 2005, Bull. nº 5 ; BICC nº 622, p. 23, rapport de M. Gridel et avis de M. Sarcelet)

Si la valeur des biens à partager doit être fixée au jour le plus proche du partage, les copartageants peuvent convenir d'évaluer certains d'entre eux à une date différente.

Voir également le commentaire page 213

Prescription civile – Prescription quinquennale – Article 2277 du Code civil – Application – Action en exécution d'un jugement condamnant au paiement d'une somme payable à termes périodiques – Portée

(Assemblée plénière, 10 juin 2005, Bull. nº 6 ; BICC nº 624, p. 11, rapport de M. Mazars et avis de M. Gariazzo)

Si le créancier peut poursuivre pendant trente ans l'exécution d'un jugement condamnant au paiement d'une somme payable à termes périodiques, il ne peut, en vertu de l'article 2277 du Code civil applicable en raison de la nature de la créance, obtenir le recouvrement des arriérés échus plus de cinq ans avant la date de sa demande.

Voir également le commentaire page 372

Sécurité Sociale – Accident du travail – Faute inexcusable de l'employeur – Conditions – Lien de causalité – Cause déterminante – Nécessité (non)

(Assemblée plénière, 24 juin 2005, Bull. nº 7 ; BICC nº 625, p. 30, rapport de M. Trédez et avis de Mme Barrairon)

En vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les accidents du travail, et le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en

préserver. Il est indifférent que la faute inexcusable commise par l'employeur ait été la cause déterminante de l'accident survenu au salarié mais il suffit qu'elle en soit une cause nécessaire pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, alors même que d'autres fautes auraient concouru au dommage.

Voir également le commentaire page 280

Sécurité Sociale – Accident du travail – Faute inexcusable de la victime – Définition – Caractères – Faute volontaire d'une exceptionnelle gravité

(Même arrêt)

La faute de la victime n'a pas pour effet d'exonérer l'employeur de la responsabilité qu'il encourt en raison de sa faute inexcusable ; seule une faute inexcusable de la victime, au sens de l'article L. 453-1 du Code de la sécurité sociale, peut permettre de réduire la majoration de sa rente. Présente un tel caractère la faute volontaire de la victime d'une exceptionnelle gravité exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience.

Voir également le commentaire page 280

Cour d'assises – Questions – Forme – Question principale – Omission d'un élément constitutif de l'infraction – Viol – Violence, contrainte ou surprise

(Assemblée plénière, 8 juillet 2005, Bull. n° 8 ; BICC n° 626, p. 19, rapport de M. Laurans et avis de Mme Commaret)

Un acte de pénétration sexuelle ne constitue un viol que s'il a été commis par violence, contrainte ou surprise. N'interroge pas la Cour et le jury sur l'un des éléments constitutifs du crime de viol, objet de l'accusation, la question qui ne mentionne pas que l'acte de pénétration sexuelle que l'accusé a tenté de commettre l'a été par violence, par contrainte ou par surprise.

Voir également le commentaire page 400

Publicité – Publicité de nature à induire en erreur – Annonceur – Association à but non lucratif – Conditions – Fourniture d'un bien ou d'un service

(Assemblée plénière, 8 juillet 2005, Bull. n° 9 ; BICC n° 626, p. 31, rapport de M. Laurans et avis de M. Mouton)

L'article 44-I de la loi du 27 décembre 1973, devenu l'article L. 121-1 du Code de la consommation, est applicable à une association à but non lucratif dès lors qu'elle propose un bien ou un service.

Voir également le commentaire page 392

Juridictions correctionnelles – Débats – Témoins – Cour d'appel – Audition – Demande – Forme – Inobservation – Portée

(Assemblée plénière, 2 décembre 2005, Bull. nº 10 ; BICC nº 632, p. 35, rapport de Mme. Nocquet et avis de M. Charpenel substituant M. Finielz)

La cour d'appel n'est tenue de répondre à la demande du prévenu tendant à l'audition de témoins que si elle en a été légalement requise dans les formes prévues par l'article 459 du Code de procédure pénale.

Voir également le commentaire page 401

B. Chambre mixte

Cassation – Pourvoi – Ouverture – Conditions – Décision entachée d'excès de pouvoir – Définition – Exclusion – Violation du principe du contradictoire

(Chambre mixte, 28 janvier 2005, Bull. nº 1 ; BICC nº 617, p. 27, rapport de M. Charruault et avis de M. Domingo)

Sauf dans les cas spécifiés par la loi, les jugements en dernier ressort qui ne mettent pas fin à l'instance ne peuvent être frappés de pourvoi en cassation indépendamment des jugements sur le fond que s'ils tranchent dans leur dispositif tout ou partie du principal. Il est, néanmoins, dérogé à cette règle, comme à toute autre règle interdisant ou différant un recours, en cas d'excès de pouvoir. Ne constitue pas un tel excès la violation du principe de la contradiction.

Voir également le commentaire page 374

Conventions internationales – Accords et conventions divers – Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 – Compétence internationale – Règles applicables – Détermination – Portée

(Chambre mixte, 11 mars 2005, Bull. nº 2 ; BICC nº 619, p. 44, rapport de M. Pluyette et avis de M. Foerst)
(Deux arrêts)

Les règles de droit interne ne sont pas applicables pour la détermination de la compétence internationale du juge saisi d'un litige d'ordre internationale intra-communautaire, soumis aux dispositions de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 modifiée par la Convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989.

Voir également le commentaire page 413

Contrat de travail – Exécution – Lieu d'exécution – Travail accompli à l'étranger – Juridiction compétente – Détermination

(Même arrêt)

Le défendeur assigné devant une juridiction de l'Etat de son domicile conformément à l'article 2 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 modifiée par la Convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989, n'est pas en droit, pour écarter la compétence internationale de ce juge, de se prévaloir des compétences spéciales de la section 2 du titre II de cette Conven-

tion, et notamment de l'article 5.1 (qui permet au seul demandeur de l'attraire, dans un autre Etat contractant, devant le lieu d'exécution de l'obligation ; par suite, la société employeur – dont le siège est situé en France –, attraite par son salarié devant une juridiction française n'est pas fondée à invoquer la compétence spéciale du lieu d'exécution du contrat de travail situé dans un autre Etat contractant, en l'espèce les Pays-Bas, pour revendiquer la compétence d'une juridiction hollandaise.

Voir également le commentaire page 413

Amende – Amende civile – Domaine d'application – Appel principal dilatoire ou abusif – Caractérisation – Nécessité

(Même arrêt)

Encourt la cassation l'arrêt qui condamne l'appelant à une amende civile pour appel abusif ou dilatoire sans caractériser la faute qu'il aurait commise dans l'exercice de cette voie de recours

Voir également le commentaire page 413

Transports terrestres – Marchandises – Responsabilité – Clause limitative – Opposabilité – Exclusion – Cas – Faute lourde – Caractérisation – Défaut – Applications diverses – Impossibilité pour le transporteur de donner des éclaircissements sur la cause du retard

(Chambre mixte, 22 avril 2005, Bull. nº 3 ; BICC nº 623, p. 16, rapport de M. Garban et avis de M. de Gouttes)

La faute lourde, de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue au décret nº 99-269 du 6 avril 1999 portant approbation du contrat-type applicable aux transports publics routiers de marchandises pour lesquels il n'existe pas de contrat-type spécifique, ne saurait résulter du seul fait pour un transporteur de ne pouvoir fournir d'éclaircissement sur la cause du retard.

Voir également le commentaire page 339

Transports terrestres – Marchandises – Responsabilité – Clause limitative – Opposabilité – Exclusion – Cas – Faute lourde – Caractérisation – Défaut – Applications diverses – Retard de livraison

(Chambre mixte, 22 avril 2005, Bull. nº 4 ; BICC nº 623, p. 16, rapport de M. Garban et avis de M. de Gouttes)

Il résulte de l'article 1150 du Code civil et du décret du 4 mai 1988 portant approbation du contrat-type pour le transport public terrestre de marchandises applicable aux envois de moins de trois tonnes pour lesquels il n'existe pas de contrat-type spécifique, que si une clause limitant le montant de la réparation est réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat, seule une faute lourde, ne pouvant résulter du seul retard de livraison, caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission peut mettre en échec la limitation prévue au contrat-type annexé au décret.

Voir également le commentaire page 339

Cautionnement – Extinction – Causes – Subrogation rendue impossible par le créancier – Fait du créancier – Applications diverses – Renonciation du créancier au bénéfice du gage

(Chambre mixte, 10 juin 2005, Bull. nº 5 ; BICC nº 623, p. 44, rapport de M. Cachelot et avis de M. de Gouttes)

Une banque ayant consenti à une société un prêt destiné à financer l'acquisition de matériel et d'outillage, garanti dans le même acte par un nantissement sur ces biens et par un cautionnement, la cour d'appel qui retient que la créancière avait renoncé au bénéfice du gage en déduit exactement qu'en application de l'article 2037 du Code civil la caution était déchargée de son obligation.

Voir également le commentaire page 355

Jugements et arrêts – Mentions obligatoires – Nom du greffier – Indication – Effets – Etendue

(Chambre mixte, 21 octobre 2005, Bull. nº 6 ; BICC nº 631, p. 15, rapport de M. Gillet et avis de M. Guérin)

Jusqu'à inscription de faux, le greffier signataire du jugement est celui dont le nom figure dans la décision.

Voir également le commentaire page 375

Communauté entre époux – Passif – Dette contractée par l'un des époux – Consentement exprès du conjoint – Nécessité – Cas – Exclusion – Nantissement de biens communs en garantie de la dette d'autrui

(Chambre mixte, 2 décembre 2005, Bull. nº 7 ; BICC nº 632, p. 44, rapport de M. Foulquié et avis de M. Sainte-Rose)

Une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas, la cour d'appel a exactement retenu que l'article 1415 du Code civil n'était pas applicable à un nantissement de valeurs mobilières donné en garantie de la dette d'un tiers.

Voir également le commentaire page 214

Chose jugée – Force de chose jugée – Effets – Limites – Détermination

(Chambre mixte, 16 décembre 2005, Bull. nº 8 ; BICC nº 634, p. 3, rapport de Mme Marais et avis de M. de Gouttes)

La force de chose jugée, attachée à un arrêt de cour d'appel dès son prononcé, ne peut avoir pour effet de priver une partie d'un droit tant que cette décision ne lui a pas été notifiée. Dès lors que le preneur d'un bail rural a exercé son droit de préemption postérieurement à l'arrêt prononçant la résiliation du bail et emportant, par voie de conséquence, retrait du droit de préemption, mais antérieurement à la notification de cet arrêt, une cour d'appel en déduit exactement que la vente des biens avait été réalisée.

Voir également le commentaire page 376

Société civile immobilière – Assemblée générale – Convocation – Délai – Computation – Modalités – Détermination – Portée

(Chambre mixte, 16 décembre 2005, Bull. nº 9 ; BICC nº 634, p. 22, rapport de Mme Foulon et avis de M. Domingo)

En application des articles 1844, alinéa 1er, 1844-10, alinéa 3, du Code civil, et 40 du décret n 78-704 du 3 juillet 1978, les associés sont convoqués, à peine de nullité en cas de grief, quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée par lettre recommandée, ce délai courant à compter de la date d'expédition de la lettre recommandée et le jour de l'envoi ne comptant pas. Dès lors, ce délai de convocation a bien été respecté lorsque les associés ont été convoqués à une assemblée générale du 7 février par lettre recommandée expédiée le 23 janvier de la même année.

Voir également le commentaire page 292

I – DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE

A. Divorce

Prestation compensatoire – Révision – Date d'exigibilité de la prestation révisée

1re chambre civile, 19 avril 2005 (Bull. no 193, no 194, no 195)

Dans ces trois arrêts, la Première chambre civile est revenue sur la position adoptée par la Deuxième chambre civile dans son arrêt du 19 novembre 1998 (Bull. no 276), selon lequel la prestation compensatoire judiciairement révisée, dont le montant est fixé à la date à laquelle le juge statue sur la demande de révision, est due à compter de cette date.

Au visa des articles 273 et 276-3 du Code civil, dans leur rédaction issue de la loi no 2000-596 du 30 juin 2000, la Première chambre civile a jugé que la prestation compensatoire judiciairement révisée, fixée en fonction du changement important dans les ressources du débiteur, prend effet à la date de la demande de révision.

Les trois espèces concernaient des situations différentes : dans un cas, il s'agissait d'une demande de révision d'une rente viagère fixée lors d'un divorce sur requête conjointe ; dans un autre, d'une demande de suppression d'une rente ; dans le dernier, d'une demande en révision formée par l'héritière du débiteur.

La doctrine avait relevé que la diminution importante des ressources du débiteur était nécessairement antérieure à la date à laquelle le juge statuait. Toutefois, dans sa rédaction alors applicable en 1998, les conditions de la révision étaient plus limitées, celle-ci ne pouvant intervenir que si l'absence de révision devait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle dureté.

La loi du 30 juin 2000 a apporté un assouplissement aux conditions de révision des prestations compensatoires fixées sous forme de rente viagère, la révision, la suspension ou la suppression pouvant intervenir en cas de changement important dans les ressources des parties.

La Première chambre civile, afin d'éviter les recours dilatoires et d'assurer une meilleure adéquation entre les décisions et les situations personnelles des parties, a décidé de faire remonter l'exigibilité de la prestation révisée à la date de l'introduction de la demande.

Prestation compensatoire – Attribution – Disparité dans les conditions de vie respectives des époux – Droits existants et prévisibles – Vocation successorale

1re chambre civile, 21 septembre 2005 (Bull. no 339)

Dans cette affaire, la Première chambre civile rappelle, au visa des articles 270, 271 et 272 du Code civil, dans leur rédaction antérieure à la loi no 2004-439 du 26 mai 2004, que le juge doit, pour apprécier l'existence d'une disparité, se placer au moment du prononcé du divorce et surtout affirme, et c'est là le principal apport de cette décision, que **la vocation successorale ne constitue pas un droit prévisible**.

En l'espèce, la cour d'appel, statuant sur renvoi après cassation, avait, pour apprécier la disparité créée par le divorce entre les époux, retenu le montant de l'actif net de la succession reçu par la femme à la suite du décès de sa mère, survenu près de deux ans après que le divorce était devenu irrévocable.

La Première chambre civile a une nouvelle fois confirmé que c'est au moment du divorce que le juge doit se placer pour apprécier la disparité et a précisé que la vocation successorale ne constitue pas un droit prévisible. La vocation successorale, simple espérance de recueillir un actif non encore déterminé, se différencie des droits résultant de la liquidation de la succession dont peut bénéficier un époux.

Dans sa nouvelle rédaction issue de la loi du 26 mai 2004, le nouvel article 271 du Code civil, s'il élargit, sans la rendre exhaustive, l'énumération des éléments que le juge doit prendre en considération lors de la fixation de la prestation compensatoire, laisse inchangée la prise en compte des droits existants et prévisibles des époux. La solution retenue a, en conséquence, vocation à concerner aussi les instances nouvelles.

B. Régimes matrimoniaux

Partage – Evaluation des biens – Date – Fixation – Modalités – Accord des parties – Possibilité – Portée

(Assemblée plénière, 22 avril 2005, Bull. nº 5 ; BICC nº 622, p. 23, rapport de M. Gridel et avis de M. Sarcelet)

À l'occasion du partage de la fraction mobilière de l'indivision subsistante, une partie peut-elle remettre en question la valeur incontestablement convenue et retenue d'une maison lors de la distribution antérieure de l'actif immobilier ?

Posée à l'occasion des suite et fin de la liquidation d'une communauté après divorce, d'où les mentions mêlées des articles 1475,1476 et 883 du Code civil, la question soulevée était en réalité celle du caractère impératif ou supplétif de ces solutions jurisprudentielles homogènes selon lesquelles, si la consistance de la communauté à liquider se détermine à la date de l'assignation en divorce où à celle à laquelle les époux ont cessé de cohabiter, l'évaluation des biens communs, quant à elle, doit être opérée au jour le plus proche possible du partage (1re Civ., 19 janvier 1999, Bull. nº 20 ; 1re Civ., 16 juillet 1998, Bull. nº 249 ; 1re Civ., 17 avril 1998, Bull. nº 138).

En fait, dix-sept mois après le prononcé du divorce, un procès-verbal du juge chargé de surveiller le partage avait constaté l'accord des époux sur l'évaluation et l'attribution des deux immeubles de la communauté. Puis, tandis que le dossier, renvoyé devant le tribunal en raison de contestations demeurées sur diverses créances et récompenses était encore en délibéré, les deux ex-époux s'étaient entendus pour vendre l'un des immeubles à un prix supérieur. Le tribunal, que personne n'informa de cet événement, homologua quelques semaines plus tard l'accord initial quant aux dévolution et évaluation qu'il comportait. De là, la querelle : pour les opérations ultérieures et définitives, fallait-il retenir la valeur de l'immeuble la plus proche en date ? Ou celle sur laquelle les époux s'étaient originairement accordés ?

L'Assemblée plénière a validé la seconde approche, celle opérée par les juges du fond, car, contrairement au premier arrêt d'appel cassé par la Première chambre civile le 2 mars 1999 nº 97-14 587), la cour de renvoi avait parfaitement caractérisé l'accord antérieur et définitif des deux ex-époux sur la valeur et l'attribution de l'immeuble.

La solution intervenue, qui ne fait que reprendre avec éclat une solution déjà subrepticement donnée par la Première chambre civile le 30 juin 1998 (Bull. nº 228), valide l'analyse supplétive, affirmant ainsi la place conservée de l'autonomie de la volonté dans les rapports familiaux patrimoniaux.

Communauté entre époux – Passif – Dette contractée par l'un des époux – Consentement exprès du conjoint – Nécessité – Cas – Exclusion – Nantissement de biens communs en garantie de la dette d'autrui

(Chambre mixte, 2 décembre 2005, Bull. nº 7 ; BICC nº 632, p. 44, rapport de M. Foulquié et avis de M. Sainte-Rose)

Un mari avait souscrit, sans le consentement exprès de son épouse, pour garantir la dette d'un tiers, un nantissement sur des valeurs mobilières appartenant à la communauté.

Informée *a posteriori*, l'épouse avait sollicité la main-levée du nantissement donné, selon elle, en méconnaissance de l'article 1415 du Code civil. La cour d'appel de Limoges, par arrêt du 25 juin 2003, l'avait déboutée au motif que le simple nantissement donné par le mari ne pouvait être assimilé à un cautionnement, même réel, entrant dans le champ d'application de l'article 1415.

Telle qu'elle se présentait, l'espèce conduisait en effet à une double interrogation :

– La constitution d'une sûreté par un tiers pour le débiteur, par exemple un nantissement de titres négociables, quoique permise à un époux seul par l'article 1424 du Code civil constitue-t-elle, sous l'appellation de cautionnement réel, un cautionnement auquel est susceptible de s'appliquer l'article 1415 du Code civil qui ne prévoit pas l'engagement des biens communs par un tel acte ?

– Par ailleurs, celui qui a donné une telle sûreté pour garantir la dette d'un tiers n'est-il tenu que sur la valeur du bien affecté ou bien est-il engagé personnellement, dans la double limite du montant de la dette et de la valeur du bien grevé ?

Le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Limoges qui, en un moyen unique, invitait strictement la Cour de cassation à répondre à la première question, tout en lui ménageant la possibilité de se prononcer incidemment sur la seconde, a fait l'objet d'un renvoi devant une Chambre mixte.

Arrivant à point nommé en raison de disparités constatées dans les décisions récentes de la cour régulatrice, l'arrêt de rejet de la Chambre mixte donne à la fois la réponse et son explication, selon une logique qui, par rapport aux questions qui se posaient, ne paraît plus laisser de place à l'incertitude : ***une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'implique aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'est pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas. L'article 1415 n'est donc pas applicable au nantissement donné au cas d'espèce.***

1 – depuis l'arrêt de la Première chambre civile du 11 avril 1995 (bull. nº 165), la constitution d'une sûreté pour garantir la dette d'autrui était soumise à l'article 1415 du Code civil. La licéité de l'acte au regard de l'article 1424, s'agissant du moins d'un nantissement de titres négociables, avait soulevé des hésitations qui ne s'étaient dissipées que lorsque la Première chambre, par deux arrêts du 15 mai 2002 (bull. nº 127 et 129) avait retenu l'inopposabilité de l'acte quant aux biens communs comme devant être la sanction applicable.

C'est pourtant au nom d'une autre logique que la Chambre mixte écarte l'application de l'article 1415 à une telle sûreté : celle-ci n'impliquant pas un engagement personnel du constituant, elle n'est pas un cautionnement, seule hypothèse, avec l'emprunt, concernée par cet article.

2 – énonçant que le cautionnement ne se présume pas, ce qui n'est que le rappel de l'article 2015 du Code civil, la Chambre mixte ne fait pas siennes les solutions retenues par les arrêts de la Première chambre des 15 mai 2002 et 18 septembre 2002 (pourvoi nº 00-16 189) et celui de la Chambre commerciale du 13 novembre 2002 (pourvoi nº 00-20 504), d'où il résultait, selon des termes sensiblement identiques, que « la caution réelle reste tenue envers le créancier dans la double limite du montant de la somme garantie et de la valeur du bien engagé, appréciée au jour de la demande d'exécution de la garantie ».

Bien que cette solution semble avoir été délaissée, successivement par la Chambre commerciale, dès le 24 septembre 2003 (pourvoi nº 00-620 504), et par la Première chambre civile, le 29 juin 2004 (pourvoi nº 01-13 651), une clarification s'imposait.

3 – on remarquera enfin que l'arrêt de la Chambre mixte énonce qu'***une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'est pas un cautionnement.***

C'est aussi en cela qu'il fera date, tant les lecteurs des arrêts de la Cour de cassation s'étaient habitués à voir assez souvent attribuer – mais depuis seulement quelques années – à une telle sûreté la dénomination de « cautionnement réel ».

Quoique le droit soit en perpétuelle évolution, il paraîtra désormais moins aisé de rechercher la solution des questions posées lors de la réalisation de la sûreté pour autrui – par exemple, celle du recours contre le débiteur ou des obligés à la même dette – par rapport à la simple analogie avec les règles du cautionnement.

Régimes matrimoniaux – Communauté légale – Liquidation – Récompenses dues par un époux à la communauté – Conditions

1re chambre civile 8 février 2005 (Bull. nº 65 et 66)

L'article 1433 du Code civil a trait aux récompenses dues à un époux par la communauté : l'alinéa 1er énonce un principe (« *La communauté doit récompense à l'époux propriétaire toutes les fois qu'elle a tiré profit des biens propres* ») dont l'alinéa 2 donne une illustration (« *Il en est ainsi, notamment, quand elle a encaissé des deniers propres ou provenant de la vente d'un propre, sans qu'il en ait été fait emploi ou remploi* »), tandis que l'alinéa 3 prescrit une règle de preuve (« *Si une contestation est élevée, la preuve que la communauté a tiré profit de biens propres peut être administrée par tous les moyens, même par témoignages et présomptions* »).

Sur la base de ce texte, la pratique notariale avait estimé que la seule preuve de l'encaissement de deniers propres par la communauté ouvrait droit à récompense.

Mais, dans les années 1990, la Chambre commerciale (11 février 1992, Bull. nº 65), puis la Première chambre civile (13 janvier 1993, Bull. nº 10 ; 6 avril 1994, Bull. nº 137 ; 5 décembre 1995, Bull. nº 444 ; 17 décembre 1996, Bull. nº 451 ; 2 décembre 1997, Bull. nº 335 ; 10 février 1998, Bull. nº 48), ont interprété différemment ce texte, en considérant que celui qui

réclamait une récompense devait prouver, non seulement l'encaissement de deniers propres par la communauté, mais également le profit tiré par celle-ci, c'est à dire un enrichissement corrélatif.

L'explication donnée à cette solution, assez largement critiquée en doctrine, était la suivante : depuis la loi du 13 juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux, la communauté légale n'ayant plus l'usufruit des biens propres des époux, les sommes propres perçues par l'un d'eux ne perdent pas cette qualification et ne sont donc pas « encaissées » par la communauté, de sorte que ce n'est pas leur encaissement qui ouvre droit à la récompense, mais l'usage qui en est fait au profit de la communauté.

Un arrêt rendu le 14 janvier 2003 par la Première chambre civile (Bull. nº 4) a pu être interprété comme marquant un assouplissement, voire un infléchissement, de cette jurisprudence : selon la Cour de cassation, une cour d'appel, qui a constaté que des deniers propres, encaissés sur un compte commun, avaient été utilisés par les époux et qui a ainsi souverainement relevé l'emploi de fonds propres dans l'intérêt de la communauté, en a déduit à bon droit que le mari, qui rapportait la preuve que ses deniers propres avaient profité à la communauté, avait droit à récompense.

Il résultait de cet arrêt que le profit pouvait se caractériser par la simple utilisation des fonds propres par les deux époux : c'est le profit « négatif », selon l'expression de M. le professeur Vareille.

Dès lors, celui qui réclamait une récompense devait toujours prouver l'encaissement de deniers propres par la communauté et le profit tiré par celle-ci, mais ce profit pouvait revêtir deux formes : un enrichissement de la communauté ou un emploi des fonds propres dans l'intérêt de la communauté.

Par deux arrêts du 8 février 2005, la Première chambre civile, guidée par des considérations d'ordre pratique et notamment d'ordre probatoire, a choisi de mener jusqu'à son terme le raisonnement ayant conduit à son arrêt du 14 janvier 2003 et de revenir à la lecture originaire du texte, davantage empreinte d'orthodoxie.

Ainsi, par un arrêt de cassation, elle a énoncé, d'une part, qu'il incombe à celui qui demande récompense à la communauté d'établir que les deniers provenant de son patrimoine propre ont profité à celle-ci, d'autre part, que, sauf preuve contraire, le profit résulte notamment de l'encaissement de deniers propres par la communauté, à défaut d'emploi ou de remploi.

Puis, par un arrêt de rejet, elle a énoncé, d'une part, que le droit à récompense se déduit de l'encaissement de deniers propres par un compte joint des époux, à défaut de preuve par un époux que la communauté n'en a pas tiré profit, d'autre part, et à l'inverse, qu'il incombe à celui qui demande récompense à la communauté d'établir que les deniers provenant de son patrimoine propre, autres que ceux encaissés par la communauté, ont profité à celle-ci.

Elle a fait application de ces principes à des demandes de récompense fondées sur le règlement d'impositions communes et l'apurement du découvert d'un compte joint d'époux au moyen des fonds propres de l'épouse portés au crédit de ce compte (1re espèce) et sur le dépôt de fonds provenant de la vente d'un bien propre de l'épouse sur un compte joint des époux (2nde espèce).

C. Succession et libéralités

Testament – Nullité – Insanité d'esprit – Prescription

1re chambre civile, 11 janvier 2005 (Bull. no 23)

L'action en nullité d'un testament pour insanité d'esprit se prescrit par cinq ans. C'est ainsi que l'on peut résumer l'arrêt de la 1re chambre civile qui, statuant aux visas des articles 901 et 1304 du Code civil, énonce pour la première fois que l'action en nullité pour insanité d'esprit des donations entre vifs **ou des testaments** est soumise à la prescription abrégée de l'article 1304 du Code civil.

Si la solution ne faisait pas problème, s'agissant des donations entre vifs en raison des termes des textes susvisés, il n'en était pas de même en ce qui concerne les testaments, l'article 1304 du Code civil visant les conventions, et non les actes unilatéraux.

Reprenant le principe général posé par l'article 489 selon lequel, *pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit,* l'article 901 du code civil dispose : *Pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit.*

Si l'article 489-1 du Code civil, consacré à l'action en nullité d'un acte pour insanité d'esprit exercée après la mort de celui qui l'a conclu, exclut les donations entre vifs et les testaments des conditions restrictives apportées à une telle action, il ne dit mot de la prescription qui leur est applicable. L'article 489, qui se réfère à la prescription de cinq ans de l'article 1304 du Code civil, ne concerne, en effet, que les actions en nullité entreprises du vivant de l'insane.

L'article 1304 du Code civil, ne visant, comme il l'a été précédemment indiqué, que l'action en nullité ou rescision d'une « convention », il était soutenu que l'action en nullité relative d'un acte unilatéral restait soumise à la prescription trentenaire.

D'où une incertitude et une dualité, difficilement justifiable, entre les libéralités selon qu'elles résultaient d'une donation ou d'un testament, dualité que la majorité de la doctrine dénonçait comme ne répondant à aucune justification réelle et sérieuse, alors que les mêmes raisons d'appliquer la prescription abrégée existaient de même manière dans les deux cas.

Le seul précédent datant de 1882 (Civ. 21 mars 1882, DP 1883, p. 61) n'était pas d'un grand secours, alors même que le régime des incapables majeurs avait été profondément modifié.

Par ailleurs, deux décisions rendues en matière de mariage et de donation, avaient, par un motif très général, fait de la prescription abrégée de l'article 1304 le droit commun en matière de nullité pour vice du consentement (Civ, 1re, 17 novembre 1958, D. 1959, 18, note Holleaux et Civ, 1re, 19 avril 1961, D. 1961, 418).

Si le testament apparaissait à certains, comme une « étrangeté philologique » au regard du sens généralement attribué à ce terme, n'évoquait-on pas pourtant indifféremment le « consentement » du testateur, sa « volonté » saine et libre ou altérée, de sorte que la distinction entre « volonté » et « consentement »perdrait en la matière toute justification ?

En soumettant l'action en nullité d'un testament à la prescription abrégée de l'article 1304 du Code civil, la 1re chambre civile a entendu délibérément mettre fin aux inconvénients

majeurs résultant de la dissociation des deux catégories de libéralités et uniformiser le régime de prescription qui leur est applicable, alors qu'aucun obstacle véritable ne s'y opposait et qu'un sérieux impératif de sécurité juridique se faisait sentir.

D. Incapacités

Mineur – Défense des intérêts du mineur en justice – Désignation d'un administrateur ad hoc – Compétences respectives du juge des tutelles et du juge d'instruction saisi de faits commis volontairement sur la personne du mineur pour procéder à cette désignation

1re chambre civile, 25 octobre 2005 (Bull. nº 390)

Cet arrêt précise les compétences respectives du juge des tutelles et du juge d'instruction pour désigner un administrateur ad hoc aux fins de représenter le mineur dans une instance pénale, lorsque le juge d'instruction est *« saisi de faits volontairement commis à l'encontre d'un mineur »*, ce qui correspond à la situation prévue par l'article 706-50 du Code de procédure pénale.

Ce texte, issu de la loi nº 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles, qui a remplacé l'ancien article 87-1 du Code de procédure pénale, dispose que *« Le procureur de la République ou le juge d'instruction, saisi de faits commis volontairement à l'encontre d'un mineur, désigne un administrateur ad hoc lorsque la protection des intérêts de celui-ci n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux ou l'un d'entre eux. L'administrateur ad hoc assure la protection des intérêts du mineur et exerce, s'il y a lieu, au nom de celui-ci les droits reconnus à la partie civile. En cas de constitution de partie civile, le juge fait désigner un avocat d'office pour le mineur s'il n'en a pas déjà choisi un. Les dispositions qui précèdent sont applicables devant la juridiction de jugement »*. La mission ainsi confiée à l'administrateur ad hoc ne se limite pas à la représentation judiciaire du mineur mais porte sur l'accompagnement de l'enfant tout au long de la procédure pénale.

Le pourvoi posait la question de l'articulation entre ces dispositions et les règles de droit commun édictées par l'article 388-2 du Code civil qui, *« lorsque, dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux »*, donne compétence au juge des tutelles dans les conditions définies par l'article 389-3 du même code ou, à défaut, au juge saisi de l'instance, pour désigner un administrateur ad hoc *« chargé de le représenter »*. En l'espèce, le père de deux mineures avait été mis en examen pour des faits de viols et de violences commis sur ses filles. Le juge des tutelles avait procédé, sur le fondement de l'article 388-2 du Code civil, à la désignation du Bâtonnier en qualité d'administrateur ad hoc pour représenter les mineures dans la procédure pénale, estimant qu'il existait une opposition d'intérêts entre l'administratrice légale et ses deux filles. La demanderesse au pourvoi soutenait que l'article 706-50 du Code de procédure pénale conférait au juge d'instruction une compétence exclusive de celle du juge des tutelles pour procéder à cette désignation.

La Chambre criminelle avait admis, dans un arrêt du 28 février 1996 (Bull. nº 98) la possibilité pour une juridiction pénale de désigner un administrateur ad hoc sur le fondement de l'article 388-2 du Code civil. Dans un autre arrêt du 4 décembre 1996 (Bull. nº 446), elle avait

également décidé que le magistrat instructeur et la juridiction de jugement, saisis de faits de viols et d'agressions sexuelles sur mineure reprochés au concubin de la mère, conservaient *« la faculté de désigner en tant que de besoin, conformément aux dispositions de ce texte qui ne sont pas limitatives, un administrateur ad hoc chargé de représenter la victime »*. Ces deux décisions concernaient des faits non visés par l'article 87-1 du Code de procédure pénale, alors en vigueur, puisque les administrateurs légaux n'étaient pas les auteurs des mauvais traitements. On pouvait donc en déduire que les règles du droit commun avaient vocation à s'appliquer aux situations qui n'étaient pas régies par ce texte spécial.

L'arrêt rapporté, qui statue sur la portée du nouvel article 706-50 du Code de procédure pénale au regard des règles de droit commun posées par les articles 388-2 et 389-3 du Code civil, rejette le pourvoi en affirmant que les dispositions de l'article 706-50 du Code de procédure pénale *« ne sont pas exclusives, en l'absence de décision du juge d'instruction ou du procureur de la République, de celles de l'article 388-2 du Code civil, de portée générale, qui autorisent le juge des tutelles à procéder à cette désignation dès lors que l'opposition d'intérêts a été constatée »*.

La Première chambre civile considère que le juge des tutelles, dont la mission est de veiller à la protection des intérêts des mineurs, demeure compétent, en vertu des dispositions civiles de droit commun, pour procéder à la désignation d'un administrateur ad hoc, en cas d'inaction du juge d'instruction ou du procureur de la République, dès lors qu'il constate une opposition d'intérêts entre le mineur et ses représentants légaux. L'exigence d'une absence de décision du juge d'instruction ou du procureur de la République permet d'éviter les conflits de compétence.

L'arrêt rappelle que l'opposition d'intérêts entre le mineur et ses administrateurs légaux est une question de fait appréciée souverainement par les juges du fond. Ce critère posé par les articles 388-2 et 389-3 du Code civil ne coïncide pas avec celui, plus souple, de l'article 706-50 du Code de procédure pénale qui prévoit la désignation d'un administrateur ad hoc lorsque la protection des intérêts du mineur n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux.

Il précise également que l'obligation de choisir un administrateur ad hoc sur la liste prévue par l'article R. 53 du Code de procédure pénale n'existe que pour le juge d'instruction et le procureur de la République qui agissent sur le fondement de l'article 706-50 du Code de procédure pénale et non pour le juge procédant à cette désignation en application des articles 388-2 et 389-3 du Code civil, l'article 1210-1 du nouveau Code de procédure civile n'énonçant qu'une simple faculté de choisir l'administrateur ad hoc sur cette liste.

L'arrêt rapporté met ainsi en évidence la difficulté de mise en œuvre de ces dispositions qui instituent deux régimes distincts de l'administrateur ad hoc.

E. Nom

Loi du 6 fructidor an II – Article 4 – Violation – Sanction – Détermination

Chambre commerciale, 22 mars 2005 (Bull. nº 69)

Aux termes de l'article 4 de la loi du 6 fructidor an II, « *Il est expressément défendu à tous fonctionnaires publics de désigner les citoyens dans les actes autrement que par le nom de famille et les prénoms portés en l'acte de naissance* ».

Par arrêt du 24 janvier 2001, la Troisième chambre civile a cassé, au visa de l'article 648-4 du nouveau Code de procédure civile, le jugement prononçant l'annulation d'une assignation au motif qu'elle avait été délivrée à sa destinataire sous son nom d'épouse, alors que cette mention ne laissait aucun doute quant à l'identité de la destinataire (Bull. nº 9).

Dans un arrêt du 6 février 2001, la Première chambre civile de la Cour de cassation, quant à elle, a cassé, au visa de l'article 4 de la loi précitée, le jugement qui avait refusé d'accueillir la demande d'annulation d'un avis à tiers-détenteur alors que cette demande était fondée sur le fait que sa destinataire était désignée sous son nom d'épouse et non sous son nom de famille (Bull. nº 25).

Bien que l'arrêt de la Troisième chambre civile ne soit pas rendu sur le fondement de l'article 4 de la loi du 6 fructidor an II, ce que peut expliquer la qualité de l'autorité à l'origine de l'acte en cause dans cette affaire, les orientations prises dans ces deux arrêts laissaient poindre une divergence d'appréciation sur le mode de désignation des femmes mariées dans les actes les concernant.

Il a été mis fin à cette incertitude par l'arrêt rendu le 17 mars 2004 par la Chambre commerciale, financière et économique, dans lequel cette chambre a précisé que la règle de l'article 4 de la loi du 6 fructidor an II n'est pas prescrite à peine de nullité (Bull. nº 57). L'arrêt du 22 mars 2005 ne fait, dès lors, que rappeler que la désignation d'une femme mariée sous son nom d'épouse ne peut donner lieu à la remise en cause de la validité de l'acte qui lui est destiné au motif qu'il porte cette mention.

II – DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Droit du travail

• La partie introductive du rapport annuel 2004 (cf p. 209) consacrée aux arrêts rendus cette année là par la Chambre sociale mettait l'accent sur la notion de « *raisonnable* » et de « *jurisprudence du raisonnable* » ; elle évoquait notamment la Convention nº 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT), dont plusieurs articles se réfèrent à ces notions, et dont le Conseil d'Etat, à l'occasion de la contestation du « contrat nouvelles embauches », a fait application dans sa décision du 19 octobre 2005 en estimant que la période de deux ans pendant laquelle est écartée l'application des dispositions de droit commun relatives à la procédure de licenciement et aux motifs pouvant la justifier était « *raisonnable* » au sens du b) du paragraphe 2 de l'article 2 de cette Convention.

Ce concept du raisonnable, dans l'application non seulement des délais mais plus généralement de toutes les règles de droit, peut aussi se relier, en matière de droit des contrats, à une norme fondamentale directement issue du Code civil, à savoir le principe de bonne foi contractuelle qui, combiné avec l'article 1135 du même code, suivant lequel les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature, doit gouverner la conclusion, l'application et la fin de tous les contrats, y compris le contrat de travail.

La loi du 17 janvier 2002 a encore renforcé la portée en droit du travail de cette norme capitale, sinon fondatrice, du droit contractuel, en insérant dans le Code du travail un article L. 120-4 ainsi rédigé : « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ».

La Chambre sociale ne s'est jamais départie d'une attention vigilante quant au respect de ce principe et a entendu, au cours de l'année 2005, le rappeler avec insistance en particulier dans deux arrêts du 23 février 2005 (Bull. nº 64), qui font l'objet d'un commentaire détaillé ci-après auquel on renverra (cf A. « Contrat de travail, organisation et exécution du travail », 2. « Droits et obligations des parties au contrat de travail »). On soulignera simplement deux éléments importants : d'une part, la bonne foi est toujours présumée, d'autre part, une prérogative de l'employeur vis-à-vis de son salarié ne peut pas être mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle. On ne peut d'ailleurs que se féliciter de ce que, dans une récente instruction DGEFP nº 2006-01 du 23 janvier 2006, l'autorité administrative ait mis l'accent sur le principe de l'exécution de bonne foi des obligations contractuelles à propos, en matière de licenciement économique, de propositions de reclassement à l'étranger, incompatibles, notamment au regard des salaires, avec les attentes légitimes des salariés.

• S'agissant du fonctionnement de la chambre, il est important de souligner que 2005 est la première année d'application de la suppression de la dispense de représentation obligatoire dans les pourvois concernant les affaires prud'homales. Cette généralisation de la représentation obligatoire a commencé à produire ses effets à partir du mois de mars 2005 car elle ne s'applique qu'aux décisions rendues après le 1er janvier.

Les premiers effets sont positifs puisque le nombre de pourvois en matière prud'homale a été limité en 2005 à 5998, contre 8898 en 2004, soit une diminution de 33 %. Il faut cependant rester prudent car, selon toute vraisemblance, la tendance à la diminution du nombre de pourvois en matière prud'homale va s'atténuer avec l'effet retard des demandes d'aides juridictionnelles. Ainsi, sur les trois derniers mois de 2005, la baisse du nombre de pourvois s'est réduite à environ -25 % par rapport au dernier trimestre de 2004 ; en janvier 2006 le nombre de pourvois a même été identique à janvier 2005. Cette diminution du nombre des pourvois, conjuguée à une forte augmentation du nombre d'arrêts et de décisions rendus, a permis à la Chambre sociale d'améliorer sensiblement sa situation. Le nombre des affaires terminées a ainsi atteint 10 283, dont 8526 (contre 7354 en 2004 et 5070 en 2001) par arrêts ou décisions de la chambre, ce qui représente un accroissement de 68 % sur cinq ans. Le délai moyen de jugement est de 1 an 7 mois et 21 jours, contre 1 an 8 mois et 9 jours en 2004, et 1 an et 11 mois en 2001. Le stock des affaires prud'homales est tombé à 8386 en fin d'année contre 12285 à la fin de 2004, soit une diminution de 3899. Plus significatif encore, le stock des affaires distribuables, c'est-à-dire celles dont les délais d'instruction en demande comme en défense sont terminés, s'est réduit à 1074 au 31 décembre 2005, alors qu'il était de 4224 le 31 décembre 2004.

• S'agissant des arrêts les plus significatifs rendu en 2005, ils sont présentés, comme l'an dernier, en sept grandes rubriques : **Contrat de travail, organisation et exécution du travail – Durée du travail et rémunérations – Santé et sécurité au travail – Accords collectifs et conflits collectifs du travail – Représentation du personnel et élections professionnelles – Rupture du contrat de travail – Actions en justice.**

• La première rubrique, à savoir *« Contrat de travail, organisation et exécution du travail »*, comporte tout ce qui concerne sa nature et sa définition au sens large (apprentissage, principaux contrats de travail, statuts particuliers), les prérogatives et devoirs des parties au contrat de travail (pouvoirs de l'employeur quant aux modifications des conditions de travail et du contrat de travail et pouvoir disciplinaire, sanctions, mises à pied..., engagement unilatéral), ainsi que les droits et obligations du salarié. Y figurent aussi les difficultés afférentes aux modifications de la situation juridique de l'employeur et au transfert du contrat de travail (art. L. 122-12 du Code du travail). C'est dans cette rubrique que sont classés les arrêts sus évoqués du 23 février 2005 sur la bonne foi contractuelle dans la relation de travail.

• La deuxième rubrique, à savoir « *durée du travail et rémunérations* », concerne les questions afférentes à la notion de travail effectif, aux heures d'équivalences, aux congés divers, aux accords de réduction du temps de travail, aux rémunérations (en donnant à ce terme le sens large de l'article 141 du Traité CEE, dans sa rédaction résultant du traité d'Amsterdam, c'est-à-dire « *le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier* »), ce qui inclut notamment l'intéressement et les « stocks options ». La protection particulière des rémunérations (AGS, procédures collectives) relève aussi de cette rubrique. On rappellera qu'en raison de l'accroissement du contentieux dans ces matières, une sous-section a été créée à partir de janvier 2005 à la Chambre sociale pour le traiter. C'est dans cette rubrique que sont commentés plusieurs arrêts -1er juin 2005, Bull. nº 18 ; 21 juin 2005, Bull. nº 206 ; 1er décembre nº 03-47 197 ; 9 novembre 2005, nº 03-47 720 – par

lesquels la Chambre sociale a précisé le champ d'application et la portée du principe « à travail égal, salaire égal ».

• La troisième rubrique s'intitule « *santé et sécurité au travail* » et englobe la protection particulière des salariés malades ou accidentés par le fait ou hors le fait du travail, et la maternité. Le statut des salariés handicapés (Cotorep), la médecine du travail, les examens médicaux et le reclassement entrent aussi dans cette rubrique. L'importance des questions traitées à ce sujet est illustrée notamment par un arrêt du 29 juin 2005 (Bull. nº 219) qui pose en principe que l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat vis-à-vis de ses salariés en ce qui concerne leur protection contre le tabagisme dans l'entreprise.

• La quatrième rubrique « *accords collectifs et conflits collectifs du travail* » est relative pour l'essentiel à la négociation, à la conclusion, à la révision, et à la dénonciation des accords, ainsi qu'aux usages, à la grève et à l'application et l'interprétation de conventions collectives. On y trouvera en particulier un commentaire de deux arrêts du 9 novembre 2005 (pourvois nº 03-43 290 et 03-45 774, en cours de publication) relatifs à l'effet rétroactif de l'annulation d'un accord de substitution.

• La cinquième rubrique « *Représentation du personnel et élections professionnelles* » concerne les élections professionnelles et le processus électoral, les représentants syndicaux, les élus des diverses institutions représentatives, leur protection particulière (salariés dits protégés), l'unité économique et sociale (UES) et les établissements distincts. Est notamment commenté dans cette rubrique un arrêt du 16 mars 2005 (Bull. nº 98) qui ouvre au salarié protégé la possibilité de poursuivre la résiliation judiciaire de son contrat de travail.

• La sixième rubrique « *Rupture du contrat de travail* » regroupe toutes les questions relatives à la rupture amiable du contrat de travail, à la prise d'acte de la rupture, à la démission, aux licenciements disciplinaires, pour motifs personnel ou économiques (avec les questions des plans de sauvegarde de l'emploi, ex plans sociaux, et le reclassement..) ainsi que les licenciements liés à une procédure collective. Y figurent notamment des arrêts des 19 janvier 2005 (Bull. nº 11 et 12) par lesquels la chambre a affiné sa jurisprudence en matière de prise d'acte de la rupture par le salarié, ainsi qu'une série d'arrêts du 12 janvier 2006, mais délibérés en 2005, réglant une difficulté en matière de travail dissimulé.

• Enfin la septième rubrique « *Actions en justice* » concerne la saisine des juridictions (CPH, cours d'appel, Cour de cassation), les règles de procédure, la prescription, la règle de l'unicité de l'instance, l'exigence d'impartialité. En ce domaine, deux décisions du 15 mars 2005 (Bull. nº 86 et 89) relatives au champ d'application de la prescription quinquennale et de la prescription trentenaire sont commentées. On signalera également un arrêt du 5 juillet 2005, qui précise que nonobstant le principe de l'oralité des débats, l'appel incident peut être régulièrement formé par dépôt ou envoi au greffe de conclusions valant déclaration d'appel.

A. Contrat de travail, organisation et exécution du travail

1. Emploi et formation

1. Contrat à durée déterminée – Cas de recours interdits – Succession de contrats – Emploi durable lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise

Chambre sociale, 26 janvier 2005 (Bull nº 21)

Sur une période de deux ans une société avait conclu avec une même personne cent quatre contrats à durée déterminée successifs ayant pour objet de remplacer dans leurs fonctions de « receveurs » de péages des salariés absents. Cette affaire a conduit la Chambre sociale de la Cour à se prononcer de nouveau sur la question controversée de l'étendue du droit, reconnu à l'employeur par l'article L. 122-3-10 du Code du travail, de conclure des contrats à durée déterminée successifs pour remplacer des salariés temporairement absents, au regard de l'interdiction faite par l'article L. 122-1 alinéa 1er du Code du travail de recourir au contrat à durée déterminée lorsqu'il a pour objet ou pour effet « de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ».

S'agissant des contrats à durée déterminée d'usage, dont la reconduction illimitée est, comme pour les contrat à durée déterminée « de remplacement » d'un salarié, autorisée par l'article L. 122-3-10 du Code du travail, la Chambre sociale a récemment abandonné la référence à l'article L. 122-1, en consacrant l'autonomie du régime juridique de ces contrats, l'office du juge se limitant en la matière, au contrôle, au niveau du secteur d'activité défini, de l'existence effective d'un usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée pour l'emploi concerné (Soc., 26 novembre 2003, pourvois nº 01-44 263, 01-44 381, 01-42 977, 01-47 035, Bull. nº 298, rapport annuel 2003 p. 327). La rédaction même de l'article L. 122-1-13 (du Code du travail, qui se réfère à la fois au secteur d'activité, à l'existence d'un usage constant et au caractère temporaire des emplois, justifiait une telle évolution de la jurisprudence.

Aucune garantie comparable n'existant pour les contrats à durée déterminée de remplacement, la Chambre sociale a entendu maintenir sa jurisprudence selon laquelle la faculté légale de conclure des contrats successifs de remplacement est limitée par l'interdiction de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise posée par l'article L. 122-1 précité du Code du travail. Certes, un tel emploi n'est parfois pas aisé à déterminer, mais en l'espèce la répétition même des contrats pour la même fonction et sur une période aussi longue faisait apparaître qu'en réalité l'employeur était face à un besoin structurel de main-d'œuvre ; et il ne peut être admis qu'un employeur ait recours de façon systématique à des contrat à durée déterminée de remplacement pour faire occuper un poste qui pourrait durablement être pourvu par l'embauche de salariés sous contrat à durée indéterminée.

Cette solution n'est en elle-même pas nouvelle. Ainsi il a déjà été jugé qu'une salariée qui effectuait toujours des tâches identiques avec la même qualification pour remplacer les salariés absents, la régularité des absences entraînant un renouvellement systématique des engagements conclus avec elle, avait été engagée pour occuper durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (Soc., 29 septembre 2004, Bull. nº 232). De même, une salariée ayant conservé, pendant quatre années d'activité et quatre-vingt quatorze contrats, la

même qualification et le même salaire quel que soit le remplacement assuré, occupait en réalité un emploi permanent de l'entreprise (Soc., 4 décembre 1996, Bull. nº 414). Mais l'intérêt de l'arrêt du 26 janvier 2005 est de faire apparaître la notion de besoin structurel de main d'œuvre impliquant des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

2. Contrat à durée déterminée – Contrat conclu pour remplacer un salarié absent – Terme du contrat – Détermination

Chambre sociale, 9 mars 2005 (Bull nº 81)

L'article L. 122-1-1 du Code du travail autorise le recours au contrat de travail à durée déterminée pour remplacer un salarié absent ; dans ce cas, ainsi que l'indique expressément l'article L. 122-1-2, III, le contrat peut ne pas comporter de terme précis – pour tenir compte de l'incertitude sur la durée du remplacement nécessaire, notamment en cas de maladie du salarié remplacé – mais il doit alors être conclu pour une durée minimale et a pour terme la fin de l'absence du salarié remplacé ou la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu.

Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, un contrat à durée déterminée avait été conclu avec un salarié pour remplacer une salariée en congé de maternité. Ce congé de maternité ayant été suivi immédiatement par un congé parental d'éducation, le contrat du remplaçant s'était poursuivi.

Le salarié remplaçant, se fondant sur la poursuite de son contrat de travail au-delà de l'expiration du congé légal de maternité, considérait qu'il était désormais lié à son employeur par un contrat à durée indéterminée, qualification effectivement retenue par les juges d'appel.

L'employeur soutenait au contraire que le terme du contrat à durée déterminée du remplaçant devait être fixé au retour de la salariée absente, soit en l'espèce à la fin de son congé parental, conformément à l'article L. 122-1-2, III du Code du travail qui vise expressément la fin de l'absence du salarié remplacé.

Une option s'offrait à la Chambre sociale : soit considérer que le terme du contrat était la fin du congé de maternité ; soit considérer que le contrat à durée déterminée avait pour terme le retour effectif de la salariée absente.

C'est cette dernière solution que la Chambre sociale retient en prenant en considération la finalité du contrat de remplacement : le remplacement n'est plus justifié dès lors que le poste de travail est à nouveau occupé par le retour du salarié absent ; a contrario, ce remplacement est nécessaire tant que le salarié absent ne regagne pas son poste. À l'occasion d'un précédent arrêt, la Chambre sociale avait déjà expressément retenu que le terme du contrat de travail à durée déterminée conclu pour remplacer un salarié absent était la fin de l'absence du salarié remplacé (Soc., 17 décembre 1997, Bull. nº 447), et un arrêt du 18 février 2003 (pourvoi nº 01-41 334) avait précisé que le contrat de travail à durée déterminée conclu pour remplacer un salarié absent pour cause de maladie a pour terme la fin de l'absence de ce salarié, laquelle comprend la période de maladie stricto sensu et la période de congé maternité qui s'en était suivie.

3. Contrat à durée déterminée – Requalification par le juge – Effets – Indemnité de requalifcation – Pluralité de contrats irréguliers – Portée

Chambre sociale, 25 mai 2005 (Bull. nº 175)

Par cet arrêt, la Cour de cassation, après avoir posé le principe d'une indemnité de requalification unique en cas de requalification de plusieurs contrats de travail à durée déterminée successifs, précise que, dans cette hypothèse, la rupture de la relation de travail s'analyse en un licenciement et que le salarié ne peut prétendre qu'aux indemnités dues au titre de cette rupture. La cour d'appel, qui avait accordé des indemnités au titre des ruptures de chaque contrat à durée déterminée requalifié, est ainsi censurée.

L'analyse retenue reprend l'interprétation de l'article L. 122-3-13 du Code du travail dégagée dans un avis en date du 24 janvier 2005 (Bull. nº 2) pour l'indemnité de requalification et l'étend aux indemnités dues au titre de la rupture du contrat de travail. Une solution identique a été adoptée s'agissant de l'application de l'article L. 124-7-1 du Code du travail, qui définit les conditions de l'action en requalification en matière de travail temporaire (Soc., 30 mars 2005, Bull. nº 116 v. infra rubrique A 4-2 b).

4. Contrat à durée déterminée – Requalification par le juge – Effets – Indemnité de requalification – Calcul – Salaire de référence

Chambre sociale, 17 juin 2005 (Bull nº 204)

L'article L. 122-3-13 du Code du travail prévoit qu'en cas de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, le juge doit accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire.

Le salaire de référence permettant de déterminer le montant de l'indemnité de requalification correspond-il au salaire perçu par le salarié lors de l'événement qui justifie la requalification ou, comme le soutenait le salarié, le dernier salaire perçu avant la saisine de la juridiction prud'homale ?

Telle était la question posée par le pourvoi dont la Cour de cassation était saisie dans cette espèce.

Si la Chambre sociale, dans un arrêt du 10 juin 2003 (Bull. nº 190 (3)) a précisé que devaient être prises en compte dans le calcul de l'indemnité de requalification les heures supplémentaires accomplies par le salarié, elle n'avait pas à cette occasion défini le salaire de référence pour le calcul de l'indemnité.

L'intérêt de l'arrêt du 17 juin 2005 est de répondre pour la première fois à la question du salaire de référence, en affirmant clairement que l'indemnité de requalification ne peut être inférieure au dernier salaire mensuel perçu par le salarié avant la saisine de la juridiction prud'homale.

Le choix opéré par la Chambre sociale s'explique avant tout par le souci de mettre en œuvre une solution claire et se rapprochant du calcul de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse égale aux salaires des six derniers mois, comme le prévoit l'article L. 122-14-4 du

Code du travail. En cas de salaire comportant des variations mensuelles, il y aura lieu de faire une moyenne sur les six derniers mois pour déterminer le salaire de référence.

2. Droits et obligations des parties au contrat de travail

2-1 Clause de non-concurrence

a) Clause de non-concurrence – Nullité – Action en concurrence déloyale

Chambre sociale, 14 décembre 2005 (pourvoi nº 04-40 561)

La Chambre sociale affirme dans cet arrêt, comme elle l'avait déjà dit dans un arrêt du 28 janvier 2005 (Bull. nº 36), que la nullité de la clause de non-concurrence ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action en responsabilité de l'employeur contre son ancien salarié dès lors qu'il démontre que ce dernier s'est livré à des actes de concurrence déloyale.

b) Clause de non-concurrence – Validité – Contrepartie financière – Défaut

Chambre sociale, 25 mai 2005 (Bull. nº 180)

voir rubrique action en justice, juge des référés

2-2 Clause d'indivisibilité entre deux contrats

Contrat de travail – Clause d'indivisibilité entre deux contrats – Portée – Limites

Chambre sociale 12 juillet 2005 (Bull. nº 244)

Le point essentiel tranché par cet arrêt est celui relatif aux contrats dits « de couple ». La pratique de tels contrats dans certaines professions, notamment les gardiens d'immeuble, les gérants de magasin, et ici dans la direction d'hôtel, est avérée, et la discussion était à nouveau ouverte sur la licéité d'une clause dite d'indivisibilité ou d'interdépendance, insérée dans le contrat de travail, selon laquelle l'un des deux salariés s'engage à cesser ses fonctions en cas de départ de l'autre pour quelle que cause que ce soit.

En l'espèce, en raison de problèmes conjugaux, le conjoint avait démissionné et l'employeur lui avait confié la direction d'un autre établissement. L'épouse fût licenciée, au seul motif de la démission de son mari, en exécution de la clause d'indivisibilité. Devant le juge prud'homal, la salariée contestait la licéité de la clause aboutissant à une résiliation sans motif de son propre contrat de travail.

À l'occasion de cet arrêt, la Chambre sociale rappelle d'abord, sur le fondement de la disposition d'ordre public de l'article L. 122-14-7 du Code du travail, qu'« un salarié ne peut, par avance, renoncer à se prévaloir des règles du licenciement ». Il en résulte qu'en toute hypothèse, l'employeur doit respecter la procédure de licenciement et adresser au salarié une lettre énonçant les motifs de la rupture. La chambre complète et renforce la solution précédemment dégagée par un arrêt du 7 mai 1991 (Bull. nº 221) qui avait énoncé que la mise en jeu, à la suite du divorce des époux, par l'employeur d'une clause de résiliation automatique d'un contrat de couple, s'analysait en un licenciement.

La chambre définit ensuite l'office du juge, lorsqu'il est saisi du litige relatif à une clause dite d'indivisibilité des contrats de couple en énonçant :
1°) qu'il appartient au juge d'apprécier si cette clause est justifiée par la nature du travail à accomplir et proportionnée au but poursuivi et si la poursuite du second contrat de travail était rendue impossible par la rupture du premier ;
2°) que la clause de résiliation « automatique »d'un tel contrat ne dispense pas le juge de rechercher si la rupture a une cause réelle et sérieuse.

La solution d'un arrêt du 18 novembre 1998 (Bull. nº 496), (Dalloz 1999, jurisp. p. 443 note. J. Mouly), qui avait énoncé que « la clause de résiliation du contrat ne dispense pas le juge de rechercher si la rupture a une cause réelle et sérieuse du licenciement » est ainsi reprise. Mais la mission donnée au juge ne porte pas seulement sur la rupture. Il doit, en amont, examiner la clause d'indivisibilité et contrôler sa justification.

La légalité des contrats de couple n'est pas remise en cause, en son principe, par la Chambre sociale. Toutefois, dans la mesure où la clause d'indivisibilité porte atteinte aux règles du licenciement, les stipulations contractuelles peuvent être discutées devant le juge qui doit opérer un « contrôle de proportionnalité » sur la clause d'indivisibilité, contrôle qui s'apparente à celui que le juge opère sur d'autres clauses du contrat de travail.

La clause est-elle justifiée par la nature des deux emplois ? La rupture de l'un d'eux doit-elle nécessairement entraîner la rupture de l'autre contrat ? Il s'agira là d'apprécier *in concreto*, au vu des éléments de fait, si les deux emplois sont réellement indissociables.

2-3 Clause de domiciliation

Chambre sociale, 13 avril 2005 (Bull. nº 134)
Chambre sociale, 12 juillet 2005 (Bull. nº 241)

La Chambre sociale rappelle dans ces deux décisions que le libre choix du domicile est une liberté fondamentale, à laquelle il ne peut être apporté de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché (Soc., 12 janvier 1999, Bull. nº 7).

Elle approuve ainsi, dans l'arrêt du 13 avril 2005, les juges du fond d'avoir déclaré nulle une clause d'obligation de résidence, insérée dans le contrat de travail d'employés d'immeubles, dès lors que ces derniers pouvaient exécuter les tâches confiées aux heures fixées, tout en résidant à l'extérieur de leur lieu de travail.

Et elle considère, dans l'arrêt du 12 juillet 2005, que porte atteinte à la liberté individuelle de l'avocat salarié, la clause du contrat de travail qui lui fait obligation de fixer son domicile au lieu d'implantation du cabinet, en justifiant cette obligation par la seule nécessité « d'une bonne intégration » dans l'environnement local. On peut noter que par un arrêt du 7 février 2006 (pourvoi nº 05-12 113), la Première chambre civile a statué dans le même sens.

2-4 Période d'essai et période probatoire

a) Contrat de travail – Modification – Changement d'emploi – Clause prévoyant une période d'essai – Période probatoire – Effets

Chambre sociale, 30 mars 2005 (Bull. nº 107)
Chambre sociale, 30 mars 2005 (Bull. nº 108)
Chambre sociale, 30 mars 2005 (Bull. nº 109)

L'employeur, à l'occasion d'un changement de fonctions, peut-il imposer au salarié une période d'essai et, s'il estime que l'essai n'a pas été concluant, rompre le contrat de travail sans respecter les règles du licenciement des articles L. 122-4 et suivants du Code du travail ?

La période d'essai étant destinée à permettre l'appréciation des aptitudes du salarié, la Chambre sociale a, dans plusieurs arrêts, précisé qu'elle se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail et ne peut être instituée en cours d'exécution du contrat (Soc., 16 juillet 1987, Bull. nº 484 (1) ; Soc., 25 février 1997, Bull. nº 83).

Tirant toutes les conséquences de ce principe, elle a notamment déjà jugé qu'un stage effectué en vue d'une promotion professionnelle en cours d'exécution du contrat de travail ne constituait pas une période d'essai (Soc., 14 novembre 1990, Bull. nº 552) ; de même il ne peut être imposé au salarié muté sur un emploi correspondant à sa nouvelle classification une nouvelle période d'essai qui aurait pour effet de permettre à l'employeur de rompre le contrat de travail de son salarié sans avoir à justifier d'aucun motif (Soc., 17 février 1993, Bull. nº 55 (3)).

La seule possibilité d'imposer au salarié un nouveau contrat et une période d'essai en cas de changement de fonctions a été admise dans le cadre d'une novation des rapports contractuels (Soc., 17 mars 1993, pourvoi nº 89-45 508). Mais la novation, sans être exclue a priori, doit être utilisée avec prudence en matière de contrat de travail compte tenu du rapport inégalitaire des parties.

La Chambre sociale a donc décidé par les trois arrêts du 30 mars 2005, qui ont fait l'objet d'une audience thématique, que la période d'essai en cours de contrat est illicite ; même si une clause claire et précise le prévoit, le salarié ne peut valablement renoncer pendant la durée du contrat, par avance, au droit de se prévaloir des règles du licenciement.

Mais pour autant, dans le souci de tenir compte des besoins raisonnables d'une entreprise en matière d'appréciation de la capacité d'un salarié à occuper un autre poste, notamment à l'occasion d'une promotion professionnelle, la Chambre sociale admet que le salarié soit soumis à une période probatoire.

La période probatoire au cours de la relation contractuelle de travail ne se confond pas avec la période d'essai prévue au début du contrat de travail ; sans doute a-t-elle pour finalité de vérifier que le salarié est apte à remplir ce nouvel emploi ; mais à la différence de ce qui se passe pour la période d'essai, le salarié qui ne donne pas satisfaction doit être rétabli dans ses anciennes fonctions et ne peut être licencié au seul motif que la période probatoire n'a pas été concluante.

Cette solution s'efforce donc de concilier la nécessité de ne pas faire supporter au seul salarié le risque d'une éventuelle erreur de jugement de l'employeur sur sa capacité à occuper ce nouvel emploi, et les besoins légitimes de l'entreprise.

b) Contrat de travail – Période d'essai – Fixation en jours – Décompte en jours calendaires

Chambre sociale, 29 juin 2005 (Bull. nº 220)

Cette décision revient sur la jurisprudence antérieure (Soc., 18 juin 2002, pourvoi nº 00-44 553 ; Soc., 13 juillet 1999, pourvoi nº 97-41 646 ; Soc., 25 janvier 1989, Bull. nº 74) qui distinguait les délais exprimés en jours, qui se décomptaient en jours travaillés, des délais exprimés en mois ou en semaines qui se décomptaient en jours calendaires, et harmonise les règles de computation des délais de la période d'essai.

Le décompte en jours travaillés a pour effet d'exclure les jours non travaillés, comme par exemple les jours fériés, de la durée de la période d'essai et donc d'allonger celle-ci. La jurisprudence sus évoquée reposait sur l'idée que seules les périodes d'essai de courte durée étaient fixées en jours et que pour respecter la finalité de la période d'essai, qui est de permettre aux parties au contrat de travail de s'apprécier mutuellement, il était nécessaire que tous les jours prévus pour l'essai soient travaillés ; cette jurisprudence avait été élaborée dans des hypothèses où le salarié avait été engagé par contrat à durée déterminée prévoyant une période d'essai le plus souvent inférieure à 15 jours ; cependant, comme le montre l'arrêt du 29 juin 2005, des périodes d'essai supérieures ou égales à un mois peuvent être prévues ; dès lors convenait-il de retenir une règle de computation différente selon que la durée de la période d'essai exprimée en jours était plus ou moins longue, ce qui supposait au préalable de fixer la frontière entre une période d'essai courte se décomptant en jours travaillés et une période d'essai longue se décomptant en jours calendaires ?

La Chambre sociale a choisi, dans un souci de simplification et de sécurité juridique, de retenir une règle unique applicable quels que soient la durée et le mode de décompte de la période d'essai.

Bien entendu cette interprétation ne vaut qu'à défaut de disposition légale, conventionnelle ou contractuelle particulière prévoyant un calcul de la période d'essai en jours travaillés, mais il faudra que la stipulation soit claire et précise.

c) Contrat de travail – Rupture en cours d'essai – Date – Manifestation de l'employeur – Envoi de la lettre recommandée notifiant la rupture

Chambre sociale, 11 mai 2005 (Bull. nº 159)

Par cet arrêt, rendu en matière de période d'essai assortissant un contrat de travail, la Chambre sociale juge que la date de la rupture des relations contractuelles est celle à laquelle l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant la rupture. Elle rejette par conséquent le pourvoi formé contre un arrêt ayant constaté, pour écarter la demande indemnitaire du salarié, l'envoi d'une telle lettre avant la date d'expiration de la période d'essai.

Or, il était précédemment jugé que si la rupture par l'employeur du contrat de travail d'un salarié pendant la période d'essai n'était pas assujettie aux règles du licenciement, la volonté de l'employeur ne pouvait cependant produire effet qu'à partir du moment où elle avait été portée à la connaissance du salarié (théorie des actes dits « réceptrices »). Dès lors, c'était la date de première présentation de la lettre recommandée au salarié qui permettait de déterminer si la rupture s'était produite avant ou après l'expiration de la période d'essai (Soc. 14 mars 1995, pourvoi nº 91-43 658).

Mais par un arrêt du 28 janvier 2005 (Bull. nº 1) l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a consacré, dans le domaine du licenciement des salariés victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle, une solution opposée en retenant la date d'expédition de la lettre de licenciement. Elle énonce, en effet, qu'il résulte de la combinaison des articles L. 122-14-1 et L. 122-32-2 du Code du travail que lorsque la lettre de licenciement a été envoyée au salarié avant qu'il ne soit victime d'un accident du travail, la circonstance que cette lettre ne lui soit parvenue qu'au cours de la période de suspension de son contrat de travail consécutive à l'accident n'a pas pour conséquence de rendre nul le licenciement précédemment prononcé, dont l'effet est reporté à l'expiration de la période de suspension. Fondée sur l'idée que le jour de la rupture est celui de la manifestation de la volonté de rompre le contrat de travail, cette décision fait ainsi produire ses effets au licenciement en tant qu'acte juridique unilatéral.

De son côté, la Cour de Justice des Communautés Européennes a rendu pratiquement à la même date, le 27 janvier 2005 (C-188/03, Irmtraud Junk c/ Wolfgang Kühnel), une décision dans le même sens. En effet, après avoir rappelé que la notion de « licenciement » visée aux articles 2 à 4 de la directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, doit recevoir une interprétation autonome et uniforme dans l'ordre juridique communautaire, la CJCE a dit pour droit que les deux articles précités doivent être interprétés en ce sens que l'événement valant licenciement est constitué par la manifestation de la volonté de l'employeur de résilier le contrat de travail.

En jugeant que la rupture du contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant la rupture, la Chambre sociale adapte donc à la rupture de la période d'essai la solution dégagée par les deux décisions précitées en matière de licenciement.

d) Contrat de travail – Période d'essai – Rupture – Nullité – Discrimination

Chambre sociale, 16 février 2005 (Bull. nº 52)

Il est admis en jurisprudence que la rupture unilatérale du contrat de travail par l'employeur au cours de la période d'essai relève de son pouvoir discrétionnaire, sous réserve d'abus (Soc., 5 mai 2004, pourvoi nº 02-41 224). Une telle solution exclut-elle l'application, à la rupture de la période d'essai, du régime de la nullité pour discrimination édicté à l'article L. 122-45 du Code du travail ? Telle était la question posée à la Chambre sociale.

L'article L. 122-4 du Code du travail prévoit certes que les règles relatives à la cessation, à l'initiative d'une des parties contractantes, du contrat de travail conclu sans détermination de

durée ne sont pas applicables pendant la période d'essai, ce dont il a été déduit que la période d'essai ne se trouve pas régie par les règles du licenciement (Soc., 5 octobre 1978, Bull. nº 644).

Cependant, d'abord, la résiliation du contrat de travail en cours d'essai est déjà effectivement soumise, dans certains cas, aux règles du licenciement et au régime des nullités prévues par des textes protecteurs : ainsi en va-t-il pour les salariés victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle (Soc., 12 mai 2004, pourvoi nº 02-41 224), et pour les règles de forme de la procédure disciplinaire en cas de rupture pour faute (Soc., 10 mars 2004, pourvoi nº 01-44 750).

Ensuite, l'article L. 122-45 du Code du travail, texte inspiré par un principe fondamental du droit européen et national, inséré dans une section spéciale du Code du travail et ayant une portée générale, a pour finalité de lutter contre les diverses formes de discriminations dans le droit du travail, à l'occasion des différentes étapes de l'exécution du contrat de travail : procédure de recrutement, accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, sanction, licenciement, « mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat ». Son champ d'application est donc large, et sa sanction énergique puisqu'il dispose in fine que toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit. Et un courant doctrinal considère que les motifs discriminatoires de rupture n'ayant pas de rapport avec la finalité de la période d'essai, on ne se trouve plus alors sur le terrain de l'abus mais sur celui du comportement illicite visé à l'article L. 122-45.

C'est dans ce contexte que la Chambre sociale avait à se prononcer sur une rupture de période d'essai dont la cour d'appel avait constaté qu'elle était motivée par le souhait manifeste de l'employeur d'écarter un salarié dont les récents problèmes de santé lui laissaient craindre des absences répétées dans l'avenir.

Or, il est constamment jugé que le licenciement à raison de l'état de santé du salarié sans constat préalable d'inaptitude par le médecin du travail est nul, et que cette nullité emporte droit à réintégration dans l'emploi ou dans un emploi équivalent (Soc., 24 mai 2004, pourvoi nº 02-41 325).

La chambre décide donc pour la première fois, par l'arrêt rapporté, que « les dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail sont applicables à la période d'essai ». Elle approuve en conséquence la cour d'appel d'avoir accordé au salarié une indemnité en réparation du préjudice résultant du caractère illicite de la rupture.

Cette décision, en élargissant le champ d'application du régime des nullités pour discrimination, contribue à en accroître l'effectivité.

Elle doit être mise en regard de deux arrêts plus récents par lesquels la chambre a aussi décidé de faire jouer au profit d'un médecin du travail et d'un conseiller du salarié, au cours de la période d'essai, les dispositions légales qui assurent une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun à certains salariés, en raison du mandat ou des fonctions qu'ils exercent dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs (Soc. 26 octobre 2005, 2 arrêts, pourvois nº 03-44585 et nº 03-44751, en cours de publication, voir ci-dessous).

e) Contrat de travail – Période d'essai – Salariés protégés – Statut protecteur – Application

Chambre sociale, 26 octobre 2005, (Bull. nº 306)

voir infra rubrique Protection des représentants du personnel

2-5 Modification du contrat de travail

Contrat de travail – Modification de la rémunération – Défaut – Maintien de la rémunération après la réduction légale du temps de travail.

Chambre sociale, 12 juillet 2005 (Bull. nº 242)

Par cet arrêt, la Chambre sociale tranche un aspect de la question, très controversée, de la modification du contrat de travail par suite de la mise en œuvre de la réduction du temps de travail.

En l'espèce, dans le cadre de l'application de la loi du 19 janvier 2000 réduisant la durée légale hebdomadaire du travail à 35 heures, l'employeur avait maintenu la durée effective du travail à 39 heures par semaine, les salariés percevant, outre leur salaire antérieur, une bonification pour les heures effectuées de la 36e à la 39e heure.

Les salariés reprochaient à leur employeur une modification unilatérale de leurs contrats de travail résultant d'une baisse de la rémunération de base afférente à la durée légale de travail, le salaire de base afférent à 35 heures étant inférieur à celui antérieurement perçu pour 39 heures et la différence étant constituée par des heures supplémentaires payées comme telles.

L'arrêt du 12 juillet 2005 rejette le pourvoi des salariés et considère qu'il n'y a pas de modification du contrat de travail dans cette hypothèse, la rémunération globale perçue étant inchangée.

Il convient de rappeler qu'en l'état de la jurisprudence, constitue en revanche une modification du contrat de travail ne pouvant intervenir sans l'accord du salarié la réduction de la rémunération proportionnelle à la réduction de la durée du travail, que cette réduction intervienne par suite d'une décision unilatérale de l'employeur (Soc., 24 mars 2004, Bull. nº 98) ou en application d'un accord collectif (Soc., 27 mars 2001, Bull. nº 109).

2-6 Pouvoir de direction de l'employeur

Contrat de travail – Clause de mobilité – Mise en œuvre – Intérêt de l'entreprise – Preuve – Bonne foi contractuelle

Chambre sociale, 23 février 2005 (Bull nº 64)

Par ces deux arrêts la Chambre sociale a souhaité clarifier les obligations des parties au contrat de travail en matière d'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction et de refus par le salarié de l'accepter.

Il résulte d'une jurisprudence bien établie de la Chambre sociale que la mutation du salarié en application d'une clause de mobilité de son contrat de travail relève du pouvoir de direction de l'employeur (Soc., 30 septembre 1997, Bull. nº 289 ; Soc., 10 juin 1997, Bull. nº 210) tout

comme la simple modification des conditions de travail. Et on rappellera la distinction fondamentale que fait la Chambre sociale entre le changement des conditions de travail, qui relève du pouvoir de direction de l'employeur, et la modification du contrat de travail, que l'employeur ne peut imposer à son salarié (Soc., 23 janvier 2003, Bull. nº 15 ; Soc., 14 novembre 2000, Bull. nº 365 ; Soc., 28 janvier 2005, Bull. nº 35, ce dernier arrêt précisant qu'en matière de modification du contrat de travail le juge doit rechercher si la nécessité de cette modification est justifiée, solution qui s'explique pas le fait qu'il n'entre pas dans les pouvoirs d'un employeur de modifier unilatéralement un contrat de travail).

Inhérent aux prérogatives de l'employeur, l'exercice de son pouvoir de direction est soumis à l'obligation générale de bonne foi qui, en vertu de l'article 1134 du Code civil, préside à l'exécution de tous les contrats, y compris du contrat de travail (art. L. 121-1 du Code du travail, étant observé que la loi du 17 janvier 2002 a encore renforcé la portée en droit du travail de cette norme fondamentale du droit des contrats en insérant dans le Code du travail un article L. 120-4 ainsi rédigé : « Le contrat de travail est exécuté de bonne foi »).

Toutefois, sauf disposition légale contraire, en tous domaines la bonne foi est « toujours présumée », pour reprendre les termes mêmes de l'arrêt Picot rendu le 5 novembre 1913 par la chambre civile de la Cour de cassation (Bull. nº 190) qui a donné à l'article 2268 du Code civil une portée générale jamais démentie depuis ; la Chambre sociale l'a d'ailleurs encore rappelé le 13 octobre 2004 (Bull. nº 261). S'agissant de la modification des conditions de travail d'un salarié, la bonne foi suppose certes que cette modification est conforme à l'intérêt de l'entreprise, mais cette conformité est présumée en tant qu'élément de la bonne foi contractuelle. Le juge n'a dès lors pas à procéder à une recherche de cette conformité sur le simple refus du salarié d'accepter la modification, ce qui reviendrait d'ailleurs d'une certaine façon à méconnaître le principe posé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt SAT du 8 décembre 2000 (Bull. nº 11), principe suivant lequel il n'appartient pas au juge de contrôler le choix fait par l'employeur entre les solutions possibles, et, en tout cas, de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise et de présumer l'employeur de mauvaise foi dans l'exercice de son pouvoir de direction. Et on sait que ce principe a été encore renforcé par la décision nº 2001-455 du Conseil Constitutionnel du 12 janvier 2002 censurant une disposition légale relative à une nouvelle définition du licenciement économique si restrictive qu'elle revenait, suivant les termes mêmes du juge constitutionnel, à substituer l'appréciation du juge à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles (cf considérant nº 49 de cette décision).

Le salarié qui conteste la décision de l'employeur modifiant ses conditions de travail, ou bien mettant en œuvre une clause de mobilité prévue par le contrat, doit donc démontrer, conformément aux règles relatives à la charge de la preuve, soit que la décision a été prise pour des raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise, soit qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle.

S'agissant des raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise, on peut ainsi penser, par exemple, à l'intention d'évincer en fait un salarié de son emploi.

S'agissant de l'exigence d'une mise en œuvre conforme à la bonne foi contractuelle – déjà affirmée clairement par un arrêt du 4 juin 2002 (Bull. nº 188) suivant lequel « l'engagement de la responsabilité contractuelle de l'employeur envers le salarié n'impose pas que l'employeur

ait agi dans le but de nuire au salarié, il suffit qu'il ait manqué à l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail » – est riche de potentialités et allège sensiblement la nature et « l'intensité » de la preuve que doit apporter le salarié pour justifier son refus d'accepter la modification. Il n'est en effet pas nécessaire qu'il démontre un abus de droit ou une légèreté blâmable de son employeur, pour reprendre des formules employées par certains arrêts (par exemple Soc., 11 juillet 2001, Bull. nº 265 ou Soc., 6 février 2001, Bull. nº 41), il suffit qu'il établisse le manquement à la bonne foi. Or cette notion, confortée par l'article 1135 du Code civil, permet au juge, dans sa mission complétive, de prendre en considération des éléments tirés de la situation individuelle de chaque salarié, voire d'une éthique de la solidarité et de la communauté d'intérêts, pour apprécier si la mise en œuvre d'une modification des conditions de travail n'est pas exclusive de la bonne foi contractuelle. On peut ainsi estimer qu'il n'est pas de bonne foi contractuelle d'imposer à un salarié une mutation, même prévue par le contrat de travail, s'il est en situation de fragilité familiale ou de santé (on sait qu'en matière de temps partiel la loi du 19 janvier 2000 – article L. 214-4-3 du Code du travail – légitime le refus d'un changement même prévu par le contrat si le salarié justifie de contraintes de ce type). On attirera aussi l'attention sur la jurisprudence suivant laquelle la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information, à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu (Soc 3 juin 2003, Bull. nº 185, Rapport annuel 2003 p. 295) ; l'exigence de bonne foi contractuelle pourra, dans les cas précités de situation difficile du salarié, permettre d'écarter la légitimité du licenciement fondé sur le refus d'accepter un changement de lieu de travail dans le même secteur géographique.

Pour compléter cet allégement de la nature de la preuve que doit apporter le salarié à l'appui de sa contestation de la décision de l'employeur lui imposant un changement de ses conditions de travail, le premier arrêt, revenant sur la doctrine issue d'un arrêt du 10 juillet 1996 (Bull. nº 278), décide que le refus par le salarié d'un changement de ses conditions de travail, s'il rend son licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, ne constitue pas à lui seul une faute grave. Seules des circonstances particulières – on peut ainsi penser à un refus totalement injustifié au regard de la nature et des conséquences de la modification en jeu – pourront justifier la qualification de faute grave. Un large éventail de solutions est donc ouvert au juge du fond, pouvant même aller, dans des cas où les raisons du salarié de refuser une modification sont particulièrement fortes, jusqu'à la qualification de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Cette évolution de jurisprudence traduit en tout cas la volonté de la Chambre sociale, d'une part, de ne pas entraver l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction en lui imposant de démontrer qu'il est conforme à l'intérêt de son entreprise, d'autre part, de garantir au salarié la possibilité d'établir que la mise en œuvre de ce pouvoir n'est pas conforme à l'exigence fondamentale de bonne foi contractuelle largement entendue.

2-7 Harcèlement moral

Chambre sociale, 23 novembre 2005 (pourvoi nº 04-46 152)
Chambre sociale, 23 novembre 2005 (pourvoi nº 04-41 649)

Reprenant la solution d'un précédent arrêt du 27 octobre 2004 (Bull. nº 267, Rapport annuel 2004 p. 215), la Chambre sociale affirme que l'existence d'un harcèlement moral relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

2-8 Responsabilité du salarié

Compensation entre le salaire et une créance de l'employeur – Sommes dues au titre des outils et instruments nécessaires au travail – Conditions – Faute lourde du salarié

Chambre sociale, 20 avril 2005 (Bull. nº 148)

L'employeur peut-il retenir sur le salaire de son salarié le coût de renouvellement du badge mis à la disposition de ce dernier pour accéder à son lieu de travail et dont la détérioration, imputable au salarié, avait nécessité le remplacement ?

Pour donner une réponse positive à cette question, les juges du fond avaient considéré qu'en vertu de l'article L. 144-1 du Code du travail, une compensation avait pu être opérée entre le salaire dû et le coût du badge dans la mesure où celui-ci était un outil nécessaire au travail.

De fait, l'article L. 144-1 du Code du travail prévoit que : « Aucune compensation ne s'opère au profit des employeurs entre le montant des salaires dus par eux à leurs salariés et les sommes qui leur seraient dues à eux-mêmes pour fournitures diverses, quelle qu'en soit la nature, à l'exception toutefois :
1. Des outils et instruments nécessaires au travail ;
2. Des matières ou matériaux dont le salarié a la charge et l'usage ;
3. Des sommes avancées pour l'acquisition de ces mêmes objets. »

On pouvait se demander si un badge entre dans la catégorie des outils ou instruments nécessaires au travail. La Chambre sociale a ainsi affirmé qu'ont été retenues à tort sur le salaire, les sommes correspondant au coût des vêtements d'un agent de sécurité fournis par l'employeur, ce vêtement étant considéré comme une fourniture diverse n'entrant pas dans les exceptions légales (Soc., 23 janvier 2001, pourvoi nº 98-45 740 ; Soc., 23 janvier 2001, pourvoi nº 98-45 725 à 98-45 730), à une facture de douche jamais réglée par le salarié chef de ventes (Soc., 18 janvier 1995, pourvoi nº 92-43 529), au montant des loyers dus par le salarié en paiement du logement laissé à la disposition par l'employeur, dès lors que ce logement n'est pas l'accessoire du contrat de travail (Soc., 13 octobre 1998, pourvoi nº 96-42 373), à la valeur des collections confiées à un VRP de prêt-à-porter et détériorées lors d'un accident de la circulation (Soc., 3 octobre 1991, pourvoi nº 88-41 109) ou encore à la valeur des marchandises manquantes reprochée à un responsable de magasin (Soc., 4 juin 1996, pourvoi nº 94-43 248).

Mais la Chambre sociale, sans entrer dans cette casuistique, a préféré trancher sur le principe même du droit à compensation en précisant que son exercice suppose que le salarié ait commis une faute lourde.

Laisser à la charge du salarié le coût de remplacement d'un outil, instrument, matière ou matériau, revient en effet à lui faire supporter les conséquences de leur détérioration, c'est-à-dire à se placer sur le terrain de la responsabilité du salarié envers son employeur. Or un salarié ne peut engager sa responsabilité envers son employeur que s'il a commis une faute lourde (Soc., 5 décembre 1996, Bull. nº 424 ; Soc., 11 mars 1998, Bull. nº 135).

La seule exception à l'exigence de la faute lourde concerne les sommes encaissées par le salarié pour le compte de son employeur, et plus généralement les choses mises à sa disposition

pour les besoins de son activité professionnelle, comme par exemple, une voiture de fonction, un téléphone portable ou un équipement informatique ; le salarié est tenu de les restituer à l'employeur et, en cas de refus, engage sa responsabilité même sans faute lourde (Soc., 19 novembre 2002, Bull. n° 344 ; Rapport annuel de la Cour de cassation 2002, p. 360).

2-9 Régime de prévoyance collective obligatoire

Régime de prévoyance obligatoire – Décision unilatérale de l'employeur – Salariés engagés postérieurement

Chambre sociale, 19 octobre 2005 (Bull n° 291)

On connaît l'importance, pour la protection sociale complémentaire des salariés, des régimes de prévoyance collective régis par la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, dite « Loi Evin ». Cette protection, dans les régimes obligatoires, concerne l'ensemble des membres d'une communauté de travail, est exclusive d'une sélection individuelle des risques et assure le maintien du droit aux prestations et des garanties. De telles garanties reposent nécessairement sur une forte mutualisation, sauf à mettre en cause tout l'équilibre même du système et le rapport entre les cotisations et les prestations. La possibilité pour une salarié de ne pas adhérer à un régime obligatoire, ou de s'en retirer pendant la durée de son contrat de travail, est donc écartée par la loi Evin. Mais le salarié doit être informé par une notice d'information détaillée des garanties dont il bénéficie et de leurs modalités d'application (art. 12 de la loi), et l'article L. 911-11 du Code de la sécurité sociale impose la remise d'un écrit à chaque salarié.

Mais quelle doit être la sanction d'une irrégularité dans l'information dont doit bénéficier le salarié ? Peut-il obtenir son retrait du régime, ou seulement des dommages-intérêts ? Telle était la question soulevée par le présent arrêt qui concernait un salarié engagé après la mise en place par décision unilatérale de l'employeur d'un régime de prévoyance collective obligatoire et qui demandait sa radiation au motif que l'information avait été insuffisante.

Prenant en considération les principes fondamentaux qui gouvernent la prévoyance collective obligatoire et qui, comme on l'a évoqué, imposent une forte mutualisation au regard des avantages majeurs dont bénéficient les salariés (en particulier la non sélection individuelle des risques), la Chambre sociale a nettement exclu toute possibilité pour un salarié de se retirer d'un tel régime en raison d'une carence dans l'information dont il doit bénéficier. Par contre il pourra obtenir des dommages et intérêts.

3. Modification dans la situation juridique de l'employeur

Modification dans la situation juridique de l'employeur – Effet – Engagement unilatéral – Transmission

Chambre sociale, 7 décembre 2005 (pourvoi n° 04-44 594, en cours de publication)

La Chambre sociale, aux termes d'une jurisprudence bien arrêtée, décide d'une part qu'en application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, les avantages résultant d'engagements unilatéraux ou d'usages, en vigueur au jour du transfert, se transmettent de plein droit au nouvel employeur (voir, notamment, Soc., 9 octobre 2001, Bull. n° 311 ou encore Soc., 11 décembre 2001, pourvoi n° 99-41 565), d'autre part, que ce dernier ne peut y mettre fin

qu'après les avoir régulièrement dénoncés (voir, notamment, Soc., 4 février 1997, Bull. nº 47 ; Soc. 9 octobre 2001, Bull. nº 311).

La Chambre sociale ne s'était jamais expressément prononcée sur l'étendue de cette obligation qui pèse sur le nouvel employeur.

Par l'arrêt du 7 décembre 2005, elle précise que l'obligation faite au nouvel employeur de maintenir les avantages résultant d'engagements unilatéraux et d'usages en vigueur chez l'ancien employeur ne peut profiter qu'aux seuls salariés repris dont les contrats se poursuivent aux conditions antérieures.

4. Contrats particuliers

4-1 Contrats conclus par les associations intermédiaires

Travail temporaire – Demande en requalification – Exclusion – Cas – Contrat conclu par les associations intermédiaires conventionnées – Condition

Chambre sociale, 23 février 2005 (Bull. nº 71)

Les associations intermédiaires sont des associations ayant pour objet d'embaucher des personnes sans emploi, rencontrant des difficultés sociales et professionnelles en vue de faciliter leur insertion professionnelle. Les articles L. 322-4-16 et suivants du Code du travail organisent le régime juridique spécifique applicable à ces associations qui peuvent exercer leurs activités en concluant, soit des contrats de travail à durée déterminée, soit des contrats de travail temporaire.

La question posée par le pourvoi était celle de savoir si, en dehors de l'application des dispositions de ce régime spécifique, le salarié peut invoquer les règles générales de l'action en requalification d'un contrat de travail temporaire.

La Cour de cassation répond par la négative en rappelant que l'action en requalification des contrats de travail conclus par les associations intermédiaires est soumise à un régime particulier résultant de l'article L. 322-4-16-3 du Code du travail, le droit commun de l'action en requalification du contrat de travail temporaire n'ayant pas vocation à s'appliquer.

L'interprétation stricte de ce texte, qui réserve la sanction civile de l'action en requalification au cas de violation de la durée du contrat de mise à disposition, commande la solution retenue par la Cour de cassation soucieuse de ne pas compromettre la pérennité des associations intermédiaires en ouvrant le champ des actions en requalification.

L'action du syndicat visant à obtenir des dommages-intérêts du fait de la requalification du contrat de travail est, par ailleurs, déclarée recevable en application de l'article L. 411-11 du Code du travail. La Cour de cassation a admis ainsi l'existence de faits portant un préjudice à l'intérêt collectif de la profession. Cette solution s'inscrit dans la logique de la construction jurisprudentielle sur la question du droit d'ester en justice des syndicats professionnels. Ainsi une telle possibilité avait été admise lors de l'exercice par un salarié d'une action tendant à obtenir la requalification de son contrat de VRP à temps partiel en contrat à temps complet (Soc., 11 juillet 2000, Bull. nº 275).

4-2 Travail temporaire

a) Requalification en un contrat à durée indéterminée – Exclusion – Cas

Chambre sociale, 23 février 2005 (Bull. nº 72)

Par cet arrêt, la Cour de cassation, revenant sur une décision non publiée du 10 juillet 2001 (pourvoi nº 99-44 058) a décidé que la violation des dispositions de l'article L. 124-7 alinéa 3 du Code du travail relatives au respect du délai de carence entre deux missions successives de travail temporaire ne permet pas au salarié intérimaire d'exercer une action en requalification du contrat de travail temporaire en contrat de travail à durée indéterminée.

L'arrêt du 23 février 2005 interprète donc dans le sens sus-indiqué les alinéas 2 et 3 de l'article L. 124-7 du Code du travail, texte qui, dans sa rédaction, diffère de l'article L. 122-3-13 du Code du travail relatif à l'action en requalification du contrat de travail à durée déterminée. En effet, si l'article L. 122-3-11 relatif à la violation du délai de carence figure dans la liste de l'article L. 122-3-13 énumérant les cas d'ouverture de l'action en requalification du contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée, et ainsi ouvre droit à l'exercice d'une telle action, il n'en est pas de même s'agissant du contrat de travail temporaire. L'alinéa 3 de l'article L. 124-7 ne fait pas partie des dispositions citées par l'article L. 124-7 alinéa 2 qui énumère les cas dans lesquels l'action en requalification du contrat de travail temporaire en contrat de travail à durée indéterminée peut être exercée. Cette liste étant limitative, il convient donc de considérer que le défaut de respect du délai de carence n'ouvre pas droit à l'action en requalification de l'article L. 124-7 alinéa 2 du Code du travail.

C'est sur ce même fondement du caractère limitatif de la liste de l'article L. 124-7 alinéa 2 précité, qu'il avait été décidé, dans un arrêt en date du 19 juin 2002 (Bull. nº 208), que le salarié ne pouvait pas obtenir la requalification de son contrat de travail temporaire en invoquant la violation de l'article L. 124-3 du Code du travail.

b) Requalification en contrat à durée indéterminée – Effets – Etendue

Chambre sociale, 30 mars 2005 (Bull. nº 116)
Chambre sociale, 13 avril 2005 (Bull. nº 140)

L'article L. 124-7-1 du Code du travail dispose que si le tribunal fait droit à la demande de requalification du salarié intérimaire, il doit lui accorder, à la charge de l'utilisateur, une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire.

Dans l'hypothèse d'une requalification de plusieurs contrats de travail temporaire successifs, cette indemnité dite indemnité de requalification doit-elle être allouée au titre de chaque contrat de travail temporaire requalifié ?

Par ces arrêts, la Cour de cassation affirme que lorsque le juge requalifie une succession de contrats de travail temporaire conclus avec le même salarié en contrat de travail à durée indéterminée, il ne doit accorder qu'une indemnité de requalification dont le montant ne peut être inférieur à un mois de salaire. Elle précise, dans l'arrêt du 13 avril 2005, que la requalification n'entraîne le versement d'indemnités qu'au titre de la rupture du contrat à durée indéterminée.

La solution adoptée renvoie à celle qui a été retenue par la Cour de cassation dans un avis en date du 24 janvier 2005 (Bull. nº 2) concernant la succession de plusieurs contrats de travail à durée déterminée.

L'arrêt du 30 mars 2005 précise, par ailleurs, que le salarié intérimaire, qui a obtenu la requalification du contrat de travail temporaire en contrat de travail à durée indéterminée, peut prétendre à une indemnité de préavis qui s'ajoute à l'indemnité de précarité. Cette règle du cumul de ces deux indemnités constitue ainsi une exception au principe général de non-cumul posé depuis longtemps par la jurisprudence. (Soc., 6 mai 1975, Bull. nº 241).

Toutefois, dans un arrêt du 18 novembre 1981 (Bull. nº 897), une exception à ce principe du non-cumul avait été admise lorsque l'entrepreneur de travail temporaire ne se conforme pas aux dispositions des articles L. 124-2 et L. 124-3 du Code du travail et se trouve de ce fait lié à lui par un contrat de travail à durée indéterminée de droit commun. La solution avait été confirmée par un arrêt du 19 janvier 1999 (Bull. nº 36).

Cet arrêt s'inscrit dans cette évolution. Sa portée est limitée à l'hypothèse dans laquelle le salarié a obtenu la requalification du contrat de travail temporaire en contrat de travail à durée indéterminée. Dans le cas contraire, il faut en revenir au principe du non-cumul.

c) Requalification en contrat à durée indéterminée – Effets – Etendue – Action en requalification dirigée contre l'entreprise de travail temporaire – Conditions

Chambre sociale, 13 avril 2005 (Bull. nº 139)

Par cet arrêt, la Cour de cassation, précisant une solution dégagée par un arrêt du 19 janvier 1999 (Bull. nº 36), affirme que l'indemnité de précarité, destinée à compenser la précarité de la situation du salarié intérimaire, lui reste acquise nonobstant la requalification du contrat de travail temporaire en contrat de travail à durée indéterminée.

La décision vient également éclairer la portée d'une jurisprudence résultant d'un arrêt du 19 juin 2002 (Bull. nº 208), aux termes de laquelle le salarié intérimaire peut agir contre l'entreprise de travail temporaire lorsque les conditions à défaut desquelles toute opération de prêt de main d'œuvre est interdite, n'ont pas été respectées.

Confirmant sa jurisprudence, la Cour de cassation décide que l'action en requalification exercée à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire est limitée aux seuls cas dans lesquels il a été constaté un manquement de cette entreprise aux obligations mises à sa charge par l'article L. 124-4 du Code du travail. Ce texte pose, d'une part, les conditions de l'établissement du contrat de mission (dans les deux jours ouvrables suivant sa mise à disposition), et énonce, d'autre part, les différentes mentions qui doivent figurer obligatoirement dans ce contrat de mission.

En l'espèce, une cour d'appel, ayant constaté qu'un salarié intérimaire avait été recruté en vue de pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, sans respect du délai de tiers temps entre les différents contrats de travail temporaires conclus, avait condamné in solidum l'entreprise de travail temporaire avec l'entreprise utilisatrice. L'arrêt est censuré, dès lors qu'il ne résultait d'aucune de ses constatations que l'entreprise de travail temporaire avait manqué à l'une ou l'autre de ses obligations résultant de l'article L. 124-4 précité.

B. Durée du travail et rémunérations

1. Durée du travail, repos et congés

Travail à temps partiel – Demande d'attribution d'un emploi à temps complet – Priorité d'embauche – Information du salarié – Modalités – Réseau intranet de l'entreprise

Chambre sociale, 20 avril 2005 (Bull. nº 152)

La Chambre sociale, par cet arrêt rendu le 20 avril 2005, a précisé les modalités de l'obligation d'information incombant à l'employeur aux termes de l'article L. 212-4-9 du Code du travail, en matière de temps partiel. Le texte légal prévoit que les salariés à temps partiel qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps complet dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise, bénéficient d'une priorité pour l'attribution d'un emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent. La même priorité d'emploi est d'ailleurs fixée pour les salariés travaillant à temps complet et souhaitant occuper un temps partiel. Si ce droit de priorité ne s'analyse pas en une promesse de travail à temps complet, l'employeur s'expose, s'il ne respecte pas cette priorité, à des dommages et intérêts, l'article L. 212-4-9 du Code du travail ne prévoyant pas de sanction spécifique au non-respect de cette priorité d'emploi. Cet article prévoit en son alinéa 1 que « l'employeur porte à la connaissance de ces salariés la liste des emplois disponibles correspondants ».

Le législateur n'a pas précisé les modalités de cette obligation d'information et la jurisprudence était restée muette sur la question. Dans cette affaire une société affirmait avoir respecté son obligation d'information par la mise en ligne au moyen de son réseau électronique intranet de l'ensemble des emplois disponibles, sans individualisation ni différenciation faite quant à ceux concernant le salarié ayant manifesté son désir de reprendre un temps plein. La cour d'appel avait considéré que cette diffusion de l'ensemble des emplois disponibles, sans distinguer ceux susceptibles de concerner le salarié demandeur, ne répondait pas à l'obligation d'information, qui impliquait une démarche positive de l'employeur. La Chambre sociale a fait la même analyse en précisant que si l'employeur peut porter à la connaissance de ses salariés les emplois disponibles par voie de communication électronique, notamment sur le réseau intranet de l'entreprise, il est tenu, en application de l'article L. 212-4-9 du Code du travail, de procéder à une diffusion spécifique concernant les emplois correspondant à la catégorie professionnelle, ou à un emploi équivalent, des salariés à temps partiel souhaitant occuper un emploi à temps complet, ou des salariés à temps complet souhaitant occuper un emploi à temps partiel.

Ainsi, le recours aux nouvelles techniques d'information et de communication est clairement admis par la chambre sous réserve d'assurer une information individualisée du salarié, lui permettant d'exercer dans les meilleures conditions son droit de priorité. Cette exigence s'inscrit dans la droite ligne des principes européens affirmés par la directive du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail.

2. Rémunérations

2-1 Salaires (principe « à travail égal, salaire égal »)

a) Egalité des salaires – Atteinte au principe – Cadre et périmètre d'appréciation – Unité économique et sociale – Portée

Chambre sociale, 1er juin 2005 (Bull. nº 185)

Un salarié employé par une société faisant partie, avec deux autres sociétés juridiquement distinctes, d'une unité économique et sociale reconnue judiciairement, prétendait obtenir les mêmes avantages salariaux que ceux accordés par l'une des autres sociétés.

La question était ainsi posée de savoir si la reconnaissance d'une unité économique et sociale (UES), impliquait nécessairement l'égalité de traitement entre les salariés compris dans le périmètre de l'UES, quelles que soient les différences propres à chacune des sociétés d'origine, juridiquement distinctes, la composant.

La Chambre sociale répond par la négative à la question posée et précise que pour l'application du principe « à travail égal, salaire égal » il ne peut y avoir comparaison valable des conditions de travail des salariés appartenant à l'une des personnes juridiques comprises dans une unité économique et sociale que si ces conditions sont fixées par la loi, une convention ou un accord collectif communs, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement.

Cette solution est conforme à la jurisprudence communautaire selon laquelle le principe d'égalité ne joue que lorsque les différences observées dans les conditions de rémunération des travailleurs effectuant un même travail peuvent être attribuées à une « source unique » (CJCE 17 septembre 2002, aff. nº C-320/00). Selon cet arrêt, le principe posé par l'article 141 du Traité n'est pas limité aux situations dans lesquelles les hommes et les femmes effectuent un travail pour un même employeur, mais en l'absence d'une « source unique », il manque une entité qui est responsable de l'inégalité et qui pourrait rétablir l'égalité. Et, comme le rappelle cet arrêt, l'article 141 « est susceptible d'être invoqué devant les juridictions nationales notamment dans le cas de discriminations qui ont directement leur source dans des dispositions législatives ou des conventions collectives, ainsi que dans le cas où le travail est accompli dans un même établissement ou service, privé ou public ».

Ainsi le principe d'égalité n'a pas pour objet d'assurer l'égalité de traitement entre des entreprises, mais il peut s'appliquer à l'égard d'un groupe d'employeurs si ceux-ci sont soumis à une source unique, loi ou convention collective, qui constituera une base de comparaison en matière de salaire.

Déjà dans un arrêt du 2 décembre 2003 (Bull. nº 310), la Chambre sociale avait précisé les limites de l'unité économique et sociale et décidé que, sauf accord collectif commun aux sociétés composant l'UES, les accords propres à chacune d'entre elles conservent leur champ d'application respectif. La Chambre sociale confirme ici que toute comparaison entre les salariés de l'UES relevant de statuts collectifs différents n'est pas pertinente. On signalera enfin qu'un arrêt délibéré en 2005 mais prononcé le 18 janvier 2006, précise à propos de rémunéra-

tions différentes dans des magasins d'une même entreprise de grande distribution qu'« un accord d'entreprise peut prévoir qu'au sein de certains de ses établissements, compte tenu de leurs caractéristiques, des modalités de rémunération spécifiques seront déterminées par voie d'accords d'établissement » (pourvoi nº 03-45 422).

b) Egalité des salaires – Atteinte au principe – Défaut – Eléments objectifs justifiant la différence de traitement

Chambre sociale, 21 juin 2005 (Bull. nº 206)

L'association gestionnaire d'une crèche avait dû pourvoir en urgence, compte tenu du risque de fermeture de l'établissement par l'autorité de tutelle, au remplacement de sa directrice. Mais la personne recrutée par contrat de travail à durée déterminée avait obtenu un salaire supérieur à celui de la titulaire du poste. À son retour, cette dernière avait demandé à bénéficier du même salaire en application du principe « à travail égal, salaire égal ». La cour d'appel l'avait déboutée de sa demande et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi, en énonçant que ne méconnaît pas le principe « à travail égal, salaire égal » dont s'inspirent les articles L. 122-3-3, L. 133-5, 4°, L. 136-2, 8°, L. 140-2 du Code du travail, l'employeur qui justifie par des raisons objectives et matériellement vérifiables la différence de rémunération des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale (Soc., 13 janvier 2004, Bull. nº 1 ; Soc., 28 septembre 2004, Bull. nº 228 ; Soc., 25 mai 2005, Bull. nº 178) ; qu'une telle raison peut résulter de la nécessité de recruter d'urgence un responsable qualifié pour éviter la fermeture d'un établissement.

La solution s'inspire d'un arrêt rendu le 27 octobre 1993 par la Cour de justice des Communautés Européennes (Aff C 127/92 Rec 1993 p. I-05535) concernant l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins, arrêt qui énonce « qu'il appartient à la juridiction nationale qui est seule compétente pour apprécier les faits de déterminer, en appliquant si nécessaire le principe de proportionnalité, si et dans quelle mesure la pénurie de candidats à une fonction et la nécessité de les attirer par des salaires plus élevés constitue une raison économique objectivement justifiée de la différence de rémunération entre deux fonctions de valeur égale... »

En l'espèce la cour d'appel avait constaté, outre l'urgence, qu'eu égard à la qualification requise pour exercer les fonctions de directrice de crèche dans le cadre associatif, à la spécificité de ces fonctions et à la rareté des candidats à une embauche provisoire, il était nécessaire d'attribuer un salaire plus élevé que celui du titulaire du contrat de travail à durée indéterminée remplacé. Ces éléments caractérisaient une situation objective justifiant la différence de rémunération pour le même poste.

c) Egalité des salaires – Atteinte au principe – Défaut

Chambre sociale, 1er décembre 2005 (pourvoi nº 03-47 197, en cours de publication)

Dans la présente espèce était posée pour la première fois à la Chambre la question de savoir si un accord de réduction du temps de travail prévoyant le maintien du salaire antérieur afférent à 39 heures de travail par semaine par l'octroi d'une indemnité différentielle peut réserver le bénéfice de cette indemnité aux salariés présents dans l'entreprise au jour de la conclusion de l'accord.

En l'espèce, un salarié avait été engagé selon contrat à durée déterminée à temps complet postérieurement à la conclusion d'un accord d'établissement de réduction du temps de travail prévoyant que le personnel employé à temps complet et présent à la date de signature de l'accord percevrait une indemnité différentielle, les nouveaux embauchés étant expressément exclus du bénéfice de cette indemnité. Soutenant avoir perçu une rémunération inférieure à celle d'un autre salarié de même catégorie employé selon contrat à durée indéterminée et percevant ladite indemnité différentielle, le salarié a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir le paiement de rappels de salaires sur le fondement des dispositions de l'article L. 122-3-3 du Code du travail relatives à l'égalité de traitement entre salariés employés sous contrat à durée déterminée et salariés employés sous contrat à durée indéterminée.

Il s'agissait donc de déterminer si le salarié pouvait prétendre au paiement de l'indemnité différentielle en vertu du principe d'égalité.

On peut rappeler à cet égard que les article 32-I et 32-VI de la loi du 19 janvier 2000, dite loi Aubry II, ne règlent que deux cas particuliers, soit celui des salariés payés au SMIC pour lesquels les modalités d'application de la règle de l'égalité de rémunération ont été définies et celui des salariés à temps partiel dont la durée de travail n'a pas été réduite ou qui ont été embauchés postérieurement à la réduction du temps de travail pour lesquels est expressément exclue la prise en compte du complément différentiel perçu par d'autres salariés afin d'apprécier le respect du principe d'égalité de rémunération.

En revanche, la loi est muette quant à l'applicabilité d'une indemnité différentielle prévue par accord collectif aux nouveaux embauchés à temps complet et bénéficiant d'une rémunération supérieure au SMIC, hypothèse correspondant au cas d'espèce soumis à la chambre.

L'arrêt du 1er décembre 2005 décide que le salarié embauché postérieurement à la mise en œuvre d'un accord collectif de réduction du temps de travail ne se trouve pas placé dans une situation identique à celle des anciens salariés ayant subi la diminution de leur salaire de base consécutive à la réduction de la durée du travail, diminution que l'attribution de l'indemnité différentielle a justement pour objet de compenser. Le nouvel embauché n'est donc pas fondé à prétendre au paiement de cette indemnité différentielle en application du principe « à travail égal, salaire égal », la différence de rémunération étant justifiée par des raisons objectives et matériellement vérifiables (Soc., 21 juin 2005, Bull. no 206).

On peut noter que, compte tenu des dispositions de l'article 32-VI de la loi Aubry II, une solution contraire aurait abouti à créer une inégalité de traitement entre salariés à temps partiel et salariés à temps complet.

d) Egalité des salaires – Atteinte au principe – Défaut

Chambre sociale, 9 novembre 2005 (pourvoi no 03-47 720)

Un accord international avait prévu la construction et l'exploitation d'une installation européenne de rayonnement synchrotron où des salariés, et notamment des scientifiques, venant de tous les pays signataires, devaient travailler. Cette installation se trouvant dans la région de Grenoble, une disposition stipulait que les salariés étrangers percevraient une prime d'expatriation. Un salarié français habitant en France lors de son embauche soutenant que la condition de nationalité à laquelle était soumise l'attribution de cette prime d'expatriation constituait

une discrimination prohibée par l'article L. 122-45 du Code du travail, avait assigné la société en paiement de dommages-intérêts. Le conseil de prud'hommes l'avait débouté, mais la cour d'appel avait accueilli sa demande en se fondant sur le caractère discriminatoire d'une prime fondée sur la nationalité.

Le moyen dans son principe – encore que le litige aurait sans doute pu être placé sur le terrain d'un conflit de normes entre un accord international prévalant, en vertu de l'article 55 de la Constitution, sur les dispositions de droit interne – ne manquait pas de pertinence au regard tant du droit communautaire (CJCE, 12 juillet 2001, Jippes, C-189/01, Rec ; p. I-5689) que du droit interne (Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982 – Décision n° 82-132 DC), qui ont affirmé le principe d'égalité impliquant que des situations identiques ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée. Or a priori une différence fondée sur la nationalité n'est pas une justification mais une discrimination.

Toutefois il est apparu à la Chambre sociale, comme d'ailleurs au conseil de prud'homme ayant statué en premier ressort, qu'en réalité la formulation de la condition mise à l'octroi d'une prime d'expatriation procédait davantage d'une terminologie maladroite que d'une véritable discrimination fondée sur la nationalité. En effet les termes des accords internationaux et des statuts de la société du synchrotron faisaient clairement apparaître que la seule finalité de l'octroi de cette prime d'expatriation était de compenser les inconvénients résultant de l'installation d'un individu et de sa famille en pays étranger et de faciliter l'embauche des salariés ressortissants non français des parties contractantes afin de contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique international, ce qui constituait une raison objective étrangère à toute discrimination en raison de la nationalité. Privilégiant ainsi la « vérité » – et la recherche de la vérité doit être au cœur des préoccupations de tous les juges – des conditions d'attribution de la prime d'expatriation sur une formulation certes discutable se référant à la nationalité, la Chambre sociale, au double visa de l'article L 122-45 du Code du travail et du principe « à travail égal, salaire égal », a donc cassé l'arrêt de la cour d'appel en prononçant une cassation sans renvoi par confirmation du jugement du conseil de prud'hommes.

e) Stock-options

Chambre sociale, 1er décembre 2005 (pourvoi n° 04-41 277)
Chambre sociale, 21 juin 2005 (Bull. n° 207)

La Chambre sociale apporte dans ces deux arrêts des précisions sur le régime des options de souscription d'action dites « stock options » octroyées à certains salariés.

Elle rappelle, dans l'arrêt du 1er décembre, que dès lors qu'une clause d'un plan d'options d'achat d'actions prévoit la caducité des options en cas de licenciement du bénéficiaire, le salarié dont le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse ne peut pas prétendre au maintien du bénéfice de l'option qui lui avait été consentie (Soc., 23 juin 2004, pourvoi n° 02-42 138), mais seulement à l'indemnisation du préjudice subi.

Elle affirme, dans l'arrêt du 21 juin, que l'octroi par l'employeur à un salarié d'une option donnant droit à une souscription d'actions constitue un accessoire du contrat de travail, et que le conseil de prud'hommes est en conséquence compétent pour connaître du contentieux relatif à ces options.

C. Santé et Sécurité au travail

1. Examen médical d'embauche – Silence du salarié sur son état de santé

Chambre sociale, 21 septembre 2005 (Bull. nº 262)

Le présent arrêt répond à la question inédite de savoir si le silence gardé lors de l'embauche par un salarié sur son handicap, qui est de nature à avoir une influence sur sa capacité à exercer son activité professionnelle, constitue une réticence dolosive pouvant entraîner la nullité du contrat de travail.

En vertu de l'article L. 121-6 du Code du travail, « *les informations demandées à un candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles* ».

L'information de l'employeur quant à l'aptitude physique du candidat à l'emploi est assurée par la visite médicale d'embauche que doit subir le salarié avant l'embauchage ou au plus tard avant l'expiration de la période d'essai qui suit l'embauchage en application des dispositions de l'article R. 241-48 du Code du travail.

Enfin, l'article L. 122-45 du Code du travail disposait, dans sa rédaction antérieure à la loi nº 2004-1486 du 30 décembre 2004, qu'« *aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement (...), sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II du présent Code, en raison de son état de santé ou de son handicap* ».

Le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter. La Chambre sociale a décidé que « *n'a pas un caractère dolosif le silence d'un salarié à qui il est reproché d'avoir dissimulé lors de son embauche une condamnation pénale, les juges du fond ayant relevé que celui-ci n'avait pas l'obligation de faire mention d'antécédents judiciaires* » (Soc., 25 avril 1990, Bull. nº 186) et que « *la fourniture de renseignements inexacts par le salarié lors de l'embauche n'est un manquement à l'obligation de loyauté susceptible d'entraîner la nullité du contrat de travail que si elle constitue un dol* » (Soc., 30 mars 1999, Bull. nº 142).

En l'espèce, une salariée engagée selon contrat à durée indéterminée prévoyant une période d'essai, avait commencé son travail de garde à domicile sans avoir été soumise au préalable à la visite médicale d'embauche, qui avait ensuite révélé son handicap et préconisé l'adaptation de son poste de travail. L'employeur avait alors mis un terme à la période d'essai contractuellement convenue.

La cour d'appel avait considéré que la rupture, intervenue postérieurement au terme de la période d'essai prévue par la convention collective, s'analysait en un licenciement nul pour avoir été prononcé en méconnaissance des dispositions des articles L. 122 -14, R. 241-51-1 et L. 122-45 du Code du travail.

Le pourvoi de l'employeur soutenait que le fait pour la salariée d'avoir sciemment dissimulé son handicap, incompatible avec l'emploi qu'elle sollicitait, constituait un dol viciant le contrat de travail. Ce raisonnement est censuré par la Chambre sociale qui affirme avec la plus grande netteté que l'employeur qui fait commencer le travail à son salarié, recruté avec une période d'essai, sans le soumettre au préalable à la visite médicale d'embauche, ne peut se prévaloir d'un dol du salarié quant à son état de santé ou à son handicap, les renseignements relatifs à l'état de santé d'un candidat à l'emploi ne pouvant être confiés qu'au médecin chargé de l'examen médical d'embauche.

La Chambre sociale entend ainsi inciter l'employeur à ne pas user de la faculté légale de différer la visite médicale d'embauche après le commencement d'exécution de la période d'essai, notamment pour certains emplois exposant des tiers à un risque, tel celui de contamination, ou impliquant des efforts physiques *(garde d'enfants ou de personnes âgées)*. L'employeur est en effet tenu d'assurer, dans le cadre de la relation de travail, la protection de la sécurité et de la santé de ses salariés en vertu de l'article L. 230-2 du Code du travail et son obligation à cet égard est de résultat. S'il prend le risque de laisser un salarié commencer effectivement son travail avant la visite médicale, il doit assumer les conséquences de ce risque.

2. Obligation de sécurité de résultat

Employeur – Obligations – Sécurité des salariés – Lutte contre le tabagisme sur les lieux de travail – Portée – Prévention

Chambre sociale, 29 juin 2005 (Bull. nº 219)

Par cet arrêt de principe, la Chambre sociale met à la charge de l'employeur une obligation de sécurité de résultat concernant la protection des salariés contre le tabagisme sur les lieux de travail.

Cette solution s'inscrit dans le cadre de l'approche « globalisante » de la sécurité qui fait peser sur l'employeur une obligation de sécurité de résultat, ainsi que la Chambre sociale l'a énoncé dans les arrêts du 28 février 2002 (Bull. nº 81 ; Rapport annuel de la Cour de cassation 2002, p. 311 et s.). Mais elle va au delà en appliquant ce concept à la prévention.

Dans cette affaire une salariée victime du tabagisme de ses collègues, reprochait à son employeur de ne pas l'avoir protégée en considérant que les seules mesures prises suite à ses réclamations, à savoir la pose de panneaux d'interdiction de fumer dans le bureau collectif qu'elle occupait et le rappel de l'interdiction de fumer en sa présence, avaient été insuffisantes et inefficaces. Cette salariée avait pris acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur du fait de ce manquement.

L'interdiction de fumer sur les lieux de travail doit être effective et, conformément aux articles R. 3511-1, R. 3511-4 et R. 3111-5 du Code de la santé publique, l'employeur qui entend déroger à cette interdiction dans les locaux de travail autres que ceux affectés à l'ensemble des salariés, tels les bureaux à usage collectif, doit établir, après consultation du médecin du Travail, du Comité d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail ou, à défaut, des délégués du personnel, un plan d'organisation ou d'aménagement destiné à assurer la protection des

non-fumeurs. En l'espèce, un tel plan n'avait pas été établi, et à supposer qu'il l'eût été, il aurait dû permettre la protection effective de la salariée contre les émanations de fumée du tabac.

Mais, et c'est bien entendu l'apport essentiel de ces arrêts, plutôt que de se fonder sur les seules insuffisances de l'employeur au regard de ces textes, la Chambre sociale a souhaité mettre l'accent sur l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur qui a ainsi une dimension préventive.

L'employeur a donc été considéré comme ayant manqué à cette obligation, ce qui permet au salarié dont la santé et la sécurité n'ont pas été protégées de prendre acte de la rupture du contrat de travail, cette prise d'acte produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, en application d'une jurisprudence désormais bien établie sur les effets de la prise d'acte (Soc., 25 juin 2003, Bull. nº 209).

Cette décision marque donc le souci de la Chambre sociale de ne pas cantonner la notion d'obligation de sécurité de résultat à la seule réparation des accidents du travail ou maladies professionnelles, mais d'en d'avoir une approche dynamique et préventive tendant à assurer l'effectivité du droit fondamental des travailleurs à la sécurité et à la santé sur leurs lieux de travail. La directive-cadre 89-391 du 12 juin 1989 va d'ailleurs dans ce sens, ainsi que la Charte sociale européenne qui engage les Etats à assurer l'exercice effectif du droit à la protection sociale, et le droit interne avec l'article L. 230-2-1 II du Code du travail transposant la directive précitée et évoquant expressément l'exigence de prévention.

3. Maladie du salarié

a) Maladie ou accident non professionnel – Inaptitude consécutive à la maladie – Absence de reclassement et de licenciement dans le délai d'un mois – Effet quant au cumul du salaire avec des prestations perçues d'une institution de prévoyance

Chambre sociale, 16 février 2005 (Bull. nº 51)

Le problème de droit posé à la Chambre sociale était de savoir si un salarié déclaré inapte au travail et classé en invalidité deuxième catégorie peut cumuler le salaire versé en application de l'article L. 122-24-4 du Code du travail avec des prestations perçues au titre d'un régime de prévoyance.

Le salarié avait saisi la juridiction prud'homale en résolution judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur, lequel demandait que les prestations perçues par le salarié au titre du régime de prévoyance viennent en déduction des salaires dus.

Les juges du fond avaient refusé de déduire ces sommes, conformément à la jurisprudence de la chambre qui a jugé à plusieurs reprises, nonobstant les termes de la circulaire DRT nº 97-11 du 17 mars 1983, qu'il ne pouvait, en l'absence d'une disposition expresse en ce sens, être opéré de réduction sur le montant des sommes que l'employeur doit verser au salarié, fixé forfaitairement au montant du salaire correspondant à l'emploi occupé avant la suspension (Soc., 22 octobre 1996, Bull. nº 336 ; Soc., 19 mai 1998, Bull. nº 263 ; Soc., 5 janvier 2000 pourvoi nº 97-45 285 ; Soc., 14 juin 2000 pourvoi nº 98-41 136).

La question posée était de savoir si cette solution devait être maintenue, au vu de l'évolution de la jurisprudence sur la question des cumuls d'indemnité dans d'autres domaines (notamment Soc., 14 janvier 1997, Bull. nº 15 ; Soc., 28 mai 2003, pourvoi nº 01-45.12 ; Assemblée plénière 13 décembre 2002 Bull. nº 3).

Dans l'arrêt rapporté, la Chambre sociale maintient sa jurisprudence, en précisant que la question de la conservation des avantages reçus au titre des prestations versées par une institution de prévoyance en raison de l'état de santé du salarié relève des seuls rapports entre ces derniers.

Seules des clauses particulières opposables au salarié pourraient en effet permettre de répéter ou de compenser les prestations de prévoyance qui lui sont versées avec des salaires dus par son employeur.

b) Maladie ou accident non professionnel – Inaptitude consécutive à la maladie – Obligation de reclassement – Impossibilité – Contrat à durée déterminée – Portée

Chambre sociale, 8 juin 2005 (Bull. nº 193)

La question qui se posait à la Cour concernait l'application des dispositions de l'article L. 122-24-4, alinéa 2 du Code du travail à un salarié engagé sous contrat à durée déterminée : cet article du Code oblige l'employeur, faute de reclassement ou de licenciement du salarié déclaré inapte à son emploi suite à une maladie ou à un accident non professionnel, à reprendre le paiement des salaires dans le délai d'un mois à compter de la visite de reprise du médecin du travail.

Selon les dispositions de l'article L. 122-3-8 du Code du travail, « sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave et de force majeure » et la Chambre sociale énonce de manière constante que l'inaptitude définitive d'un salarié ne constitue pas un cas de force majeure (Soc., 12 juillet 1999, Bull. nº 344 ; Soc., 12 février 2003, Bull. nº 50).

En outre les dispositions de l'article L. 122-32-9 du Code du travail qui permettent à l'employeur d'un salarié sous contrat à durée déterminée d'exercer une action en « résolution » judiciaire, ne sont pas applicables à une inaptitude consécutive à une maladie ou un accident non professionnels (Avis du 29 avril 2002, Bull. nº 3), ce qui a d'ailleurs conduit la Cour à suggérer dans son rapport annuel 2002 une modification de l'article L. 122-32-9 du Code de travail, en ce sens que la possibilité de résiliation judiciaire devrait être étendue à l'inaptitude d'origine non professionnelle.

Dans l'espèce soumise à la Chambre, l'employeur ne pouvait ni rompre le contrat à durée déterminée, ni, s'agissant d'une inaptitude d'origine non professionnelle, saisir le juge d'une demande de résiliation judiciaire. Faute de reclassement, devait-il pour autant être tenu à la reprise du paiement des salaires en application de l'article L. 122-24-4, alinéa 2 du Code du travail ?

La Chambre sociale avait décidé, en application de l'article L. 122-3-8 du Code du travail, que « lorsque un salarié n'est pas en mesure de fournir la prestation de travail inhérente à son

contrat de travail, son employeur ne peut être tenu de lui verser un salaire, sauf disposition légale, conventionnelle ou contractuelle particulière. Si l'inaptitude physique du salarié ne constitue pas un cas de force majeure autorisant la rupture anticipée du contrat à durée déterminée, une telle inaptitude et l'impossibilité du reclassement de l'intéressé n'ouvrent pas droit au paiement des salaires restant à courir jusqu'au terme du contrat, ni à l'attribution de dommages-intérêts compensant la perte de ceux-ci » (Soc., 18 novembre 2003, Bull. nº 285, commenté au rapport annuel 2003, p. 329).

L'intérêt de l'arrêt du 8 juin 2005 est double.

D'une part, il affirme explicitement que les dispositions de l'article L. 122-24-4, alinéa 1er du Code du travail relatives à l'obligation de reclassement s'appliquent au contrat à durée déterminée, ce qui jusqu'alors ne résultait qu'implicitement de la jurisprudence de la chambre. On peut noter néanmoins que l'obligation de reclassement s'appréciera nécessairement d'une manière particulière eu égard à la limitation des cas de recours au contrat à durée déterminée.

D'autre part, l'arrêt précise que les dispositions de l'alinéa 2 du même article instituant l'obligation pour l'employeur de reprendre le paiement du salaire du salarié déclaré inapte suite à une maladie ou à un accident et ni reclassé, ni licencié, ne sont pas applicables au contrat à durée déterminée, lequel ne peut pas être rompu par l'employeur en raison de l'inaptitude physique et de l'impossibilité du reclassement. Il tire ainsi les conséquences de l'arrêt du 18 novembre 2003 précité.

c) Revenu de remplacement – Aptitude au travail – Travailleur privé d'emploi

Chambre sociale, 22 février 2005 (Bull. nº 60)

L'article L. 351-1 du Code du travail dispose que « les travailleurs involontairement privés d'emploi, aptes au travail et recherchant un emploi, ont droit à un revenu de remplacement... » ; et, selon les dispositions de l'article L. 341-4 du Code de la sécurité sociale, en vue de la détermination du montant de la pension d'invalidité, les invalides sont classés en première, deuxième ou troisième catégorie, la deuxième catégorie correspondant aux invalides absolument incapables d'exercer une profession quelconque.

Un invalide classé en deuxième catégorie peut-il alors être reconnu apte au travail au sens de l'article L. 351-1 du Code du travail, pour bénéficier du revenu de remplacement ?

Telle était la question posée par le pourvoi dont la Cour de cassation était saisie dans cette espèce où la Cour d'appel avait estimé que l'aptitude au travail devait être appréciée au regard des seules dispositions du droit du travail et qu'il n'y avait aucune dépendance entre les législations du travail et de la sécurité sociale. Il s'agissait d'une personne qui avait été classée invalide de la 2ème catégorie en 1991, mais qui avait repris un emploi et avait été licenciée en 1998. L'ASSEDIC, à la suite de ce licenciement, lui avait refusé l'allocation chômage qu'elle réclamait en raison de la pension qu'elle percevait au titre de son invalidité.

Cette question était d'autant plus délicate que le Conseil d'Etat a jugé que les personnes titulaires d'une pension d'invalidité de la deuxième catégorie doivent être regardées comme inaptes au travail au sens des dispositions de l'article L. 351-1 du Code du travail (CE, 17 mai

1999, nº 168206 Rec. Lebon 1999 p. 1061). Or le souci de la Cour de cassation, comme du Conseil d'Etat, est d'éviter dans toute la mesure du possible qu'une même norme ne fasse l'objet d'une interprétation différente dans les deux ordres de juridiction. On renverra à cet égard aux observations qui figurent sous un autre arrêt du 6 juillet 2005 (pourvoi nº 03-43 159) dans lequel la Cour de cassation a estimé qu'il n'existait pas de raison valable de maintenir une divergence d'interprétation et s'est ralliée à celle du Conseil d'Etat.

Par contre, dans la présente affaire, la Chambre sociale a décidé qu'un assuré social, jugé par un organisme de sécurité sociale incapable d'exercer une profession quelconque, ne doit pas être considéré comme inapte au sens de l'article L. 351-1 du Code du travail. Cette solution s'inspire de la nécessité de permettre aux salariés victimes d'une maladie ou d'un accident dont des séquelles persistent de se reclasser dans une vie professionnelle, sans que puisse y faire obstacle l'octroi d'une pension d'invalidité, dont au surplus le montant n'est souvent pas de nature à permettre d'assumer les charges de l'existence. Cette solution correspond aussi à la préoccupation des partenaires sociaux et des pouvoirs publics de favoriser une politique d'incitation des invalides à la recherche d'un emploi. L'ANPE estime ainsi, à propos de dispositions de l'article L. 311-5 du Code du travail relatives à la non inscription sur la liste des demandeurs d'emplois d'invalides, qu'elles ne sont pas opposables aux assurés sociaux titulaires d'une pension d'invalidité de la deuxième ou troisième catégorie qui ont conservé ou repris une activité professionnelle après la liquidation de leur pension d'invalidité. Ces personnes sont réputées aptes au travail et peuvent s'inscrire sur la liste des demandeurs d'emploi ; elles peuvent dès lors prétendre au versement d'une allocation d'assurance chômage si elles remplissent par ailleurs les conditions d'ouverture de ces droits. De même l'avenant nº 3 du 22 décembre 1998 au règlement annexé à la convention relative à l'assurance chômage du 1er janvier 1997 prévoit le cumul entre une pension d'invalidité de la deuxième ou troisième catégorie et l'allocation d'assurance. Et les nouvelles conventions du 1er janvier 2001 et du 1er janvier 2004 relatives à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage n'ont pas modifié ces règles de cumul.

D. Accords collectifs et conflits de travail

1. Accords et conventions collectives

1-1 Champ d'application

a) Accords collectifs – Dispositions générales – Extension – Effets – Limites
Chambre sociale, 16 mars 2005 (Bull. nº 97)

Par cet arrêt la Chambre sociale tranche la question des effets d'un arrêté d'extension d'un accord collectif interprofessionnel, en l'absence de présomption légale de représentativité des confédérations patronales.

L'accord cadre sur l'amélioration des conditions de travail du 17 mars 1975, signé par le CNPF devenu Medef et étendu par arrêté du 12 janvier 1996, prévoit dans son avenant du 16 octobre 1984 la possibilité de désigner un représentant syndical au C.H.S.C.T. Se prévalant

de cette possibilité, un syndicat d'une entreprise appartenant à la fédération du caoutchouc et des polymères, qui n'était ni signataire de l'accord interprofessionnel, ni adhérente au CNPF, a désigné un tel représentant. Le pourvoi formé contre l'arrêt annulant cette désignation a été rejeté par cet arrêt qui repose sur des règles constantes de la procédure d'extension.

L'arrêt rappelle d'abord que l'arrêté d'extension, à la différence de l'arrêté d'élargissement dont c'est précisément l'objet, n'a pas pour effet de modifier le champ d'application de l'accord. Selon l'article L. 131-5 du Code du travail, le champ d'application d'un accord est défini en terme d'activités économiques ; dans ce champ, un accord non étendu ne s'applique qu'aux signataires de l'accord, ou aux membres des groupements signataires dont l'objet est statutairement de les représenter (Soc., 10 juin 1998, Bull. nº 316). L'extension a pour seul effet de rendre obligatoire l'accord pour les employeurs non membres du groupement signataire, compris dans ce champ d'activités économiques.

Cependant en matière d'accord susceptible d'extension, et selon l'article L. 133-1, le pouvoir de négocier de l'organisation patronale, comme pour les organisations de salariés, repose non seulement sur le mandat de ses membres, mais aussi sur sa qualité représentative dans le champ d'application de l'accord. Mais il n'y a pas, en ce qui les concerne, de présomption de représentativité. La question posée est alors celle de savoir si la représentativité de l'organisation patronale est limitée par son objet professionnel, c'est-à-dire en pratique par les activités qu'elle a pour mission de représenter en vertu de ses statuts, ou si elle peut être plus large. Cette question se pose dans les mêmes termes pour une confédération de syndicats patronaux que pour un syndicat de branche, précisément en l'absence de présomption de représentativité des organisations patronales. La réponse apportée par l'arrêt se fonde sur les principes dégagés depuis longtemps par le Conseil d'Etat.

Selon la juridiction administrative, appelée à trancher cette question pour l'extension de conventions de branche susceptibles d'extension, il appartient au ministre de convoquer les organisations représentatives dans le cadre de la branche objectivement considérée. Ainsi le ministre doit-il, avant d'étendre l'accord à un secteur d'activité, vérifier s'il fait partie d'une branche d'activité visée par la convention ; en revanche il ne peut pas étendre une convention à une activité elle-même constitutive d'une branche d'activité, même si les signataires l'ont comprises dans son champ d'activité (CE 4 mars 1962, Conclusions Nicolay, Droit Social 1962 p. 346). Si un accord ne s'applique pas à une branche d'activité professionnelle objectivement considérée parce que le syndicat professionnel qui la représente n'est pas adhérent à l'organisation patronale qui a signé l'accord, l'accord étendu ne s'applique pas dans ce champ. L'arrêt commenté étend cette solution aux accords interprofessionnels même lorsque leur champ d'application n'est pas déterminé, ce qui était le cas en l'espèce.

Pour qu'il en aille autrement, il faudrait que l'organisation patronale signataire prouve sa représentativité conformément aux critères posés par l'article 133-2 dans les branches professionnelles dont les syndicats représentatifs ne sont pas ses adhérents, comme l'a rappelé récemment le Conseil d'Etat (CE 30 juin 2003, conclusions P. Fombeur, Droit Social 2003 p. 1112). Or en l'espèce les juges du fond ont retenu que la fédération du caoutchouc et des polymères était seule représentative dans le secteur d'activité de la transformation du caoutchouc.

Le développement des accords interprofessionnels attire ainsi l'attention sur la représentativité des organisations patronales.

b) Accords collectifs – Prise d'effet – Nécessité d'un agrément ministériel – Domaine d'application – Défaut – Portée

Chambre sociale, 8 juin 2005 (Bull. nº 196)

L'article 16 de la loi nº 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales (remplacé désormais par l'article L. 314-6 du Code de l'action sociale et des familles), prévoyait que : « les conventions collectives de travail et accords de retraite applicables aux salariés des établissements et services à caractère social ou sanitaire à but non lucratif, dont les dépenses de fonctionnement sont, en vertu de dispositions législatives ou réglementaires, supportées, en tout ou partie, directement ou indirectement, soit par des personnes morales de droit public, soit par des organismes de sécurité sociale, ne prennent effet qu'après agrément ».

L'exigence de cette procédure d'agrément ministériel s'explique par la nécessité pour l'organisme de tutelle d'exercer un contrôle a priori sur les dépenses de fonctionnement et de vérifier que les dispositions conventionnelles adoptées par les partenaires sociaux n'engendrent pas des charges financières inconsidérées pour les collectivités assurant le financement de ces établissements.

Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, des salariés d'une union départementale des associations familiales prétendaient obtenir des rappels de salaires sur la base d'un avenant à la convention collective applicable, soit en l'occurrence, celle de l'Union nationale des associations familiales du 16 novembre 1971, avenant que le ministère de tutelle avait refusé d'agréer. Ces salariés prétendaient que cet accord salarial, bien que non agréé, valait engagement unilatéral de l'employeur et invoquaient à l'appui de leur thèse un arrêt du 4 janvier 2000 (Bull. nº 5).

La Chambre sociale n'a pas suivi cette interprétation, qui revenait à méconnaître le principe même du préalable de l'agrément administratif, et a décidé qu'un engagement unilatéral de l'employeur à caractère collectif ne pouvait prendre effet qu'après agrément.

c) Accord collectif – Prise d'effet – Nécessité d'un agrément – Caractère rétroactif de cet agrément quant à la prise d'effet

Chambre sociale, 6 juillet 2005 (Bull nº 237)

Saisi d'un recours pour excès de pouvoir formé contre une décision de refus d'agrément, le Conseil d'Etat a posé le principe selon lequel, d'une part, les signataires d'un accord collectif entrant dans le champ des prévisions de l'article 16 de la loi du 30 juin 1975 doivent en fixer la date de prise d'effet sous la condition suspensive de son agrément par l'autorité administrative et, d'autre part, que la décision d'agrément rétroagit légalement à la date conventionnellement prévue de sa prise d'effet (CE, 18 mars 1998, Union nationale des associations familiales et autres, requête nº 181463, Lebon 1998, p. 92).

Par un arrêt du 7 juillet 1988 (pourvoi n° 85-45 660, Société de secours minière c/ Mme Martin et autres), la Chambre sociale de la Cour de cassation avait statué dans un sens différent en jugeant de façon générale que de tels accords ne peuvent prendre effet qu'après l'agrément donné par le ministre compétent, sans distinguer selon que les partenaires sociaux avaient ou non fixé une date d'entrée en vigueur. La décision du Conseil d'Etat de 1998 invitait donc la Chambre sociale à s'interroger sur la pertinence du maintien de sa doctrine. Cette divergence d'interprétation d'un même texte par les deux Ordres relevait de ce que le doyen Vedel appelait une « divergence accidentelle » par opposition à une « divergence essentielle » dans son commentaire d'un jugement du Tribunal des conflits du 26 mai 1954 (JCP 1954-II -8334, point XVII). Mais il est toujours regrettable, sauf raison majeure inhérente à des approches spécifiques du juge administratif et du juge judiciaire, que les deux plus hautes juridictions administrative et judiciaire donnent une interprétation différente d'une même règle de droit. En l'espèce, il est apparu à la Chambre sociale qu'il n'existait pas de raison majeure de maintenir son interprétation et que celle du Conseil d'Etat présentait en particulier l'avantage de mieux respecter l'intention des partenaires sociaux.

1-2 Mise en œuvre

a) Accords collectifs – Erreur matérielle – Office du juge

Chambre sociale, 20 septembre 2005 (Bull. n° 258)

Un employeur et une organisation syndicale avaient signé un accord portant sur la création et la modification de métiers de l'entreprise et précisant, pour chaque nouveau métier, les coefficients de salaires correspondants. L'employeur avait régulièrement notifié cet accord aux autres organisations syndicales intéressées et avait procédé aux dépôts prévus par l'article L. 132-10 du Code du travail. Puis, peu de temps après, invoquant une erreur matérielle affectant certains coefficients, erreur qui avait pour effet de placer une catégorie de vendeurs au même niveau de salaire que leurs supérieurs hiérarchiques, l'employeur avait, sans appeler à en discuter toutes les organisations syndicales, procédé à la rectification, notifié celle-ci aux organisations syndicales et procédé aux formalités du dépôt. Par la suite le nouveau coefficient avait été appliqué.

Un peu moins de cinq ans après, des vendeurs payés jusque là sur la base des coefficients rectifiés ont contesté la validité de cette rectification.

L'arrêt attaqué avait décidé que seule la grille initiale devait être appliquée et avait alloué aux salariés les rappels de salaires qu'ils réclamaient au motif que la procédure de rectification était irrégulière dès lors qu'il n'était pas établi que la grille rectifiée ait été signée par l'organisation signataire de l'accord, et qu'en tout état de cause l'employeur aurait dû suivre les modalités applicables à la révision et appeler à la négociation l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, peu important que cette négociation ait pour objet la rectification d'une éventuelle erreur matérielle.

La Chambre sociale censure une telle approche sur le fondement de l'article 1134 du Code civil dont il résulte que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et doivent être exécutées de bonne foi. Le juge du fond, même si la procédure de rectification était irrégulière, devait rechercher, dès lors qu'une erreur matérielle était invoquée, sur quoi avait porté

l'accord des parties. Il ne pouvait faire prévaloir une disposition dont le caractère erroné était expressément soutenu au seul motif qu'elle n'aurait pas été corrigée régulièrement par l'un des contractants.

Un précédent arrêt du 23 janvier 2001 (Bull. nº 22) était allé dans le même sens (*il s'agit de la dernière partie de cet arrêt sur le moyen unique du pourvoi nº 99-41 923 qui n'avait pas fait l'objet d'un sommaire spécifique*).

b) Accords collectifs – Application – Application conditionnelle – Limites

Chambre sociale, 5 avril 2005 (Bull. nº 124)

Un accord collectif, qui complétait un plan social, prévoyait l'attribution aux salariés licenciés remplissant des conditions d'âge et d'ancienneté, d'une indemnité représentant 65 % de leur salaire, jusqu'à l'acquisition des droits à la retraite, cette indemnité étant qualifiée dans l'accord de « transactionnelle, forfaitaire et définitive ». L'employeur avait exigé des salariés licenciés, pour qu'ils profitent de cet avantage, la conclusion de transactions par lesquelles ils renonçaient en contrepartie à contester leurs licenciements, et il opposait cette clause à ceux qui avaient saisi le juge prud'homal de demandes indemnitaires au titre d'une nullité des licenciements. La cour d'appel avait déclaré leur action irrecevable, au regard de la clause prévue dans l'accord et reprise dans les contrats de transaction individuels.

La question posée par le pourvoi était donc de savoir si un accord collectif s'intégrant au plan social peut faire dépendre l'attribution d'une indemnité, qualifiée de forfaitaire, de la conclusion avec le salarié d'une transaction comportant de sa part une renonciation à contester le licenciement, autrement dit, si l'exigibilité d'une indemnité peut dépendre d'une telle condition.

La Chambre sociale répond par la négative à cette question ; en effet, la solution contraire revenait à considérer qu'en acceptant de bénéficier de l'indemnité transactionnelle prévue dans un accord collectif, en faveur des salariés licenciés pour motif économique, chaque salarié avait reconnu qu'il obtenait ainsi un avantage auquel il ne pouvait légalement prétendre, en contrepartie d'une renonciation à contester la rupture.

La position de la cour d'appel reposait aussi sur une lecture inexacte de l'accord collectif, qui ne prévoyait une renonciation à contester la procédure de licenciement qu'à l'égard des syndicats signataires. Et la Chambre sociale précise que le bénéfice des avantages que prévoit un accord collectif ne peut être subordonné à la conclusion préalable, avec les salariés concernés, de transactions emportant renonciation à toute contestation de la rupture du contrat de travail. Si une telle faculté avait été admise, elle aurait eu pour conséquence, d'une part, de méconnaître la force obligatoire de l'accord, en permettant à l'employeur d'exclure de son bénéfice ceux qui entendaient contester les licenciements, d'autre part, de placer ces salariés devant un choix impossible, en les obligeant, soit à recevoir l'indemnité prévue dans l'accord améliorant le plan social, pourvu qu'ils renoncent à contester le licenciement, soit à se réserver cette possibilité de contestation, mais en abandonnant alors l'indemnité qui leur était destinée.

1-3 Dénonciation

a) Accord collectif – Régime de retraite supplémentaire – Modification des modalités de révision de la pension par voie d'accord de substitution – Salariés mis à la retraite avant l'accord collectif de substitution – Notion d'avantage individuel acquis

Chambre sociale, 17 mai 2005 (Bull nº 170)

Il s'agissait dans cette affaire de trancher la question de savoir si des salariés, mis à la retraite avant la dénonciation de l'accord d'entreprise ayant institué le régime de retraite supplémentaire dont ils bénéficiaient, pouvaient se prévaloir, après l'entrée en vigueur de l'accord de substitution conclu pendant le délai légal de survie de l'accord collectif dénoncé, des modalités de revalorisation de la pension de retraite supplémentaire prévues par l'accord dénoncé.

On sait que, bien qu'il s'agisse de conventions ou d'accords collectifs d'un type particulier puisqu'ils s'appliquent non seulement aux salariés mais aussi aux anciens salariés et aux ayants droit et qu'ayant pour objet la protection sociale de leurs bénéficiaires, leur effet se poursuit après le contrat de travail, les conventions et accords collectifs instaurant des garanties collectives en complément de celles qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale sont soumis, en vertu de l'article L. 911-3 du Code de la sécurité sociale, aux dispositions du titre III du livre 1er du Code du travail, et en particulier à l'article L. 132-8 de ce Code, dont l'alinéa 6 prévoit que lorsque la convention ou l'accord dénoncé n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans le délai d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis de trois mois, les salariés conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ces délais.

La Chambre sociale a décidé que les modalités de revalorisation instituées par l'accord collectif dénoncé constituent un avantage collectif et non un avantage individuel, de sorte que les salariés mis à la retraite avant la dénonciation de l'accord collectif avaient seulement droit au maintien du niveau de pension atteint au jour de la dénonciation avec les modalités de revalorisation jusqu'à l'accord collectif de substitution. Cette solution est à rapprocher de celle déjà retenue en cas de dénonciation d'accords collectifs prévoyant, en matière de rémunération, un mécanisme de revalorisation dont il a été jugé qu'il ne constituait pas un avantage individuel acquis (Soc., 12 février 1991, Bull. nº 62 ; Soc., 26 janvier 2005, Bull. nº 32).

b) Accords collectifs – Accord de substitution – Annulation – Effets

Chambre sociale, 9 novembre 2005 (pourvoi nº 03-43 290)
Chambre sociale, 9 novembre 2005 (pourvoi nº 03-45 774)

Ces deux arrêts cassent deux décisions de cour d'appel qui étaient saisies du même litige. A la suite de la dénonciation d'un accord d'entreprise, un accord de substitution avait été conclu dans des conditions irrégulières de négociation (absence de certains syndicats représentatifs). Statuant sur le litige relatif à cette irrégularité la Cour de cassation avait cassé sans renvoi la décision de la cour d'appel et annulé l'accord de substitution par un arrêt du 9 février 2000 (Bull. nº 59). A la suite de cet arrêt, l'entreprise avait conclu d'abord un accord de sauvegarde, puis quelques mois plus tard un accord reprenant les dispositions de l'accord annulé. Des salariés de l'entreprise ont

alors saisi plusieurs juridictions du fond de demandes tendant au maintien de certains avantages individuels acquis nés de l'accord dénoncé, supprimés par l'accord annulé.

Leur demandes ont été rejetées par deux cours d'appel, selon une motivation un peu différente. Mais elles ont l'une et l'autre retenu que l'annulation de l'accord de substitution ne pouvait valoir que pour l'avenir. Ces arrêts ont été frappé de pourvoi par les salariés qui soutenaient que l'accord de substitution étant annulé, en l'absence d'autres accords conclus dans le délai de l'article L. 132-8 alinéa 6, ils avaient droit au maintien des avantages individuels acquis, sans que les accords conclus ultérieurement puissent les en priver. Formant pourvoi incident l'employeur a reproché à ces arrêts de n'avoir pas ordonné le remboursement de l'ensemble des avantages nés de l'accord annulé qui ne pouvaient se cumuler avec les avantages individuels acquis.

La Cour de cassation était ainsi saisie de deux questions, celle de la date d'effet de l'annulation d'un accord, et celles de ses conséquences. Autrement dit, l'annulation d'un accord pour des motifs tenant aux conditions de sa négociation a-t-elle un effet rétroactif, et comment opérer la remise en état ? Cette question, souvent posée en doctrine pour les contrats à exécution successive, se pose dans des conditions particulières pour les accords collectifs en raison de leur effet normatif et de la difficulté de la remise en état. C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine s'est prononcée pour la non-rétroactivité de l'annulation d'un accord collectif.

En décidant que l'annulation d'un accord de substitution équivaut à une absence d'accord, et qu'en l'absence d'autre accord conclu dans les conditions prévues par l'article L. 132-8 du Code du travail, les avantages individuels acquis sont maintenus, les arrêts rapportés se conforment à la jurisprudence civile classique selon laquelle un acte nul ne peut produire aucun effet (sauf lorsque la loi en dispose autrement, par exemple en matière de contrat de société : art. 1844-15 du Code civil). En censurant les arrêts qui avaient considéré que l'annulation n'avait d'effet que pour l'avenir, les arrêts rapportés appliquent ainsi l'effet rétroactif de principe de la nullité aux accords collectifs qu'il serait artificiel d'assimiler à des contrats à exécution successive. Le juge administratif statue dans le même sens lorsqu'il annule un acte réglementaire, bien que le Conseil d'Etat se soit reconnu dans des circonstances très exceptionnelles le pouvoir de reporter les effets de l'annulation (C.E. 11 mai 2004, AJDA 2004 p. 1183). Mais en l'espèce l'annulation avait été prononcée par l'arrêt du 9 février 2000 qui n'avait pas décidé de différer le point de départ de la nullité.

En revanche les arrêts rapportés ne se prononcent pas sur les conséquences de l'annulation, comme le pourvoi incident de l'employeur y invitait. La cassation sur le pourvoi principal entraînait en effet la cassation totale de l'arrêt, sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi incident.

c) Accords collectifs – Dénonciation – Conclusion d'un nouvel accord – Défaut – Maintien des avantages individuels acquis – Définition de ceux-ci

Chambre sociale, 1er juin 2005 (Bull. nº 187)

Cet arrêt contribue à préciser la notion d'avantage individuel acquis (voir également : Soc., 26 janvier 2005, Bull. nº 32).

En l'espèce, la Chambre sociale a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui a considéré que l'heure quotidienne d'entraînement accordée aux agents de sécurité d'une entreprise de transports en commun par un accord d'entreprise ensuite dénoncé constituait un avantage acquis,

« alors qu'elle avait constaté que la disposition en cause se rapportait aux conditions de travail de l'ensemble des agents du service de sécurité, ce dont il résultait qu'elle avait une nature collective ».

La Chambre sociale applique à nouveau la définition posée dans son arrêt du 15 mai 2001, selon lequel « un avantage individuel acquis au sens de l'article L. 132-8 du Code du travail est celui qui, au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel » (Soc., 15 mai 2001, Bull. nº 170).

E. Représentation du personnel et élections professionnelles

1. Institutions représentatives du personnel

a) Permanent syndical – Mandat – Mandat d'administrateur salarié – Incompatibilité

Chambre sociale, 30 septembre 2005 (Bull. nº 281)

Les articles L. 225-27 et suivants du Code de commerce résultent de l'ordonnance du 21 octobre 1986 sur la participation des salariés à la gestion des entreprises. Elle prolonge les dispositions de la loi nº 83-675 de démocratisation du secteur public en assurant le maintien des administrateurs salariés lors de la privatisation des entreprises publiques, tout en étendant la possibilité de désigner de tels administrateurs salariés, avec voie délibérative, aux grandes entreprises privées. L'article L. 227-30 édicte une incompatibilité entre les fonctions d'administrateur salarié et « tout mandat de délégué syndical, de membre de comité d'entreprise, de délégué du personnel ou de membre du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ».

Dans un arrêt du 13 mars 1985 (Bull. nº 165), la Cour de cassation avait déjà précisé que les dispositions de l'article L. 227-30 du Code de commerce n'édictent aucune inéligibilité à l'encontre des administrateurs salariés, mais seulement que l'élection d'un administrateur à un « nouveau mandat » met fin à ses fonctions d'administrateur et aux protections qui s'y attachent. La question posée à la Cour dans la présente affaire était un peu différente : il s'agissait de savoir si un administrateur salarié peut être désigné « permanent syndical » en vertu des dispositions d'un accord collectif d'entreprise sur l'exercice du droit syndical. L'accord litigieux du 27 juin 2001 au Crédit Lyonnais prévoit en effet que les organisations syndicales représentatives peuvent désigner un permanent en sus des délégués syndicaux prévus par la loi, avec une mission d'animation de l'action syndicale dans l'entreprise, mais sans fonction propre de négociation collective ou de représentation du personnel. Un tel permanent dispose-t-il d'un « mandat syndical » au sens de l'article L. 227-30 précité ?

La question posée à la Cour de cassation n'était pas celle de savoir si un administrateur salarié nommé permanent pouvait disposer d'un droit d'option et pouvait être nommé permanent en renonçant à son mandat d'administrateur, mais directement celle de la compatibilité des deux fonctions, question à laquelle les juges du fond ont répondu de façon opposée. Selon le

tribunal de grande instance, l'incompatibilité ainsi édictée a pour objet d'éviter les conflits d'intérêts et concerne donc tout mandat syndical de défense des intérêts des salariés dans l'entreprise, peu important que le permanent syndical ne soit pas investi de fonctions de négociation collective ou de représentation du personnel. Au contraire la cour d'appel, par une application littérale du texte, a considéré que l'expression « tout mandat syndical » ne vise que les mandats visés par l'article L. 227-30.

L'arrêt de cassation commenté, en décidant que le mandat de permanent syndical institué par l'accord, en sus des mandats de délégués syndicaux, pour permettre à son titulaire de se consacrer à plein temps à l'action syndicale est un « mandat syndical » au sens de l'article L. 227-30 du Code du travail, consacre l'interprétation téléologique retenue par le tribunal et suggérée en doctrine (J. Savatier : La représentation des salariés dans les organes des sociétés anonymes après la loi du 25 juillet 1994, Droit Social janvier 1995 p. 33-38) et retient qu'entre dans les prévisions du texte tout mandat syndical susceptible de créer des conflits d'intérêt avec les fonctions de membre du conseil d'administration.

b) Action en justice – Intérêt collectif de la profession

Chambre sociale, 23 février 2005 (Bull. n° 71)

voir supra rubrique « contrats particuliers »

c) Comité d'entreprise et comité d'établissement – Exercice du droit d'alerte

Chambre sociale, 1er mars 2005 (Bull. n° 77)
Chambre sociale, 12 octobre 2005 (Bull n° 287)

La question posée par ces pourvois concernait la détermination des titulaires du droit d'alerte prévu à l'article L. 432-5 du Code du travail lorsque l'entreprise est divisée en établissements distincts.

La Chambre sociale, prenant en compte la lettre même de l'article L. 432-5 du Code du travail et la finalité de la procédure d'alerte, retient que l'exercice de ce droit étant subordonné à l'existence de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, les comités d'établissement ne sont pas investis de cette prérogative qui appartient au seul comité central d'entreprise.

2. Protection des représentants du personnel

a) Résiliation judiciaire – Action intentée par le salarié protégé – Possibilité (oui) – Compétence prud'homale – Réparation du préjudice consécutif à un harcèlement moral (oui)

Chambre sociale, 16 mars 2005 (Bull. n° 94)

Le salarié représentant du personnel, délégué du personnel, membre du comité d'entreprise ou représentant syndical à ce comité, bénéficie en cas de licenciement, comme le délégué syndical, d'une protection légale, liée à son mandat et instituée non dans son intérêt mais dans celui de la collectivité des travailleurs. Un tel licenciement ne peut notamment être prononcé par l'employeur, en application des articles L. 425-1 et L. 436-1 du Code du travail, qu'après

autorisation de l'inspecteur du travail, qui vérifie, sous le contrôle du juge administratif, que le licenciement envisagé n'est pas en rapport avec les fonctions représentatives ou syndicales normalement exercées. Le salarié, en raison du caractère d'ordre public de cette protection, ne peut y renoncer.

Mais si, en l'absence de licenciement, l'employeur ne satisfait pas aux obligations que lui impose le contrat de travail, la protection ainsi instituée interdit-elle au salarié concerné de poursuivre devant le juge judiciaire la résiliation de ce contrat aux torts de l'employeur ? Une telle possibilité était précédemment écartée par la jurisprudence qui excluait toute résiliation judiciaire du contrat de travail d'un salarié protégé (Soc., 18 juin 1996, Bull. nº 248).

Revenant sur cette position – de nature à mettre le salarié protégé dans une situation humainement très difficile et à amoindrir sa protection par rapport aux autres salariés – la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui rejette sur ce point le pourvoi, a voulu placer le salarié protégé dans une situation identique à celle des autres salariés, en lui permettant, comme les salariés ordinaires, de poursuivre la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur en cas de manquements.

L'employeur, en revanche, ne peut mettre fin au contrat de travail qu'en recourant à la procédure de licenciement dans le respect, d'une part des garanties qu'elle institue pour tout salarié, et, d'autre part, de la protection particulière qu'elle assure au représentant du personnel comme au délégué syndical.

Le manquement allégué au contrat consistant en l'espèce en manœuvres de harcèlement moral, l'arrêt souligne par ailleurs que le juge prud'homal connaît de l'entier dommage consécutif à un harcèlement. Une telle compétence résulte de son aptitude à juger des différents s'élevant à l'occasion du contrat de travail.

b) Transaction – Nullité – Cause illicite – Statut protecteur – Renonciation par avance – Possibilité (non)

Chambre sociale, 16 mars 2005 (Bull. nº 98)

Cet arrêt précise la jurisprudence de la Chambre sociale sur la nullité de la transaction conclue entre un employeur et un salarié protégé lorsque le licenciement n'a pas été autorisé par l'autorité administrative.

On sait que la Chambre sociale considère qu'est nulle toute transaction conclue avant la notification du licenciement, qui doit être faite par lettre recommandée avec accusé de réception. Dans un arrêt du 10 juillet 2002 (Bull. nº 49), la chambre a appliqué cette règle à un salarié protégé, même lorsqu'une autorisation administrative de licenciement a été accordée. Mais elle n'avait pas encore eu l'occasion de prendre nettement position lorsque la transaction est conclue alors que l'employeur n'a pas sollicité l'autorisation administrative de licenciement, c'est-à-dire lorsque la transaction conclue a pour effet, sinon pour objet, d'éluder le statut protecteur.

En l'espèce le salarié était protégé en raison de la connaissance par l'employeur de l'imminence de sa candidature lors de la convocation à l'entretien préalable. La date de la transaction

était incertaine si bien que l'on ignorait si elle avait été conclue avant ou après la notification du licenciement. En revanche il était constant qu'aucune autorisation administrative n'avait été sollicitée.

Dans l'arrêt commenté, la Chambre sociale combine deux règles pour conclure à la nullité absolue de la transaction lorsqu'elle fait échec à la procédure de licenciement exceptionnelle exorbitante du droit commun dont bénéficie le salarié protégé. Après avoir rappelé que cette procédure est prévue non dans leur seul intérêt, mais dans celui de l'ensemble des salariés qu'ils représentent, la cour applique la règle classique selon laquelle la transaction ne peut pas être conclue avant la notification du licenciement, mais en précisant que celle-ci ne peut avoir lieu qu'après l'obtention de l'autorisation administrative, si bien que toute transaction conclue avant cette obtention est nulle. Autrement dit la notification du licenciement avant l'obtention de cette autorisation est nulle, si bien que la transaction l'est également.

Cet arrêt complète ainsi la solution admise par un précédent arrêt qui, après avoir rappelé que le salarié protégé ne peut pas renoncer par avance aux dispositions protectrices exorbitantes du droit commun, admet qu'il peut, lorsqu'un licenciement, même illégal, lui a été notifié, renoncer à sa réintégration et conclure avec l'employeur une transaction en vue de régler les conséquences pécuniaires de la rupture (Soc., 5 février 2002, Bull. nº 54). Cette solution concerne en effet une situation où l'autorisation administrative accordée avait été annulée, la transaction n'avait donc pas pour objet ou pour effet d'éluder le statut protecteur. Il résulte clairement de l'arrêt commenté, que quand bien même la transaction serait conclue postérieurement à la notification du licenciement, elle est nulle si une autorisation administrative n'a pas été préalablement, non seulement sollicitée, mais obtenue.

c) Rupture pendant la période d'essai – Statut protecteur – Application (oui)

Chambre sociale, 26 octobre 2005 (Bull. nº 306, deux arrêts)

Ces deux arrêts décident d'appliquer les règles légales assurant une protection particulière à des salariés à raison de la mission ou du mandat qu'ils exercent à la rupture du contrat de travail pendant la période d'essai.

Le premier arrêt concerne un conseiller du salarié, le second un médecin du travail. Mais la généralité des termes de l'attendu de principe lui confère une portée générale.

Ces arrêts modifient la jurisprudence antérieure, rare et ancienne, sur la rupture du contrat de travail de salariés protégés pendant la période d'essai. Des arrêts du 9 février 1966 (Bull. nº 162) et du 20 juillet 1987 (pourvoi nº 85-44 534) avaient en effet exclu l'application de la procédure protectrice à la rupture du contrat de travail d'un médecin du travail pendant la période d'essai ; un autre arrêt du 13 mars 1985 (Bull. nº 33, D. 1985 p. 442, note J. Mouly) avait procédé à la même exclusion s'agissant d'un conseiller prud'homme. Il est vrai que les hypothèses de rupture pendant la période d'essai concernent, sauf exception, des salariés protégés autres que les représentants du personnel. La liste en est aujourd'hui assez longue (médecin du travail, conseiller prud'homme, conseiller du salarié, membre salarié du conseil d'administration des URSSAFF, représentants des salariés dans les entreprise en difficulté, administrateur salarié et membre du conseil d'orientation et de surveillance des caisses d'épargne, médiateur intervenant en cas de harcèlement sexuel).

Cette jurisprudence s'inscrivait dans une conception extensive de la liberté de rupture de l'employeur pendant la période d'essai quelle que soit la cause de la rupture ou la qualité du salarié (note Mouly précitée). Elle a été critiquée par la doctrine, notamment s'agissant du médecin du travail à raison de l'objet même de sa mission (J.C. Javilliers Le statut des médecins du travail, Droit social avril 1980 S 50).

Cette jurisprudence ne paraissait guère en harmonie avec les arrêts Perrier du 21 juin1974, (Bull. Civ. Ch. mixte, nº 3), qui excluent que l'employeur puisse poursuivre la rupture du contrat de travail d'un salarié protégé par tout autre moyen que la procédure exceptionnelle et exorbitante du droit commun dont il bénéficie à raison de son mandat, lequel est exercé dans l'intérêt collectif des salariés. Et l'on sait que la jurisprudence n'a pas hésité pour cette raison à étendre l'application de la procédure protectrice à des hypothèses non visées expressément par la loi (comme la mise à la retraite C.E. 8 février 1995, Crédit Lyonnais nº 134963). Dans cette perspective, il n'y a pas de raison d'exclure la protection qui s'attache au mandat ou à la fonction du salarié pendant la période d'essai, car l'intérêt de la collectivité pour lequel le mandat ou la fonction est exercée doit être aussi pris en compte.

Cette jurisprudence n'était pas non plus en harmonie avec l'évolution récente de la jurisprudence de la Chambre sociale sur la période d'essai qui décide aujourd'hui que les règles de protection des accidentés du travail (en dernier lieu, Soc., 12 mai 2004, Bull. nº 132), la procédure disciplinaire (Soc., 10 mars 2004, Bull. nº 80) ou les règles de protection contre les discriminations (Soc., 16 février 2005, pourvoi nº 02-42 402 pour une rupture à raison de l'état de santé) s'appliquent à la rupture pendant la période d'essai. La jurisprudence assure donc la protection des droits et libertés fondamentaux des salariés pendant la période d'essai en retenant une approche plus finalisée de l'exclusion des règles de rupture en fonction de l'objet propre de la période d'essai (Cf. J. Mouly, « la résiliation de l'essai pour un motif étranger à ses résultats », Droit Social, 2005 p. 614).

Les textes figurant au visa de ces arrêts autorisent cette approche. L'article L. 122-4 ouvre en effet la sous section I « résiliation du contrat » de la section I du chapitre II du livre I du Code du travail relative à la rupture du contrat à durée indéterminée. C'est dans cette sous section que figurent les règles du licenciement proprement dit, c'est-à-dire de la rupture à l'initiative de l'employeur au sens du premier alinéa de ce texte. Le contrat de travail comportant une période d'essai étant parfait dès sa conclusion, l'alinéa 2 de l'article L. 122-4 qui décide que « ces » règles ne sont pas applicables à la période d'essai, a donc textuellement pour seul objet d'exclure, pendant la période d'essai, les règles du licenciement figurant dans cette sous section. En outre, l'article L. 122-14-7 qui figure dans la même section précise que les règles de cette section I (donc y compris celle relative à la période d'essai) « ne dérogent pas aux dispositions législatives ou réglementaires qui assurent une protection particulière à certains salariés définis par lesdites dispositions ».

Le visa de ces deux arrêts qui se réfèrent aux articles L. 122-4 et L. 122-14-7 du Code du travail, outre les règles légales particulières concernant le conseiller du salarié et le médecin du travail, et leur motivation qui s'inspire de celle des arrêts Perrier, leur donne donc une portée très générale, quels que soient les salariés protégés.

Ces arrêts appellent à l'évidence des compléments. Ils ne précisent pas l'objet du contrôle que devra exercer l'autorité administrative, car cela relève de la compétence de la juridiction administrative. Compte tenu du pouvoir de l'employeur d'apprécier les qualités du salarié pendant la période d'essai, le contrôle doit-il être limité à l'absence de prise en considération du mandat lors de la rupture de l'essai ou peut-il être plus large ?

D'autres questions appellent aussi des réponses. On songe notamment à celle de la connaissance par l'employeur de la situation de salarié protégé du salarié dont l'essai est rompu, les mandats extérieurs à l'entreprise faisant seulement l'objet d'une publicité ; le problème ne se pose d'ailleurs pas seulement pendant la période d'essai. La jurisprudence appliquant strictement les textes estime aujourd'hui que cette publicité, légalement prévue, est opposable à tous, et donc à l'employeur. Mais on sait bien qu'en pratique l'employeur n'a pas nécessairement connaissance du mandat. Pour éviter des litiges, une réforme portant sur l'information de l'employeur de la situation du salarié au moment de la rupture de l'essai serait fort utile. Il y aura lieu aussi de s'interroger sur l'effet suspensif de la procédure d'autorisation sur le cours de la période d'essai.

F. Rupture du contrat de travail

1. Prise d'acte de la rupture

a) Prise d'acte de la rupture par le salarié – Effets

Chambre sociale, 19 janvier 2005 (Bull. n° 11)
Chambre sociale, 19 janvier 2005 (Bull. n° 12)

Ces deux arrêts s'inscrivent dans le cadre de l'évolution de la prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail depuis la décision du 25 juin 2003 (Bull., n° 209 et Rapport annuel 2003 p. 323). Ils apportent deux précisions importantes : d'une part, dès la prise d'acte le contrat de travail est rompu et le juge doit seulement rechercher si les faits invoqués par le salarié la justifiaient, de sorte qu'il importe peu que l'employeur ait ensuite imputé la rupture au salarié, voire notifié un licenciement, qui est non avenu ; d'autre part, seuls des faits suffisamment graves peuvent justifier que les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse soient attachés à une prise d'acte.

b) Prise d'acte de la rupture par le salarié – Manquements reprochés à l'employeur – Manquements non visés dans la lettre de prise d'acte – Portée

Chambre sociale, 29 juin 2005 (Bull. n° 223)

Les arrêts de principe du 25 juin 2003 (Bull n° 209) ont posé pour règle que lorsque le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission ; cette jurisprudence a été réaffirmée par l'arrêt du 19 octobre 2004 (Bull n° 263), qui rappelle que la qualification de la rupture ne dépend que des faits invoqués par le salarié à l'appui de sa prise d'acte ; les juges doivent donc examiner si les griefs invoqués par le salarié justifiaient ou non la rupture.

L'arrêt du 29 juin 2005 tranche la question de savoir si la lettre de prise d'acte fixe les limites du litige ou bien si le salarié conserve la possibilité d'invoquer devant le juge les faits non mentionnés dans cette lettre.

C'est en faveur de la seconde solution que s'est prononcée la Chambre sociale, refusant ainsi d'assimiler la lettre de prise d'acte et la lettre de licenciement ; en effet si la lettre de licenciement est prévue par la loi et constitue l'aboutissement d'une procédure obligatoire, il n'en est pas de même de la lettre de prise d'acte dont la finalité est de matérialiser la rupture. Les griefs qui fondent cette rupture devant nécessairement être soumis et débattus devant le juge qui seul peut qualifier la rupture, il en résulte que, conformément à l'article 6 du nouveau Code de procédure civile, le salarié doit pouvoir faire valoir devant le juge tous les faits propres à fonder ses prétentions.

2. Licenciement

Contrat de travail – Rupture – Licenciement – Formalités légales – Lettre de licenciement – Date d'expédition – Expédition – Effets – Fixation du moment d'appréciation de la validité de la décision de licencier

(Assemblée plénière, 28 janvier 2005, Bull. n° 1 ; BICC n° 617, p. 11, rapport de Mme Bellamy et avis de M. de Gouttes)

L'article L. 122-32-2 du Code du travail dispose qu'au cours des périodes de suspension du contrat de travail d'un salarié victime d'un accident du travail, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail à durée indéterminée que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de l'impossibilité où il se trouve pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie, de maintenir ledit contrat, et que toute résiliation du contrat de travail prononcée en méconnaissance de cette disposition est nulle.

Il ne précise pas si la résiliation est prononcée lors de l'envoi de la lettre de licenciement ou lors de sa réception.

Si elle l'est lors de cet envoi, la résiliation est nulle et le salarié a le choix entre demander sa réintégration dans son emploi ou dans un emploi équivalent, ou ne pas la demander.

S'il la demande, il a droit à une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période s'étant écoulée entre son licenciement et sa réintégration.

S'il ne la demande pas, il a droit aux indemnités de rupture et à celles réparant le préjudice résultant du caractère illicite de son licenciement.

Dans la présente affaire, la lettre de licenciement avait été expédiée au salarié quatre jours avant que celui-ci ne soit victime d'un accident de travail et avait été reçue par lui après cet accident, soit pendant la période de suspension de son contrat de travail.

La Cour de cassation avait décidé à plusieurs reprises que, dans de tels cas, la résiliation était nulle.

Ainsi, le 7 décembre 1999, alors que le salarié avait été victime d'un accident de travail le lendemain de l'envoi de la lettre de licenciement, elle avait cassé l'arrêt retenant que c'était à la date du prononcé de la décision de licenciement qu'il fallait se placer pour apprécier la validité de la rupture du contrat (Soc., 7 décembre 1999 pourvoi nº 97-43 734) et, le 30 octobre 2000, dans la présente espèce, elle avait cassé l'arrêt qui retenait que le licenciement avait été prononcé avant la suspension du contrat de travail et que la circonstance selon laquelle le salarié avait reçu la lettre de licenciement en cours de période de suspension était sans effet sur la validité de celui-ci.

Sa position s'appuyait sur l'article L. 122-14-1 du Code du travail en ce qu'il dispose que la date de présentation de la lettre recommandée notifiant le licenciement fixe le point de départ du délai-congé, ce qui implique que le licenciement n'est effectif qu'à compter de cette date, mais elle faisait supporter à l'employeur les conséquences d'événements survenus après qu'il ait exprimé sa volonté de rompre le contrat.

Par l'arrêt du 28 janvier 2005, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation est revenue partiellement sur cette jurisprudence en décidant que la circonstance que la lettre de licenciement, envoyée avant que le salarié ne soit victime d'un accident de travail, n'est parvenue à celui-ci que pendant la période de suspension du contrat de travail consécutive à cet accident, n'avait pas pour conséquence de rendre nul le licenciement prononcé avant cet accident.

Elle a précisé que, dans ce cas, le licenciement ne produirait ses effets qu'à l'expiration de la période de suspension du contrat de travail de l'intéressé.

Désormais, la validité du licenciement d'un salarié victime d'un accident du travail s'apprécie à la date d'envoi de la lettre de rupture et non à celle de la réception de cette lettre.

Et c'est à la date d'expiration de la période de suspension du contrat de travail que doivent être examinés les droits du salarié résultant de la rupture antérieurement notifiée et non à celle de la réception de cette lettre.

2-1 Formalités de licenciement

Entretien préalable – Délai séparant la convocation de l'entretien – Absence d'institutions représentatives du personnel – Délai de cinq jours – Renonciation – Possibilité (non)

Chambre sociale, 28 juin 2005 (Bull. nº 215)

L'article L. 122-14 du Code du travail dispose qu'« En l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié a la faculté de se faire assister par un conseiller de son choix et l'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation au salarié de la lettre recommandée de convocation ou sa remise en mains propres », sans que ne soit expressément prévue la sanction de l'inobservation de ce délai.

Cette disposition a déjà été interprétée par la Cour de cassation de façon à rendre effective la protection du salarié voulue par le législateur : il a été ainsi jugé que le non-respect du délai de cinq jours ouvrables entre la présentation au salarié de la lettre de convocation à l'entretien préalable et l'entretien lui-même, constituait une irrégularité qui ne pouvait être couverte par le

fait que le salarié était assisté lors de cette phase de la procédure (Soc., 7 octobre 1998, pourvoi nº 96-43 276).

La question s'est ici posée de savoir si le salarié pouvait refuser le bénéfice du délai de cinq jours entre la convocation et l'entretien préalable au licenciement, instauré à son profit par l'article L. 122-14 du Code du travail.

L'intérêt de l'arrêt du 28 juin 2005 est d'affirmer avec la plus grande netteté que le salarié ne peut renoncer au délai de cinq jours, destiné à préserver ses droits. La Chambre sociale considère ainsi les dispositions de l'article L. 122-14 du Code du travail comme étant d'ordre public, et les parties ne peuvent, conformément à l'article 6 du Code civil, y déroger par leur seule volonté. Le non-respect de ce délai cause donc nécessairement un préjudice au salarié, fût-il de principe (Soc., 20 octobre 1994, pourvoi nº 93-42 635), mais n'a pas pour effet de rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

2-2 Licenciement pour motif économique

a) Licenciement collectif – Plan social – Nullité – Effets

Chambre sociale, 15 juin 2005 (Bull. nº 202)

La nullité qui affecte un plan social, en raison de son insuffisance, s'étend aux licenciements économiques ensuite prononcés (Soc., 14 février 1997, Bull. nº 64, Rapport annuel 1997, p. 201), en sorte que les salariés licenciés dans ces conditions doivent être réintégrés dans leur emploi, s'ils le demandent. Cette réintégration des salariés dans leur emploi ou dans un emploi similaire est une conséquence nécessaire de la nullité d'un licenciement et la loi du 17 janvier 2002 a par la suite prévu, en modifiant l'article L. 122-14-4 du Code du travail, la poursuite du contrat de travail, nonobstant un licenciement qui est atteint de nullité, lorsque le salarié le demande.

Cependant, cette réintégration ne peut être ordonnée quand elle est matériellement impossible, notamment du fait de la disparition de l'entreprise (Soc., 9 juillet 1986, Bull. nº 368 ; Soc., 24 juin 1998, Bull. nº 340 ; Soc., 25 juin 2003, Bull. nº 207 (2)). C'est ce que rappelle le présent arrêt, en rejetant le pourvoi formé contre une décision qui, pour écarter les demandes de réintégration présentées en raison de l'annulation du plan social, avait relevé que tous les actifs de l'entreprise avaient été réalisés et que le site industriel sur lequel elle exerçait auparavant son activité avait été entièrement reconverti. Dès lors qu'il ressortait de ces constatations que l'entreprise avait disparu, les salariés ne pouvaient exiger leur réintégration dans les seuls emplois qu'ils avaient quittés, après que le comité d'entreprise eût tenté sans succès de faire reconnaître l'existence d'une unité économique et sociale.

Il convient d'observer que, depuis, la loi du 18 janvier 2005, qui n'était pas applicable ici et qui modifie à nouveau l'article L. 122-14-4 du Code du travail, a fixé des limites à la réintégration des salariés, à laquelle elle confère en outre un caractère facultatif, en l'excluant notamment en cas de fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible. Dans sa décision du 13 janvier 2005, le Conseil constitutionnel a considéré que ces dispositions n'étaient pas contraires à la Constitution, en reconnaissant au législateur le pouvoir de concilier les exigences contraires que sont le droit à l'emploi et la liberté d'entreprendre.

b) Licenciement économique – Motif économique – Définition

Chambre sociale, 14 décembre 2005 (pourvoi nº 03-44 380)

En principe, il n'appartient pas au juge appelé à se prononcer sur la cause réelle et sérieuse d'un licenciement pour motif économique, de rechercher l'origine de la situation invoquée par l'employeur (Soc., 1er mars 2000, Bull. nº 81) et en particulier de porter une appréciation sur les choix de gestion de celui-ci et leurs conséquences sur l'entreprise. Il en va toutefois différemment lorsque cette situation est imputable à sa légèreté blâmable (Soc., 16 janvier 2001, Bull. nº 10).

La légèreté blâmable qui suppose une décision prise de manière inconsidérée en dépit des conséquences graves qu'elle peut entraîner, doit être distinguée de la simple erreur d'appréciation du chef d'entreprise dont les prévisions peuvent être déjouées par les aléas de la vie économique.

Dans l'affaire ici évoquée, la cour d'appel, pour décider que le licenciement du salarié était dépourvue de cause réelle et sérieuse, avait estimé constituée la légèreté blâmable de l'employeur qui avait créé de nouveaux emplois sans s'être assuré qu'il pourrait les financer. Il n'y avait pourtant rien là qui révélât un comportement désinvolte de l'employeur, dont le pronostic de développement de l'entreprise ne s'était pas vérifié.

C'est pourquoi la décision de la cour d'appel a été censurée aux motifs qu'elle avait constaté les difficultés économiques de l'entreprise et que l'erreur du chef d'entreprise dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion ne caractérise pas à elle seule la légèreté blâmable.

c) Licenciement économique – Réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise

Chambre sociale, 11 janvier 2006 (pourvois nº 04-46 223 et autres, nº 05-40 997)

Selon l'article L. 321-1 du Code du travail, constitue un licenciement pour motif économique le licenciement résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail consécutive notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. Depuis l'arrêt Vidéocolor du 5 avril 1995 (Bull. nº 123) la Cour de cassation admet que « lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation peut constituer un motif économique si elle est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe à laquelle elle appartient ». Il résulte de cette jurisprudence maintes fois confirmée depuis, que la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise est un motif économique autonome qui peut justifier une réorganisation de l'entreprise, et donc les modifications de contrat de travail qu'elle implique, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer des difficultés économiques ou des mutations technologiques. Selon le Conseil Constitutionnel, la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise n'exige pas que sa survie soit en cause (CC 12 janvier 2002, D.C. nº 2001-455). Pour autant, la Cour de cassation, en contrôlant la sauvegarde de la compétitivité comme motif autonome de réorganisation de l'entreprise, s'assure que les modifications de contrats de travail ou les suppressions d'emploi en résultant ne sont pas fondées sur le seul souci d'économie ou d'amélioration de la rentabilité de l'entreprise (Soc. 1er décembre 1999, Bull. nº 466).

Les trois arrêts rendus par la Chambre sociale le 11 janvier 2006, mais délibérés en 2005, dont deux sont publiés, ne modifient en rien cette jurisprudence, qu'ils confirment au contraire. Mais ils précisent la notion de « sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise » en prenant en compte les exigences de la gestion prévisionnelle des emplois. La légitimité de la réorganisation de l'entreprise pour sauvegarde de sa compétitivité ne peut résulter en effet que de la conciliation nécessaire, plusieurs fois rappelée par le Conseil Constitutionnel, entre la liberté d'entreprendre, dont découle la liberté de gestion des entreprises, et le droit à l'emploi.

Les pourvois formés contre trois arrêts de cours d'appel ayant statué dans des sens opposés sur la même opération de restructuration, justifiée, selon les lettres de licenciement, à la fois par un contexte concurrentiel nouveau, né du développement des nouvelles technologies, et la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, ont conduit la Chambre sociale, dans un souci de clarification, à définir plus précisément cette notion de sauvegarde. En l'espèce, la réorganisation se traduisait principalement par une modification du portefeuille des produits de 930 conseillers commerciaux et de leurs conditions de rémunération, la création de 42 nouveaux emplois et 9 licenciements, qui n'ont pas en définitive été prononcés. Environ 700 salariés ont accepté cette modification, ceux qui l'ont refusée ont été licenciés. Considérant que le développement de la concurrence liée à cette évolution technologique menaçait la compétitivité de l'entreprise et qu'elle pouvait utiliser sa santé financière pour procéder à cette réorganisation, qui avait été « bénéfique pour l'emploi » et qui avait même permis une augmentation de la rémunération moyenne de l'ensemble des conseillers commerciaux, la cour d'appel de Dijon avait considéré que le motif économique était justifié. Au contraire, la cour d'appel de Montpellier, considérant que l'adaptation aux nouvelles technologies était déjà réalisée, avait, elle, estimé que la survie de l'entreprise n'était pas menacée et qu'elle était dans une situation prospère, si bien que la réorganisation avait pour seul objectif d'améliorer sa rentabilité.

En énonçant tout d'abord que la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ne suppose pas l'existence de difficultés économiques actuelles, les trois arrêts de la Chambre sociale confirment la jurisprudence antérieure qui admettait la prise en compte d'évolutions de l'entreprise postérieures au licenciement (Soc., 26 mars 2002, Bull. n° 106).

En affirmant, ensuite, que la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi, répond au critère de sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, la Cour de cassation précise la portée de ce critère dans une optique de prévention. Sur ce point, l'arrêt n'affirme nullement que pourraient être justifiés par un tel motif des licenciements économiques effectués pour prévenir des difficultés économiques sans autre justification. En relevant que les difficultés économiques à venir étaient liées à des mutations technologiques la Cour de cassation indique que la source des difficultés futures doit être démontrée et appelle des mesures d'anticipation.

Enfin, il ressort de ces arrêts que la prévention concerne les conséquences pour l'emploi des difficultés prévisibles. Des commentateurs des précédents arrêts sur la sauvegarde de la compétitivité avaient déjà souligné l'objectif de prévention propre à ce motif qui intègre naturellement l'objectif de sauvegarder le maximum d'emplois. Et tel était le cas dans la réorganisation mise en œuvre dans les affaires en litige.

Cet impératif de gestion prévisionnelle, dont l'article 72 de la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 – article L. 320-2 du Code du travail –, a encore accru la portée, irrigue ces décisions qui portent, il faut le rappeler, sur des modifications du contrat de travail et non sur des suppressions d'emplois. On peut d'ailleurs se demander si dans les entreprises où l'article L. 320-2 du Code du travail s'applique, la nouvelle obligation de négocier sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences et les mesures d'accompagnement susceptibles d'y être associées ainsi que sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi et les salaires, ne devrait pas conduire à une approche plus rigoureuse des mesures de licenciement économique qui interviendraient par la suite, notamment lorsque la gestion prévisionnelle aura été défaillante.

2-3 Licenciement pour motif personnel

a) Licenciement – Faute grave – Manquement à l'obligation de sécurité

Chambre sociale, 23 mars 2005 (Bull. n° 99)
Chambre sociale, 30 septembre 2005 (Bull. n° 278)

La Chambre sociale rappelle dans ces arrêts qu'en cas de manquement à l'obligation qui lui est faite par l'article L. 230-3 du Code du travail de prendre soin de sa sécurité et de sa santé, ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou omission au travail, un salarié engage sa responsabilité et une faute grave peut être retenue contre lui.

b) Licenciement – Indemnité de préavis – Paiement par l'employeur – Exclusion de la faute grave (non)

Chambre sociale, 2 février 2005 (Bull. n° 42)

La Chambre sociale de la Cour de cassation reprend dans cet arrêt la définition de la faute grave d'un arrêt du 26 février 1991 (Bull. n° 97), définition dont on peut souligner qu'elle est en conformité avec celle résultant de la Convention internationale du travail n° 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée à Genève et publiée en France par le décret n° 90-140 du 9 février 1990 (J.O. du 15 février) ; l'article 11 de cette convention dispose en effet que la faute grave est « une faute d'une nature telle que l'on ne peut raisonnablement exiger de l'employeur qu'il continue à occuper le salarié pendant la période de préavis ».

Cet arrêt ne revient pas sur la doctrine d'un autre arrêt du 15 mai 1991 (Bull. n° 237) qui interdit à l'employeur d'invoquer une faute grave lorsqu'il a laissé le salarié exécuter le préavis. Dans la présente affaire l'employeur n'avait en effet pas laissé le salarié accomplir le préavis mais lui avait notifié un licenciement à effet immédiat, tout en acceptant de lui payer une somme équivalente au montant de l'indemnité de préavis. Le seul fait de ce paiement, qui atténue les conséquences pécuniaires très lourdes pour le salarié de la faute grave, ne peut priver l'employeur du droit de l'invoquer. Par un arrêt du 8 janvier 1997 (pourvoi n° 95-40 230), mais qui n'avait pas été publié au bulletin, la Chambre sociale avait d'ailleurs déjà jugé que « le paiement volontaire de l'indemnité compensatrice de préavis ne prive pas l'employeur du droit d'invoquer la faute grave dès lors qu'il s'est opposé à l'exécution du préavis ».

3. Résiliation judiciaire

a) Résiliation judiciaire – Action intentée par le salarié protégé – Possibilité (oui) – Compétence prud'homale – Réparation du préjudice consécutif à un harcèlement moral.

Chambre sociale, 16 mars 2005 (Bull. nº 94)

Voir supra rubrique « protection des représentants du personnel »

b) Résiliation judiciaire – Action intentée par le salarié – Mise à la retraite d'un salarié postérieure à la demande de résiliation judiciaire – Portée

Chambre sociale, 12 avril 2005 (Bull. nº 131)

La question à laquelle avait à répondre la Chambre sociale porte sur la détermination de la date de rupture du contrat de travail lorsqu'il est mis fin à celui-ci par un événement qui, telle la retraite du salarié, intervient avant qu'il n'ait été statué sur la demande de résiliation judiciaire introduite par le salarié.

Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à l'employeur, cette rupture étant acquise à la date de la prise d'acte, les juges du fond n'ont pas à examiner les griefs énoncés dans une lettre de licenciement postérieure (Soc., 7 avril 2004, pourvoi nº 02-42 917). Ce licenciement doit être considéré comme non avenu (Soc., 19 janvier 2005, Bull. nº 12).

Toutefois, lorsqu'un salarié demande la résiliation de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, tout en continuant à travailler à son service, et que ce dernier le licencie ultérieurement pour d'autres faits survenus au cours de la poursuite du contrat, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation du contrat de travail était justifiée ; c'est seulement dans le cas contraire qu'il doit se prononcer sur le licenciement notifié par l'employeur (Soc., 16 février 2005, Bull. nº 54).

Cette dernière solution était-elle transposable, et dans quelle mesure, au cas de départ ou mise à la retraite du salarié avant le prononcé de la résiliation judiciaire sollicitée ? La Chambre sociale a considéré que la situation était différente dans la mesure où la mise à la retraite, dès lors que toutes les conditions légales en sont réunies, relève d'une rupture en quelque sorte « objective » du contrat de travail. Une telle rupture ne peut être remise en cause par le juge, qui peut seulement allouer au salarié des dommages-intérêts si les griefs contre son employeur étaient fondés.

c) Résiliation judiciaire

Chambre sociale, 15 mars 2005 (Bull. nº 79)

La Chambre sociale, reprenant une solution déjà adoptée dans un arrêt du 11 décembre 1996 (pourvoi nº 93-45 901), rappelle dans ces décisions qu'il relève du pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier si l'inexécution de certaines des obligations résultant d'un contrat synallagmatique présente une gravité suffisante pour en justifier la résiliation.

4. Conséquences de la rupture

Rupture et travail dissimulé

Travail dissimulé – Sanction – Cumul de l'indemnité forfaitaire prévue par l'article L. 324-11-1 du Code du travail avec les indemnités dues en cas de rupture du contrat de travail

Chambre sociale, 25 mai 2005 (Bull. n° 181)
Chambre sociale, 12 janvier 2006 (pourvois n° 03-44 776, 03-44.77, 04-43 105, 04-40 991, 04-42 151, 04-42 190, 03-46 800, 04-42 159, 04-41 769)

Par huit arrêts rendus le 12 janvier 2006, la Chambre sociale de la Cour de cassation a opéré une nouvelle approche de la question du cumul ou du non-cumul de l'indemnité, communément appelée « indemnité pour travail dissimulé », prévue par l'article L. 324-11-1 du Code du travail avec les indemnités de rupture du contrat de travail. Elle limite désormais ce non-cumul à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement.

À l'origine de ce contentieux se trouve la relative imprécision de l'article L. 324-11-1 précité, issu de la loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 et renforcé par la loi n° 97-210 du 11 mars 1997, suivant lequel *« Le salarié auquel un employeur a eu recours en violation des dispositions de l'article L. 324-10 a droit en cas de rupture de la relation de travail à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire, à moins que l'application d'autres règles légales ou de stipulations conventionnelles ne conduise à une solution plus favorable »*. S'il est certain que le versement de l'indemnité pour travail dissimulé au salarié auquel un employeur a fait appel en violation de l'article L. 324-10 exige au préalable la rupture du contrat de travail, quelle qu'en soit la forme, la nature des indemnités susceptibles d'être concernées par la règle est plus incertaine. Cette imprécision tranche particulièrement en comparaison des termes utilisés dans l'article L. 341-6-1 al. 2, § 2, relatif à l'emploi irrégulier d'un étranger, qui a droit au titre de la période d'emploi illicite, *« en cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire égale à un mois de salaire à moins que l'application des règles figurant aux articles L. 122-3-4* (indemnité de précarité), *L. 122-3-8, troisième alinéa* (dommages et intérêts pour rupture anticipée abusive du contrat à durée déterminée), *L. 122-8 et L. 122-9* (indemnités légales de préavis ou de licenciement) *ou des stipulations contractuelles correspondantes ne conduisent à une situation plus favorable »*. Elle le rend sujet à interprétation, ce qui conduit à rechercher sa spécificité dans le cadre global du dispositif de lutte contre le travail dissimulé, qui comporte également des sanctions pénales et administratives.

La lettre même de l'article L. 324-11-1 consacre l'application « substitutive » de l'indemnité pour travail dissimulé. Mais en liant deux préjudices, celui causé par la dissimulation d'emploi et celui résultant de la rupture de la relation de travail, ce texte aboutirait à imposer une règle de non-cumul entre indemnités de nature différente, ce qui est à première vue paradoxal. Les travaux préparatoires des deux lois précitées ne nous renseignent pas sur la nature des indemnités visées par cette règle du non-cumul, dont le triple objectif est néanmoins rappelé dans une circulaire du 9 novembre 1992 : dissuader les employeurs – apporter une réparation minimale au préjudice subi par le salarié – rompre la connivence qui, de fait, existe parfois

entre l'employeur et le salarié, compte tenu des conditions économiques dans lesquelles se trouve ce dernier.

Depuis un arrêt du 15 octobre 2002 (Bull. nº 312 : non-cumul de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé avec les dommages et intérêts dus en application de l'article L. 122-3-8 du Code du travail), la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est progressivement prononcée en faveur de l'application généralisée de la règle du non-cumul, en affirmant à plusieurs reprises que l'indemnité forfaitaire de l'article L. 324-11-1 du Code du travail ne s'ajoutait pas aux autres indemnités auxquelles le salarié pourrait prétendre au titre de la rupture de son contrat, seule la plus favorable devant lui être accordée (cf Soc., 10 juin 2003, Bull. nº 190 et Soc. 6 juillet 2004, Bull. nº 192 : non-cumul avec les dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; cf encore, par exemple, Soc., 18 janvier 2005, pourvoi nº 02-45 095, non publié : non-cumul avec le montant total des indemnités de licenciement et des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse). Il était ainsi admis que le minimum forfaitaire, défini par le législateur pour dédommager le salarié de la rupture de la relation de travail conclue frauduleusement, avait pour fonction première d'assurer une indemnisation équitable du salarié, alors même que celui-ci serait, compte tenu de sa situation d'emploi dissimulé, dans l'impossibilité d'établir son ancienneté dans l'entreprise.

Certes, la solution du non-cumul généralisé bénéficie principalement aux salariés ayant une faible ancienneté, ce qui peut paraître paradoxal, mais ce faisant, elle remplit également une fonction dissuasive, puisque dans ce cas (emploi de moins de deux ans), elle coûte plus cher à l'employeur que les indemnités liées à la rupture auxquelles le salarié aurait pu normalement prétendre, et par ailleurs elle évite l'effet d'aubaine consistant, pour le salarié « non déclaré » dont la situation aurait perduré, à obtenir, à l'occasion de la rupture de son contrat de travail, davantage que le salarié qui aurait travaillé en toute légalité. Cependant, elle a été critiquée justement à plusieurs titres, comme étant susceptible d'aboutir à des solutions injustes. D'une part, il est apparu contre-productif de l'appliquer aux indemnités qui, versées à l'occasion de la rupture, n'en résultent pas directement, comme l'indemnité de préavis, qui a la nature d'un salaire, et les congés payés afférents : un employeur qui licencie le salarié sans préavis, en cas de dispense ou de licenciement pour faute grave imputée à tort, se trouve ainsi déchargé du paiement du salaire correspondant en cas de dissimulation d'activité. D'autre part, dans certaines hypothèses, il a été observé que cette même solution pouvait aboutir à une indemnisation identique du salarié dont le travail est dissimulé, que son licenciement soit ou non pourvu d'une cause réelle et sérieuse, l'un ou l'autre des préjudices (travail dissimulé ou rupture illégitime) n'étant donc pas pris en compte. Une réponse ministérielle exclut d'ailleurs le caractère de substitution de l'indemnité forfaitaire de l'article L. 324-11-1 par rapport à l'indemnité de l'article L. 122-14-4 pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle indique qu'« *en effet, l'indemnité pour licenciement abusif répare un préjudice provoqué directement par la rupture du contrat de travail et la perte d'emploi qui frappe le salarié, en l'absence de tout motif légitime. Elle ne peut pas se confondre avec l'indemnité forfaitaire qui se rattache, elle, à l'irrégularité de l'emploi du salarié dissimulé* ».

Par l'arrêt du 25 mai 2005 la Chambre sociale avait amorcé un revirement de jurisprudence en décidant que l'indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire prévue à l'article L. 324-11-1 du Code du travail en cas de travail dissimulé pouvait se cumuler avec l'indemnité compensa-

trice de préavis, l'indemnité de congés payés et l'indemnité conventionnelle de licenciement. Plusieurs arrêts, non publiés, rendus postérieurement en formation restreinte, ont alors maintenu le principe du non-cumul en ce qui concerne l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (29 juin 2005, pourvoi n° 02-47 538 et Soc. 14 septembre 2005, pourvoi n° 03-43 613).

Cette solution, renforçant le caractère dissuasif de l'indemnité pour travail dissimulé, présentait toutefois l'inconvénient majeur d'une énumération au cas par cas des multiples indemnités dont la rupture des divers types de contrat de travail peut être l'occasion et, par voie de conséquence, d'introduire l'incertitude et l'insécurité quant au cumul ou au non-cumul. Par ailleurs, s'agissant de l'indemnité conventionnelle de licenciement, le cumul n'apparaissait pas compatible avec les termes même de l'article L. 324-11-1, qui fait référence à des « *stipulations conventionnelles* » dont l'application entraînerait une solution plus favorable.

La Chambre sociale a donc décidé de réunir une série d'affaires et de réexaminer l'ensemble de la question en formation plénière. Les arrêts adoptés et rendus le 12 janvier 2006 décident que les dispositions de l'article L. 324-11-1 du Code du travail ne font pas obstacle au cumul de l'indemnité forfaitaire qu'elle prévoit avec les indemnités de toute nature auxquelles le salarié a droit en cas de rupture de la relation de travail, à la seule exception de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement. Sont donc cumulables avec l'indemnité pour travail dissimulé, notamment : l'indemnité compensatrice de préavis et l'indemnité de congé payé (pourvois n° 04-40 991 et n° 04-42 190), l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (pourvoi n° 03-46 800) et pour non-respect de la procédure de licenciement (pourvois n° 03-44 776, n° 03-44 777 et n° 04-43 105), les dommages et intérêts pour violation de l'ordre des licenciements (pourvois n° 04-41 769 et n° 04-42 159). L'indemnité de licenciement légale ou conventionnelle ne se cumule pas avec l'indemnité forfaitaire, seule la plus élevée des deux devant être allouée au salarié (pourvoi n° 04-42 190).

Cette nouvelle jurisprudence simplificatrice permet d'indemniser de façon raisonnable et dissuasive les salariés victimes d'une dissimulation de leur emploi et tient compte de la différence des préjudices réparés à l'occasion de la rupture du contrat de travail. On ajoutera enfin que la problématique du traitement judiciaire du travail dissimulé est plus que jamais d'actualité. Par la loi du 2 août 2005, le législateur réaffirme l'impérieuse nécessité de la lutte contre le « fléau socio-économique » qu'est le travail dissimulé. Il aggrave les peines d'amende dues en cas de travail dissimulé au motif que le montant des sanctions financières existantes peut « *paraître inférieur aux bénéfices potentiels de cette forme illégale d'activité et s'avérer ainsi peu dissuasif* ». Cette modification de l'article L. 362-3 du Code du travail intervient alors même que la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure et celle du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance avaient aggravé, à deux reprises en deux ans d'intervalle, le montant des amendes pénales dues. Par les arrêts du 12 janvier 2006, la Cour de cassation s'inscrit quant à elle dans une volonté de renforcement du rôle et de l'effectivité de la sanction civile du travail dissimulé.

G. Actions en justice

1. Impartialité

Chambre sociale, 26 janvier 2005 (Bull. nº 30)
Chambre sociale, 2 février 2005 (Bull. nº 44)

Dans ses arrêts du 26 janvier et du 2 février 2005, la Chambre sociale précise les contours de l'exigence d'impartialité en matière prud'homale.

Tout d'abord, l'exigence d'impartialité s'oppose-t-elle à ce qu'un conseiller prud'homal exprime publiquement son opinion sur une affaire dont sa juridiction est saisie ?

Dans l'affaire du 26 janvier 2005, la Chambre sociale juge que cette circonstance n'est pas de nature à mettre en cause l'impartialité de la juridiction appelée à statuer dès lors que le conseiller qui s'est publiquement prononcé sur l'affaire ne figure pas dans la composition de la section appelée à statuer sur celle-ci. Précisément, c'est donc parce que l'intéressé n'appartenait pas à cette section qu'il n'y avait pas de raison objective de renvoyer l'affaire devant une autre juridiction pour cause de suspicion légitime.

Ensuite, l'exigence d'impartialité permet-elle de laisser un délégué syndical représenter ou assister un salarié, alors qu'il est conseiller prud'homal de la juridiction appelée à se prononcer sur le litige ?

Dans l'espèce du 2 février 2005, la section encadrement du conseil de prud'hommes de Paris était saisie d'un litige opposant un salarié à son employeur. Ce salarié avait choisi d'être assisté par un délégué syndical FO qui était par ailleurs conseiller prud'homal à la section industrie du même conseil de prud'hommes.

La Cour a jugé qu'en vertu de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial. Par conséquent, un conseiller prud'homme ne peut exercer de mission d'assistance ou de mandat de représentation devant le conseil de prud'hommes dont il est membre.

Cette solution est classique. En effet, la Chambre sociale a déjà jugé en ce sens dans une affaire, similaire à celle du 2 février 2005, où un délégué syndical par ailleurs conseiller prud'homal de la juridiction saisie, représentait le salarié (Soc., 8 janvier 1997, Bull. nº 11). En outre, elle a appliqué le même principe dans une espèce où la salariée était représentée par son époux membre de la juridiction prud'homale saisie (Soc., 3 juillet 2001, Bull. nº 247).

Il faut remarquer que cette solution s'impose même si le représentant ou le mandataire en question n'est pas appelé à se prononcer sur l'affaire en cause, comme n'étant pas par exemple membre de la section amenée à se prononcer.

2. Immunité de juridiction

Chambre sociale, 25 janvier 2005 (Bull nº 16)

L'immunité de juridiction est reconnue à certaines organisations internationales par l'effet des traités instituant ces organisations ou des « Accords de siège » qu'elles ont conclus avec les Etats.

Cette immunité permet aux organisations internationales de ne pas être attraites devant les juridictions de l'Etat où elles résident, ni en matière pénale, ni en matière civile.

Ce principe d'immunité doit se combiner avec le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue par un tribunal. Ce droit, affirmé par le paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, est reconnu par la communauté universelle des nations.

En l'espèce, l'organisme en cause était la Banque africaine de développement créée par l'accord international de Khartoum du 4 août 1963, signé par la France.

À l'appui de son pourvoi, la Banque, opposée à l'un de ses anciens salariés de nationalité française, soutenait que les juges d'appel français avaient commis un excès de pouvoir en déclarant recevables les demandes du salarié, alors qu'elle bénéficiait d'une immunité de juridiction prévue à l'article 52 de l'accord de siège.

L'ancien salarié répliquait que si l'immunité de juridiction était appliquée, il se trouvait privé de tout recours juridictionnel et dans l'impossibilité de voir juger par un tribunal sa contestation relative au paiement de primes, la seule procédure administrative interne à la banque sur recours du salarié n'étant pas assimilable à un recours devant une juridiction.

Sensible à cette argumentation, la Chambre sociale rejette le pourvoi et fait prévaloir le droit universellement reconnu à un tribunal sur l'application d'un accord instituant une immunité de juridiction au bénéfice d'une organisation internationale.

La Chambre sociale reconnaît explicitement l'existence de droits, tel le droit à un tribunal, qui relèvent d'un ordre public international.

En vertu de cet ordre public international créateur de droits, les juges du fond, sans excès de pouvoir, peuvent alors décider d'écarter d'autres normes rentrant en conflit.

3. Prescription

Prescription civile – Salaire – Paiement – Prescription quinquennale – Domaine d'application

Chambre sociale, 15 mars 2005 (Bull. nº 89)

Prescription civile – Discrimination syndicale – Action en réparation – Prescription

Chambre sociale, 15 mars 2005 (Bull. nº 86)

Ces deux arrêts rendus par la formation plénière de la Chambre sociale illustrent le conflit de la prescription quinquennale et de la prescription trentenaire en matière d'actions en paiement de sommes réclamées à l'occasion d'une relation de travail.

Dans la première espèce, le salarié réclamait le paiement des indemnités prévues pour les personnels des caisses primaires d'assurance maladie en cas d'installation et de départ en outre-mer ; en effet l'agent qui rejoint pour la première fois une caisse de sécurité sociale située dans un département d'outre-mer se voit attribuer par des dispositions conventionnelles une indemnité de départ et une indemnité d'installation, et ce quelles que soient les circonstances de cette affectation (mutation, permutation ou première installation), ainsi que l'a jugé récemment la Chambre sociale à propos d'une permutation (Soc., 27 octobre 2003, Bull. nº 272).

La question posée par le pourvoi était celle de savoir si ces indemnités de départ et d'installation payables en une seule fois étaient soumises à la prescription quinquennale de l'article L. 143-14 du Code du travail ou bien à la prescription trentenaire.

La Chambre sociale soumet ces indemnités conventionnelles à la prescription quinquennale après avoir relevé qu'elles avaient la nature de complément de salaire.

Cette jurisprudence se situe dans la droite ligne de l'interprétation téléologique du domaine d'application de la prescription quinquennale – issue en droit du travail de la loi nº 71-486 du 16 juillet 1971 – opérée par la Chambre sociale, laquelle, conformément à la finalité de la loi précitée, y englobe les diverses contreparties d'un travail salarié ; ainsi relèvent de la prescription quinquennale le versement des sommes qui auraient dû être payées en raison de l'absence de prise de repos (Soc., 13 janvier 2004, Bull. nº 2), le paiement de la contrepartie financière à l'obligation de non-concurrence (Soc., 26 septembre 2002, Bull. nº 283), le paiement de sommes qui auraient dû être payées au titre du repos compensateur d'astreinte (Soc., 5 mai 2004, pourvoi nº 02-44 949). Et la périodicité des paiements en litige est indifférente pour l'application de la prescription quinquennale.

Cette interprétation extensive est d'ailleurs conforme au droit communautaire : dès le 25 mai 1971 (Arrêt Defrenne, Recueil p. 451) la Cour de Justice des Communautés Européennes a ainsi dit que la notion de rémunération comprenait « tous les avantages, en espèce ou en nature, actuels ou futurs, pourvu qu'ils soient payés par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier ». Et dans son arrêt Garland du 9 février 1982 (Recueil 1982 p. 359 et Revue trimestrielle de droit européen 1983, p. 602 à 605), la Cour de Justice des Communautés Européennes a confirmé cette doctrine à propos d'un avantage en matière de transport : il suffit que « les avantages soient octroyés en relation avec l'emploi ». Et l'actuel article 141 du Traité CEE, modifié par le traité d'Amsterdam, dispose qu'on entend par rémunération, le salaire, le traitement ordinaire de base, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèce ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

Cette interprétation extensive de la prescription quinquennale connaît néanmoins certaines limites, dont un exemple est donné dans le second arrêt du 15 mars 2005.

Dans la seconde espèce, un salarié engagé par un constructeur automobile en 1974, a exercé, à partir de 1978, des mandats de représentant du personnel. En 1997, il a engagé une action judiciaire contre son employeur en faisant notamment valoir que, du fait de son engagement syndical, il avait été victime d'une discrimination syndicale, prohibée par l'article L. 412-2 du Code du travail, se traduisant par une augmentation de salaire inférieure à celle des cadres de son niveau. Il réclamait en réparation des dommages et intérêts d'un montant de presque trois millions de francs.

La cour d'appel avait retenu que le salarié avait fait l'objet d'une discrimination syndicale du 1er janvier 1980 au 26 février 2002 « et condamné l'employeur à lui payer une somme de 260 000 euros de dommages et intérêts en réparation de l'ensemble du préjudice subi sur le fondement de l'article L. 412-2 du Code du travail ».

Le pourvoi invoquait une violation de l'article L. 143-14 du Code du travail pour refus d'application de la prescription quinquennale à la demande en paiement de sommes correspondant en partie à une perte de salaires sur plus de vingt ans.

La Chambre sociale a rejeté l'argumentation du pourvoi et retenu une prescription trentenaire. Cette solution se justifie de plusieurs manières : d'une part, le texte même de l'article L. 412-2 du Code du travail qui sanctionne les mesures prises par l'employeur en violation de l'interdiction d'ordre public de discrimination syndicale par l'octroi de dommages-intérêts. Le législateur a donc entendu faire en quelque sorte masse de tous les types de préjudices liés à une telle discrimination, et cela sans distinguer entre les conséquences en résultant, de sorte qu'il aurait été hasardeux, et difficile d'application, d'en extraire le préjudice lié à un manque à gagner salarial pour le soumettre à la prescription quinquennale ; d'autre part, une prescription courte est mal adaptée à ce type de contentieux, dans la mesure où la discrimination syndicale est difficile à prouver et que c'est au fil du temps que le salarié se rend compte par comparaison avec les traitements reçus par ses collègues qu'il est victime d'une discrimination ; sans doute, cet inconvénient pourrait être résolu en faisant varier le point de départ de la prescription mais cette question ne se posera réellement que lorsque la durée de la prescription contractuelle de droit commun, actuellement de trente ans, sera ramenée à dix ans comme cela est envisagé.

4. Preuve – Licéité

Pouvoir de direction – Contrôle et surveillance des salariés – Accès au contenu d'un fichier personnel enregistré sur un support informatique – Conditions

Chambre sociale, 17 mai 2005 (Bull nº 165)

Par cet arrêt du 17 mai 2005, la Chambre sociale vient compléter sa construction jurisprudentielle sur la licéité des modes de preuve (cf. BICC, nº 69, jan-fév-mars 2005, Etude, « l'obligation de loyauté dans la collecte des preuves en droit du travail »).

Dans cette espèce, à la suite de la découverte de photos érotiques dans un tiroir de bureau d'un salarié, l'employeur avait procédé à une recherche sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition sur le lieu de travail, qui avait permis de trouver un ensemble de dossiers totalement étrangers à ses fonctions figurant notamment sous un fichier intitulé « perso ». Se fondant sur ces faits, l'employeur avait licencié ce salarié pour faute grave.

Faisant droit au moyen du pourvoi qui reprochait à la cour d'appel de s'être fondée sur des éléments de preuve illicites, pour avoir été puisés dans un dossier identifié par le salarié comme étant personnel, la Chambre sociale vient préciser les conditions dans lesquelles l'employeur peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition : ce ne peut être qu'en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé ; à défaut, la preuve est illicite. Ce n'est qu'en cas de risque ou événement particulier (l'on peut penser à l'urgence de récupérer des dossiers indispensables au fonc-

tionnement de l'entreprise ou à sa sécurité ou au risque imminent de perdre des éléments de preuve), que l'ouverture de fichiers personnels peut se faire en l'absence du salarié.

Cet arrêt est à rapprocher d'une solution précédente (Soc., 11 décembre 2001, Bull. nº 377) selon laquelle l'employeur ne peut procéder à l'ouverture de l'armoire individuelle d'un salarié qu'en présence de l'intéressé ou celui-ci prévenu sauf risque ou événement particulier et qu'à défaut, l'employeur ne peut se fonder sur la preuve de l'existence de trois canettes de bière trouvées dans l'armoire personnelle du salarié pour lui reprocher une faute grave.

5. Juge des référés

e) Référé – Mesures conservatoires ou de remise en état – Trouble manifestement illicite – Exécution d'une clause de non-concurrence non assortie de contrepartie financière – Inopposabilité

Chambre sociale, 25 mai 2005 (Bull. nº 180)

Depuis les arrêts de principe du 10 juillet 2002 (Bull. nº 239), en l'absence de contrepartie financière, une clause de non-concurrence est nulle.

Cette exigence de contrepartie financière est d'application immédiate et est donc applicable à une clause convenue antérieurement à ces arrêts de principe (Soc., 17 décembre 2004, Bull. nº 346 ; Rapport annuel de la Cour de cassation 2004, p. 213).

Par cet arrêt du 25 mai 2005, la Chambre sociale vient préciser que l'exécution d'une clause de non-concurrence non assortie de contrepartie financière constitue un trouble manifestement illicite auquel le juge des référés peut mettre fin en déclarant la clause inopposable au salarié ; le juge des référés n'aurait pu en effet, sans excéder ses pouvoirs, annuler ladite clause et devait se borner à décider de son inopposabilité.

f) Référé – Office du juge des référés – Limites

Chambre sociale, 11 mai 2005 (Bull. nº 58)

La Chambre sociale rappelle par le présent arrêt la règle selon laquelle le juge des référés n'a pas le pouvoir de statuer sur le fond du litige.

En l'espèce, un salarié a saisi un conseil de prud'hommes en référé afin d'obtenir le paiement de dommages-intérêts, estimant que son contrat de travail avait été rompu de manière abusive par son employeur. Sur l'appel formé par le salarié, la cour d'appel a augmenté le montant de la provision allouée en première instance, après avoir dit que la rupture du contrat de travail était imputable à l'employeur.

La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi fondé sur une violation de l'article L. 122-3-8 du Code du travail, relève d'office le moyen selon lequel le juge des référés n'a pas le pouvoir de se prononcer sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail. Cette question relève de la seule compétence du juge du fond.

6. Appel

Procédure orale – Conclusions valant déclaration d'appel – Dépôt – Moment – Appel incident – Forme – Procédure sans représentation obligatoire

Chambre sociale, 5 juillet 2005 (Bull nº 233)

Dans l'espèce soumise à la Chambre sociale, l'employeur, appelant principal, s'était finalement désisté de son appel par voie de conclusions, qu'il avait réitérées à l'audience des débats, après que les salariées aient elles-mêmes formé appel incident par voie de conclusions enregistrées au greffe antérieurement au désistement de l'employeur. Les juges d'appel avaient considéré qu'il convenait de donner son plein effet au désistement de l'employeur dès lors que, compte tenu du principe de l'oralité des débats, le dépôt de conclusions portant appel incident ne suffisait pas à établir l'antériorité de l'appel incident des salariées.

L'arrêt d'appel est cassé par la Chambre sociale qui décide que, nonobstant le principe de l'oralité des débats en matière prud'homale, l'appel incident peut être régulièrement formé par dépôt ou envoi au greffe de conclusions valant déclaration d'appel.

Cette solution s'inscrit dans la logique des actes de saisine de la juridiction d'appel et de désistement de ces actes qui peuvent procéder d'un écrit dont la règle de l'oralité des débats ne met pas en cause la validité. La Deuxième chambre civile de la Cour de cassation admet d'ailleurs la validité de l'appel incident formé par dépôt de conclusions avant l'audience (2e Civ., 15 juin 1988, Bull. nº 142).

La Chambre sociale de la cour de cassation a également déjà admis que, nonobstant le principe de l'oralité des débats, des écrits puissent valablement engager les parties. Ainsi, il y a lieu de tenir compte des conclusions écrites d'appel incident (Soc., 27 janvier 2000, pourvoi nº 97-43 845), de même, un désistement fait par écrit dans une procédure orale produit un effet extinctif immédiat, lorsqu'il qu'il a été fait antérieurement avant tout appel incident ou demande incidente (Soc., 14 mai 2002, pourvoi nº 00-40 751 ; Soc., 9 décembre 2003, pourvoi nº 01-46 185).

Dès lors que l'appel avait été formulé régulièrement par les salariées antérieurement aux conclusions de désistement de l'employeur, le désistement devait être accepté ainsi que l'exige l'article 401 du nouveau Code de procédure civile.

Faute de l'avoir été en l'espèce, il ne pouvait produire effet, contrairement à ce qu'a jugé la cour d'appel dont l'arrêt est censuré au visa de l'article 401 du nouveau Code de procédure civile.

7. Aide juridictionnelle

Aide juridictionnelle – Demande – Obligation incombant à la juridiction

Chambre sociale, 27 septembre 2005 (Bull. nº 269)

Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, la cour d'appel avait rejeté une demande de renvoi formée par courrier, estimant qu'elle n'était saisie d'aucun moyen par l'effet du caractère oral de la procédure et de l'absence du demandeur à l'audience. Le demandeur avait cependant

précisé, dans ce même courrier, qu'il sollicitait le renvoi pour déposer une demande d'aide juridictionnelle afin d'obtenir l'assistance d'un avocat.

La question posée à la Cour de cassation était la suivante : la cour d'appel était-elle tenue de renvoyer l'affaire et de saisir le bureau d'aide juridictionnelle de cette demande ?

Cet arrêt fournit à la Chambre sociale l'occasion de rappeler un principe déjà affirmé dans un précédent arrêt (*19 juillet 2000, Bull. nº 311*) et adopté par la Deuxième chambre civile le 28 mai 2003 (*Bull. nº 158*) et le 1er avril 2004 (*Bull. nº 123*), selon lequel il incombe à une cour d'appel de transmettre une demande d'aide juridictionnelle contenue dans une lettre de demande de renvoi qui lui est adressée.

Sécurité sociale

Sécurité sociale – Accident du travail – Faute inexcusable de l'employeur – Conditions – Lien de causalité – Cause déterminante – Nécessité (non)

(Assemblée plénière, 24 juin 2005, Bull. nº 7 ; BICC nº 625, p. 30, rapport de M Trédez et avis de Mme Barrairon)

La question posée à l'Assemblée plénière était de savoir si la faute inexcusable de l'employeur doit avoir été déterminante de l'accident.

Le 4 juillet 1989, M. GRYMONPREZ, salarié de la société NORGRAINE, aidait un collègue de travail à déplacer un échafaudage métallique pour le ranger sur le côté du bâtiment de l'entreprise comme il le faisait tous les soirs après son travail ; au cours de la manœuvre, l'échafaudage, qui avait été surélevé le matin même pour permettre de peindre le haut du bâtiment, a heurté une ligne électrique de 20000 volts ; électrocuté, M. GRYMONPREZ s'est vu reconnaître un taux d'IPP de 95 % avec assistance d'une tierce personne.

Le salarié a été débouté par le tribunal des affaires de sécurité sociale d'Arras de sa demande tendant à voir reconnaître la faute inexcusable de l'employeur et cette décision a été confirmée par la cour d'appel de Douai qui *a relevé que bien que l'employeur n'ait pris aucune précaution et qu'il ait méconnu son obligation générale de sécurité, la faute de l'employeur n'avait pas été la cause déterminante de l'accident* ***qui était dû à l'inattention de la victime qui n'avait pas pensé à regarder en l'air en déplaçant le matériel.***

La Chambre sociale a cassé cette décision au motif que *la cour d'appel, qui avait constaté que l'employeur n'avait pris aucune précaution, ce dont il résultait qu'il devait être conscient du danger encouru par le salarié, et avait commis une faute déterminante dans la survenance de l'accident, n'avait pas tiré les conséquences légales de ses constatations et violé l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale (Chambre sociale, 15 février 2001, pourvoi nº 99-15 133).*

La cour d'appel d'Amiens, désignée comme cour de renvoi, a débouté à nouveau le salarié de ses demandes en considérant que *la cause déterminante de l'accident se trouvait dans la faute de la victime.*

M. GRYMONPREZ ayant formé un nouveau pourvoi, l'affaire a été renvoyée devant l'Assemblée plénière par la Deuxième chambre civile en charge du contentieux de la sécurité sociale depuis le 1er mars 2003.

La loi du 9 avril 1898 sur la sécurité au travail *ayant un caractère transactionnel*, avait prévu que l'indemnisation de la victime d'un accident du travail se ferait sans rechercher les causes de l'accident, en dehors de toute notion de faute. En contrepartie, la réparation ne serait plus intégrale mais forfaitaire. Toutefois, en cas de *faute inexcusable de l'employeur* ou de faute de la victime, l'indemnisation serait modulée.

La loi n'ayant pas défini la faute inexcusable, les Chambres Réunies de la Cour de cassation dans l'arrêt Dame veuve Villa c/ la Compagnie d'Assurances Générales allaient la définir le 15 juillet 1941 (Bull. Ch. Réunies no 183) :

« comme une faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant par le défaut d'un élément intentionnel de la faute intentionnelle ».

La gravité exceptionnelle de la faute ne s'apprécie pas en soi mais par rapport à la nature des obligations qui pèsent sur l'auteur de veiller à la sécurité des personnes placées sous son autorité ; il s'agit en général de l'exposition délibérée de la victime à un danger soit en violation des règlements d'hygiène et de sécurité, soit au mépris d'une obligation de prudence.

La faute inexcusable doit résulter d'un acte ou d'une omission volontaire, la simple distraction ne pouvant constituer une faute inexcusable même si ses conséquences ont été graves.

En exigeant que l'employeur ait eu conscience du danger qu'il faisait courir, la jurisprudence recherche qu'elle doit être *la conduite normale d'un employeur moyen*.

Ce qui importe c'est la conscience qu'aurait raisonnablement dû avoir l'auteur de la faute en raison de son expérience, de ses connaissances techniques et non pas une connaissance effective du danger. La Cour de cassation se borne à constater que *l'auteur ne pouvait ignorer le danger*, ou *ne pouvait pas ne pas en avoir conscience ou encore qu'il aurait dû en avoir conscience*.

À ces conditions rigoureuses la jurisprudence en avait ajouté une autre tenant à l'exigence que **cette faute ait été déterminante de l'accident**, ce qui n'était pas le cas lorsque les circonstances de l'accident étaient demeurées incertaines et que la cause n'avait pu être déterminée.

Dans l'hypothèse d'un concours entre la faute de la victime et la faute de l'employeur, pour être qualifiée d'inexcusable la faute de l'employeur doit avoir joué *un rôle déterminant* dans la survenance de l'accident.

Deux thèses peuvent alors servir de base au raisonnement :

– Selon une première thèse, celle de la causalité adéquate inspirée par le philosophe allemand von KRIES à la fin du XIXe siècle, la cause adéquate est la cause qui, normalement,

entraîne toujours un dommage de l'espèce considérée, par opposition aux causes qui n'entraînent un tel dommage que par suite de circonstances extraordinaires.

Selon cette thèse, pour rechercher la cause déterminante d'un accident du travail, il convient de *distinguer la faute principale de la faute secondaire.* Cette distinction implique la prise en considération des obligations qui, dans l'organisation et l'exécution du travail, incombent à chacune des parties.

Ainsi, la faute de la victime constitue la cause déterminante d'un accident chaque fois que la victime n'a pas respecté les consignes qui lui ont été données ni les règles de prudence et de sécurité compte tenu de sa compétence personnelle.

– Selon une deuxième thèse, celle de l'équivalence des conditions, développée par le criminaliste allemand von BURI en 1885, tous les événements qui ont conditionné le dommage sont équivalents ; appliquée à l'accident du travail, la cause déterminante doit être imputée à celle des fautes qui a *matériellement et directement* occasionné le préjudice subi par la victime.

Selon cette thèse, toutes les fautes de la victime qui sont la cause matérielle et directe d'un accident du travail ont pour effet *d'atténuer la responsabilité* de l'employeur et de l'exonérer, le cas échéant, de toute faute inexcusable.

Attachée à la théorie de la causalité adéquate, la Chambre sociale a exigé que la faute de l'employeur ait été la cause directe et déterminante du dommage.

La faute d'un tiers ou celle de la victime empêche de considérer la faute de l'employeur comme *la cause première et essentielle ou déterminante* de l'accident.

Cette faute conserve toutefois un caractère déterminant dès lors que, sans elle, l'imprudence commise par le salarié n'aurait pu avoir lieu.

Depuis le vote de la loi du 9 avril 1898 qui a cessé de considérer l'accident comme résultant d'une faute, plusieurs textes ont multiplié les moyens de prévenir les accidents, en particulier la **directive européenne du 12 juin 1989** concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs qui a fait peser sur l'employeur une *obligation de mise en œuvre de la sécurité dans le monde du travail.*

Selon cette directive, l'employeur est obligé d'assurer la *sécurité et la santé* des travailleurs dans tous les aspects liés au travail.

Cette directive a été transposée à l'article L. 230-2 du Code du travail selon lequel le chef d'établissement doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs de l'établissement, y compris des travailleurs temporaires.

L'obligation de respecter les prescriptions d'hygiène et de sécurité pèse directement sur le chef d'entreprise qui est désormais soumis à une ***obligation générale de sécurité*** qui constitue, selon Jean Emmanuel RAY, une ***véritable obligation de résultat***.

Cette obligation générale de sécurité a été reprise par la Chambre sociale dans le cadre de maladies professionnelles dues à l'exposition à l'amiante en donnant une ***nouvelle définition de la faute inexcusable*** le 28 février 2002 (Bull. V nº 81) :

« En vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ».

Cet attendu de principe allait être repris par la Chambre sociale le 11 avril 2002 pour l'adapter aux accidents du travail.

Désormais, selon la nouvelle définition, la condition d'une *faute d'une exceptionnelle gravité* est abandonnée. L'employeur pourra donc être condamné dans le cas d'une simple faute.

Le manquement à l'obligation de sécurité de résultat a le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur *avait ou aurait dû avoir* conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver.

Cette exigence ne vise pas une *connaissance effective* du danger ; la Chambre sociale se réfère à cet égard à un entrepreneur avisé ou averti et le risque doit avoir été raisonnablement prévisible.

Complétant sa jurisprudence, la Chambre sociale a décidé enfin dans un nouvel arrêt du 31 octobre 2002 :

« Il est indifférent que la faute inexcusable commise par l'employeur ait été la cause déterminante de l'accident survenu au salarié ; il suffit qu'elle soit une cause nécessaire pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, alors même que d'autres fautes auraient concouru au dommage » (Soc. 31 octobre 2002 Bull. nº 336).

Par cet arrêt, la Chambre sociale procède à un *revirement de jurisprudence* sur l'exigence du caractère déterminant de la faute inexcusable affirmé depuis des décennies.

Désormais, il importe peu que la faute ait simplement concouru au dommage et que ce dernier résulte en partie de la faute d'un tiers ou de celle de la victime elle-même ; **un lien de causalité reste néanmoins une condition essentielle.**

La Deuxième chambre civile allait reprendre cette nouvelle définition en décidant le 12 mai 2003 que *« malgré l'imprudence de la victime, la faute inexcusable d'un employeur ne saurait être écartée dès lors qu'il est constaté que celui-ci aurait dû avoir conscience du danger encouru et qu'il n'avait pris aucune mesure de protection appropriée » ;* la preuve de cette attitude incombe à la victime comme l'a décidé la Deuxième chambre civile le 8 juillet 2004 au visa de l'article 1315 du Code civil ; le salarié ne bénéficie pas d'une *présomption de faute inexcusable* ; le régime de droit commun de la charge de la preuve reste applicable.

Il faut encore souligner que désormais l'abandon de la cause déterminante permet de retenir la faute inexcusable dès lors qu'une condamnation pénale est intervenue.

Ce principe de l'autorité absolue de la chose jugée au pénal est aujourd'hui neutralisé par la loi Fauchon du 10 juillet 2000 relative aux délits non intentionnels.

En effet, selon le nouvel article 4-1 du Code de procédure pénale,

« l'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du Code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage en application de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie ».

Désormais, un employeur peut être condamné même en cas de relaxe au pénal si la victime démontre devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale que ce même fait constitue une faute présentant le caractère d'une faute inexcusable.

De plus, la majoration de la rente prévue en cas de faute inexcusable de l'employeur ne peut plus être réduite en fonction de la gravité de cette faute mais seulement en cas de faute inexcusable de la victime.

Celle-ci a été définie par la Deuxième chambre civile le 27 janvier 2004 (Bull. II nº 25) comme « la faute volontaire du salarié, d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience ».

La faute inexcusable du salarié est tout d'abord une *faute volontaire,* ce qui suppose que le salarié ait agi délibérément avec discernement, en dehors de toute contrainte.

Mais il n'est pas nécessaire qu'il ait voulu provoquer l'accident, ce qui la distingue de la faute intentionnelle.

La gravité de la faute doit être exceptionnelle : il doit s'agir ainsi d'une grave imprudence ou d'un manquement aux règles les plus élémentaires de prudence.

Le salarié doit avoir conscience du danger, ce qui rejoint la définition de la faute inexcusable de l'employeur ; *aucune raison valable* ne doit enfin expliquer le geste du salarié.

Cette définition n'est pas sans rappeler la définition de la faute inexcusable de la victime d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur au sens de la loi du 5 juillet 1985, à savoir *la faute volontaire d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison admissible son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience* comme l'a rappelé l'Assemblée plénière le 10 novembre 1995 (Ass. plén. 10 novembre 1995 Bull. nº 6).

Si le salarié peut commettre une faute inexcusable au même titre que l'employeur, c'est aussi parce qu'il est soumis comme ce dernier à une ***obligation légale de sécurité.***

L'article L. 230-3 du Code du travail impose en effet au salarié de prendre soin, *en fonction de sa formation et selon ses possibilités,* de sa sécurité, de sa santé ainsi que de celle des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions.

Toutefois, la responsabilité de l'employeur n'est pas affectée automatiquement par la responsabilité propre du salarié qui doit veiller à sa sécurité autant qu'à celle de ses collègues.

L'employeur est en effet tenu à une obligation de sécurité de résultat dont *le fondement devient contractuel et non seulement légal.*

L'obligation de sécurité est née avec un arrêt de la chambre civile du 21 novembre 1911 dans le domaine du contrat de transport pour être étendue progressivement au contrat médical, au contrat de bail d'immeubles, aux contrats de quasi-transport permettant l'exercice d'activités sportives ou ludiques et aux contrats d'entreprises les plus divers ainsi qu'au contrat de vente.

Par ses arrêts rendus en matière de maladie professionnelle puis en matière d'accident du travail, la Chambre sociale a affirmé le fondement contractuel et non seulement légal de cette obligation de sécurité.

Comme l'observe un commentateur de l'arrêt du 31 octobre 2002, « *désormais, en cas de concours de faute, tout manquement de l'employeur à son obligation contractuelle de sécurité de résultat se suffit à lui-même pour caractériser sa faute inexcusable, même si d'autres fautes ont concouru à la réalisation du dommage* ». *(Y. Saint Jours Dalloz 2003 p. 645).*

La notion de « **cause déterminante** » étant donc abandonnée au profit de la notion de « **cause nécessaire** », la *faute commise par le salarié, notamment par imprudence, ne peut exercer aucune incidence sur l'existence de la faute inexcusable de l'employeur.*

Ce dernier en effet est tenu à une ***obligation de sécurité de résultat*** à la différence du salarié dont l'obligation de sécurité mise à sa charge par l'article L. 230-3 du Code du travail est définie comme une *obligation de moyens*.

Dans l'arrêt rendu le 24 juin 2005, l'Assemblée plénière valide les solutions retenues par la Chambre sociale et la Deuxième chambre civile en ce qui concerne la définition de la faute inexcusable de l'employeur et particulièrement l'abandon du caractère déterminant de la faute, la définition de la faute inexcusable du salarié et le cas exclusif de réduction de la rente attribuée à la victime :

1° en vertu du contrat de travail l'employeur est tenu envers le salarié d'une obligation de sécurité de résultat ; le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ;

2° il est indifférent que la faute inexcusable commise par l'employeur ait été la cause déterminante de l'accident ; il suffit qu'elle soit une cause nécessaire pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée alors même que d'autres fautes auraient concouru au dommage ;

3° la faute de la victime n'a pas pour effet d'exonérer l'employeur de la responsabilité qu'il encourt en raison de sa faute inexcusable ; seule une faute inexcusable de la victime peut permettre de réduire la majoration de sa rente ; présente un tel caractère la faute volontaire de la victime, d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience.

Accident du travail – Prescription – Point de départ – Maladie développée à la suite d'une vaccination contre l'hépatite B – Révélation – Date – Portée – Prescription civile – Prescription biennale – Article L. 431-2 du Code de la sécurité sociale

2e chambre Civile, 22 mars 2005 (Bull. no 75)

Selon l'article L. 431-2 du Code de la sécurité sociale, les droits de la victime ou de ses ayants droit en matière d'accident du travail se prescrivent par deux ans à compter du jour de l'accident ou de la cessation du paiement de l'indemnité journalière.

Cette prescription est soumise aux règles de droit commun.

Par un arrêt du 3 janvier 1974, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait décidé que l'ignorance d'une relation de cause à effet entre le travail et l'affection ne constituait pas un cas de force majeure, de nature à suspendre la prescription (Soc., 3 janvier 1974, Bull., no 8 : l'ignorance de la médecine de la part de la victime d'un accident du travail ne constitue pas, en cas de rechute, un fait de force majeure de nature à entraîner la suspension de la prescription de deux ans prévue aux articles 465 et 489 du Code de la sécurité sociale).

Cette solution a été reprise par un arrêt du 6 octobre 1994, s'agissant d'une mise en évidence tardive, en raison de l'évolution des connaissances scientifiques (Soc., 6 octobre 1994, Bull. no 263 : l'ignorance dans laquelle s'est trouvée, compte tenu de l'évolution des connaissances scientifiques, la veuve d'une personne décédée à la suite d'une leucémie, d'une possible relation de cause à effet entre l'activité professionnelle et le décès de son mari, n'est pas de nature à entraîner la suspension de la prescription résultant de la combinaison des articles L. 431-2 et L. 461-1 du Code de la sécurité sociale).

Toutefois, par un arrêt plus récent (Soc., 15 octobre 1998, Bull. no 426), la Chambre sociale a décidé que la prescription abrégée instituée à l'article L. 432-1 du Code de la sécurité sociale ne courait à l'égard du salarié d'un hôpital, blessé au doigt par une seringue souillée alors qu'il déchargeait pendant son travail des sacs de débris hospitaliers, qu'à compter de la date à laquelle sa séropositivité a été révélée, peu important que les premiers test aient été négatifs, aucune disposition sanitaire réglementaire n'imposant de délai à la victime pour en faire pratiquer d'autres.

L'espèce n'apparaît toutefois pas totalement transposable, puisque la séropositivité n'avait été révélée que lors du dernier test, tandis que dans la présente affaire, la pathologie auto-immune était connue dès 1993, et le certificat médical n'a fait qu'en révéler l'origine vaccinale.

L'ignorance du lien entre la vaccination et la pathologie développée peu après est-elle de nature à interrompre la prescription ?

Ignorant que la pathologie qu'il présentait était la conséquence de la vaccination obligatoire qu'il avait subie, la victime ne pouvait agir.

Modifiant la jurisprudence antérieure de la Chambre sociale, la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation a rappelé que la prescription ne courait pas contre celui qui avait été dans l'impossibilité d'agir pour avoir, de manière légitime et raisonnable, ignoré la naissance

de son droit et a en conséquence approuvé la décision d'une cour d'appel, qui avait retenu que le lien de causalité entre sa pathologie et la vaccination réalisée fin 1992 et début 1993 n'ayant été révélée à un étudiant en chirurgie dentaire que par un certificat médical établi le 14 mai 1991, en a déduit que jusqu'à cette date le délai de prescription prévu par l'article L. 431-2 du Code de la sécurité sociale n'avait pas couru, de sorte que sa demande était recevable.

Sécurité sociale – Assujettissement – Personnes assujetties – Particuliers assurant l'exécution de services de transports scolaires confiés par un conseil général

2e chambre civile, 31 mai 2005 (Bull. no 135)

Dans les deux premières branches du moyen, le pourvoi opposait sur le fondement de l'article 14 du nouveau Code de procédure civile que « nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée » et que saisie d'une contestation de la décision d'assujettir au régime général de la sécurité sociale, les personnes chargées du ramassage scolaire, la cour d'appel aurait dû appeler dans la cause les intéressés ainsi que les organismes de protection sociale dont ils étaient susceptibles de relever. Sur cette question préalable, la Deuxième chambre fait application de sa jurisprudence constante (2e Civ., 18 novembre 2002 Bull. no 21) selon laquelle les juges du fond statuant comme en l'espèce, sur le bien fondé d'un redressement, ne sont pas saisis d'un conflit d'affiliation justifiant la mise en cause des organismes sociaux éventuellement concernés.

La troisième branche du même moyen, qui concernait la notion de lien de subordination au sens des articles L. 242-1 du Code de la sécurité sociale et L. 121-1 du Code du travail, a été l'occasion pour la même chambre de préciser la portée de la jurisprudence antérieure (Soc., 13 novembre 1996, Bull. no 386) dans le contexte de marchés publics dont la nature de contrat administratif impliquait par elle-même des contraintes ; en effet la cour d'appel avait considéré qu'inhérentes à ce régime et extérieures à la collectivité publique, les obligations des particuliers ayant contracté avec celle-ci, n'induisaient pas par elle-mêmes un lien de subordination au sens des textes précités. En refusant cette analyse, qualifiée d'inopérante, l'arrêt du 31 mai 2005 confirme la portée générale de la jurisprudence précitée, selon laquelle sont considérées comme rémunérations au sens de l'article L. 242-1, toutes sommes versées aux travailleurs, en contrepartie ou à l'occasion d'un travail accompli dans un lien de subordination, peu important en définitive la dénomination ou la qualification retenue par les parties pour définir leurs rapports. Cette dernière considération qui résultait déjà d'une précédente décision (Soc., 25 janvier 1996, Bull. no 31) se voit ainsi confirmée, alors même que la convention liant les parties intéressées avait été conclue en vertu des dispositions du code de l'éducation relatives aux transports scolaires.

III – LE DROIT IMMOBILIER ET L'URBANISME

A. Construction

Architecte entrepreneur – Responsabilité – Responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage – Responsabilité contractuelle de droit commun – Action en responsabilité – Délai décennal – Application

3e chambre civile, 16 mars 2005 (Bull. no 65)

Par un « chapeau intérieur » caractérisant un arrêt de principe, la Troisième chambre civile avait affirmé dans deux décisions du 16 octobre 2002 que l'action en responsabilité contractuelle contre les constructeurs se prescrit par dix ans à compter de la réception avec ou sans réserves (rapport annuel 2002, page 409).

Cette création prétorienne était destinée à assurer une cohérence entre les délais de prescription, entre les points de départ de ces délais et éviter qu'une action puisse être engagée pendant une durée démesurée. Cette position pouvait s'expliquer parce que l'article 2270 du Code civil dans sa rédaction de la loi de 1967 qui prévoyait que « les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont déchargés de la garantie des ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés après dix ans s'il s'agit de gros ouvrages... », n'avait pas été repris sous cette forme dans la loi du 4 janvier 1978.

L'arrêt du 16 mars 2005 précise cette jurisprudence et réaffirme l'existence d'un délai de prescription abrégé contre les constructeurs en dehors de l'application des articles 1792 et suivants du Code civil dès lors que la responsabilité contractuelle recherchée trouve sa source dans des désordres.

Si l'action en responsabilité contractuelle exercée contre les constructeurs peut se rattacher à un désordre de construction ou plus généralement à l'acte de construire, la prescription est de dix années à compter de la réception avec ou sans réserves. Il en serait différemment si la responsabilité contractuelle avait été recherchée pour un manquement à des clauses du contrat d'entreprise telles que le respect des délais, le prix convenu, etc.

La Troisième chambre civile cherche ainsi à uniformiser autant que faire se peut les délais de prescription en matière de droit de la construction.

Architecte entrepreneur – Responsabilité – Responsabilité à l'égard des tiers – Troubles anormaux de voisinage – Responsabilité de plein droit – Fondement – Portée

3e chambre civile, 22 juin 2005 (Bull. no 136)

Cette décision précise deux points qui avaient été esquissés, après les arrêts de la Troisième chambre civile des 30 juin 1998 et 24 mars 1999, dans l'étude publiée au rapport annuel de 1999, page 263, sous le titre : « vers une unification des régimes de responsabilité en matière de troubles de voisinage dans la construction immobilière ».

1. – Elle fait référence, pour la première fois, à la notion de « voisin occasionnel », qui s'applique aux constructeurs (architectes, entrepreneurs, etc.) auteurs des troubles de voisinage, dans leurs rapports avec les victimes de ces troubles. Cette notion permet d'étendre, dans ces rapports, la responsabilité fondée sur le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui de trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage, qui évite d'avoir à caractériser la faute, s'agissant d'une responsabilité de plein droit.

2. – Elle rappelle que la subrogation après paiement s'applique évidemment dans les rapports entre le maître de l'ouvrage propriétaire de l'immeuble auteur des nuisances et les constructeurs responsables de celles-ci. Revêtant les habits de la victime dédommagée, le maître de l'ouvrage n'est pas forcé de faire appel à la responsabilité contractuelle de droit commun de ces constructeurs, mais peut les rechercher, comme il l'a été lui-même, sur le fondement du principe prohibant les troubles, qui n'exige pas la caractérisation de la faute.

Assurance-dommages – Assurance dommages-ouvrage – Assurance obligatoire – Assurance de choses – Domaine d'application

3e chambre civile, 7 décembre 2005 (pourvoi no 04-17 418)

L'assurance obligatoire de dommages prévue à l'article L. 242-1 du Code des assurances garantit, en dehors de toute recherche de responsabilité, le paiement au maître de l'ouvrage de la totalité des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792-1 du Code civil.

Si cette assurance garantit la réparation des désordres, doit-elle, aussi, garantir l'efficacité des travaux de réparation qu'elle est destinée à financer ?

Deux réponses sont possibles.

Ou bien la nature et le montant des travaux de réparation ayant été déterminés par voie d'expertise, amiable ou judiciaire, l'assureur qui a payé le coût de ces prestations a rempli ses obligations, en sorte qu'il ne peut être tenu de garantir l'efficacité de tels travaux. Le maître de l'ouvrage qui a perçu l'indemnité aux fins de réparation et qui est tenu d'affecter les sommes ainsi perçues aux travaux de réparation (3e Civ., 17 décembre 2003, rapport annuel 2003 p. 470) doit faire son affaire personnelle des risques inhérents à de tels travaux, notamment, en souscrivant une nouvelle police « dommages-ouvrage ».

Ou bien l'obligation d'assurance de dommages prévue à l'article L. 242-1 du Code des assurances étant destinée à garantir, en toute hypothèse, le maître de l'ouvrage contre les dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792-1 du Code civil, cette garantie est due par l'assureur tant qu'il n'a pas été mis fin aux désordres, fût-ce par des travaux de réparation complémentaires. C'est ce que vient de décider la Troisième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 7 décembre 2005 en exigeant que les travaux réalisés soient efficaces pour mettre fin aux désordres.

Dans cette affaire, l'assureur « dommages-ouvrage » avait été condamné par une décision devenue irrévocable à payer une indemnité au maître de l'ouvrage destinée à réparer des désordres. L'indemnité avait été payée mais les travaux de réparation avaient été mal exécutés par

l'entrepreneur. La cour d'appel avait retenu que l'assureur « dommages-ouvrage » n'était pas tenu de garantir l'efficacité des travaux de reprise. Sa décision est cassée au motif que « le maître de l'ouvrage ayant souscrit une assurance »dommages-ouvrage« est en droit d'obtenir le préfinancement des travaux de nature à mettre fin aux désordres ».

Cet arrêt vient compléter et préciser la portée de l'arrêt du 17 décembre 2003 en se fondant sur l'objet même de cette assurance obligatoire que doit souscrire le maître de l'ouvrage qui a droit à un immeuble exempt de vices.

B. Copropriété

Syndicat des copropriétaires – Assemblée générale – Annulation demandée – Convocation irrégulière ou absence de convocation – Prescription de l'action – Détermination

3e chambre civile, 12 octobre 2005 (Bull. no 77)

Poursuivant dans la voie de la simplification des délais de recours ouverts aux copropriétaires contre les décisions des assemblées générales, marquée notamment par l'arrêt du 6 octobre 2004 (Bull. no 165 ; rapport annuel 2004, p. 274) qui avait retenu que le mandat d'un syndic n'est plus contestable dès lors que les juges du fond ont constaté qu'aucune action en annulation n'avait été formée dans le délai de deux mois de l'article 42, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965, la Troisième chambre civile, par l'arrêt rapporté rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général et sous une formulation de principe, approuve une cour d'appel de débouter un copropriétaire de son action en nullité d'une décision d'assemblée générale, en retenant qu'il avait jusqu'au 5 juillet 1995 pour demander la nullité de résolutions qui lui avait été notifiées le 5 mai 1995, dans les deux mois de l'assemblée, alors qu'il n'avait fait délivrer l'assignation que le 27 décembre 1995.

Si l'article 9, alinéa 2, du décret du 17 mars 1967 dispose que, sauf urgence, la convocation aux assemblées générales de copropriétaires est notifiée au moins quinze jours à l'avance, le copropriétaire qui reçoit une convocation ne respectant pas ce délai bénéficie en principe d'une action personnelle pour soulever son irrégularité dont le délai de prescription est, selon l'article 42, alinéa 1er, de la loi du 10 juillet 1965, de dix ans. Celui-ci n'est pas remis en cause par l'arrêt du 12 octobre 2005. Le copropriétaire non convoqué ou qui a été convoqué tardivement bénéficie toujours de la prescription décennale pour soulever la nullité des décisions prises par l'assemblée générale, mais dans la mesure seulement où il serait laissé dans l'ignorance du contenu des résolutions votées parce qu'elles ne lui auraient pas été notifiées selon les conditions fixées à l'article 18 du décret de 1967.

La Cour de cassation retient ainsi que lorsque le délai de convocation n'est pas respecté, ou même si le copropriétaire n'est pas convoqué du tout alors que la notification des décisions de l'assemblée générale est conforme aux exigences de l'article 18 du décret, l'action doit à peine de déchéance être introduite par le copropriétaire opposant ou défaillant dans le délai de deux mois à compter de la notification.

Ce raccourcissement du délai de recours correspond à une tendance générale de réduction des délais d'action et aussi à la nécessité, en droit de la copropriété, d'éviter que des actions tardives ne nuisent à l'intérêt collectif en raison des effets rétroactifs d'une possible annulation. La Cour de cassation privilégie ainsi la notification de la décision contestée, qui fait courir le délai de recours de deux mois, aux conditions de convocation du copropriétaire à l'assemblée générale.

On relèvera également que cette solution s'inscrit dans le sens de l'assouplissement du délai de convocation à l'assemblée générale, apporté par le décret du 27 mai 2004 qui, dans un nouvel article 10, supprime le double délai de six jours pour faire inscrire des questions intercalaires et de cinq jours pour les voir notifier par le syndic. L'adoption du délai de forclusion, limité à deux mois à compter de la notification de la décision prise et préféré à la prescription de droit commun, procède du même choix. Même si cette orientation est susceptible d'augmenter les recours de précaution, elle devrait néanmoins conforter les décisions prises, trop fragilisées par la menace d'une prescription décennale.

C. Société civile immobilière

Société civile immobilière – Assemblée générale – Convocation – Délai – Computation – Modalités – Détermination – Portée

(Chambre mixte, 16 décembre 2005, Bull. n° 9 ; BICC n° 634, p. 22, rapport de Mme Foulon et avis de M. Domingo)

L'article 40 du décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 dispose que les associés d'une société civile sont convoqués par lettre recommandée, quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée.

Quel est le point de départ de ce délai et quelle est la sanction de son inobservation ?

Jusqu'à l'arrêt de la Chambre mixte du 16 décembre 2005, les chambres de la Cour de cassation étaient divisées sur l'application de cet article en raison des termes de l'article 1844-10 alinéa 3 du Code civil qui dispose que la nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. Or le « présent titre », c'est-à-dire le titre neuvième : « de la société », ne vise que les articles 1832 à 1873 du Code civil.

La Première chambre civile de la Cour de cassation jugeait ainsi que la règle édictée par l'article 40 susvisé était impérative, de sorte que sa violation entraînait la nullité de l'assemblée générale, tandis que la Troisième chambre civile retenait que les modalités de convocation des associés aux assemblées générales des SCI ne sont pas prescrites par les dispositions impératives du titre neuvième du Code civil.

Mettant fin à cette divergence de jurisprudence, la Chambre mixte a donc retenu que l'article 40 du décret du 3 juillet 1978 est indissociable du titre neuvième du Code civil et qu'il constitue une règle impérative dont la violation est régie par le régime des nullités des actes de procédure pour vice de forme, la nullité n'étant encourue que si la preuve d'un grief est établie.

Quant au point de départ du délai de quinze jours, la Chambre mixte a poursuivi la jurisprudence initiée par la Chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation le 11 janvier 2005 (pourvoi n° 02-14 118), en retenant que le point de départ de la convocation faite par lettre recommandée, et non par lettre recommandée avec accusé réception, était la date d'expédition de la lettre et non celle de sa réception.

D. Servitudes

Servitudes diverses – Vues – Vues droites – Distance légale – Exception – Domaine d'application

3e chambre civile, 23 février 2005 (Bull. n° 44)

L'article 678 du Code civil édicte une interdiction de principe, selon laquelle il n'est pas possible d'avoir des vues droites sur un fonds voisin contigu s'il n'y a dix-neuf décimètres de distance entre le mur où on les pratique et l'héritage voisin.

Interprétant ce texte, la Cour de cassation avait déjà considéré que si les fonds contigus sont séparés par une voie publique, des vues étaient possibles, même si la largeur de la voie publique est telle que la distance entre la vue et le fonds voisin est inférieure à 19 décimètres (Soc., 11 février 1944, DA 1944.49). À l'inverse, s'il existe entre les deux fonds, soit un chemin d'exploitation qui, dans sa partie bordant leur fonds est présumé appartenir aux riverains, soit un espace privé commun, la Cour de cassation a décidé que l'interdiction de vues à moins de 19 décimètres devait s'appliquer (3e Civ., 14 janvier 2004, Bull n° 9).

La loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967 a ajouté à l'article 678 du Code civil une exception ainsi libellée : « *à moins que le fonds ou partie du fonds sur lequel s'exerce la vue ne soit grevé, au profit du fonds qui en bénéficie, d'une servitude de passage faisant obstacle à l'édification de constructions* ». Le fondement de cette exception est l'idée que le droit de passage donnant déjà au propriétaire du fonds qui en bénéficie la faculté de voir chez son voisin lors de l'utilisation de la servitude, la création par lui d'une vue, même inférieure à 19 décimètres, n'aggrave pas la situation du propriétaire du fonds servant, tant du passage que de la vue.

Cette exception devait-elle trouver application lorsque le fonds bénéficiaire du droit de passage n'est pas celui du créateur de la vue mais celui d'un tiers ? La Cour de cassation, dans l'arrêt de rejet rapporté, approuve une cour d'appel d'avoir retenu que l'existence sur un fonds d'un chemin privé grevé d'une servitude de passage au profit du fonds d'un tiers, ne permet pas au titulaire du fonds contigu d'avoir des vues droites sur le fonds supportant le chemin. La Cour de cassation a donc fait une application stricte de l'exception introduite dans l'article 678 par la loi de 1967.

E. Vente

Immeuble – Droit de préemption de certains locataires ou occupants de logements – Loi du 31 décembre 1975 – Domaine d'application – Première vente consécutive à la division de l'immeuble – Définition

3e chambre civile, 16 novembre 2005 (pourvoi nº 04-12 563)

Depuis de nombreuses années, le législateur protège le locataire lors de la vente du local qu'il occupe, par l'instauration à son profit d'un droit de préemption, tout en permettant des opérations de rénovation immobilière, par l'exclusion des ventes portant sur un bâtiment entier.

L'article 10 de la loi du 31 décembre 1975, modifié par la loi du 4 janvier 1980 et celle du 22 juin 1982, est actuellement ainsi rédigé :

« *Préalablement à la conclusion de toute vente d'un ou plusieurs locaux à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel consécutive à la division initiale ou à la subdivision de tout ou partie d'un immeuble par lots, le bailleur doit, à peine de nullité de la vente, faire connaître par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, à chacun des locataires ou occupants de bonne foi, l'indication du prix et des conditions de la vente projetée pour le local qu'il occupe. Cette notification vaut offre de vente au profit de son destinataire* ».

L'article 10-III en son troisième alinéa dispose :

« *Il ne s'applique pas aux ventes portant sur un bâtiment entier ou sur l'ensemble des locaux à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel dudit bâtiment* ».

Par deux arrêts du 19 novembre 1986 (Bull. nº 165) et du 5 avril 1995 (Bull. nº 100), la Troisième chambre civile a limité très clairement le droit de préemption à la première vente par lot et écarté ce droit lors d'une seconde vente réalisée après la division.

L'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 16 novembre 2005 est intervenue dans un contexte juridiquement plus délicat et économiquement plus sensible, puisqu'après établissement d'un état descriptif de division, la vente de tout l'immeuble est intervenue, puis la vente lot par lot. Lors de cette dernière vente, les locataires pouvaient-ils faire valoir leur droit de préemption ? S'agissait-il ou non de la première vente après la division de l'immeuble ?

L'arrêt censure la cour d'appel qui avait retenu que la vente par lot constituait la seconde vente, en ces termes :

« *Qu'en statuant ainsi, alors que la vente consentie aux époux P... des lots donnés à bail à Mme B..., constituait la première vente par lots postérieure à l'établissement de l'état descriptif de division et du règlement de copropriété, la cour d'appel a violé le texte sus-visé* ».

La solution est claire : la division de l'immeuble suivie de la vente de ce dernier en son entier permet au locataire, lors de la première vente par lot qui intervient ultérieurement, de faire valoir le droit de préemption que lui reconnaît l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975.

F. Baux

Bail commercial – Bail d'un local dans lequel un fonds de commerce ou un fonds artisanal est exploité – Local situé dans l'enceinte d'un établissement plus vaste – Local stable et permanent – Nécessité (oui) – Clientèle propre et gestion indépendante – Conditions – Contraintes incompatibles avec le libre exercice de l'activité commerciale de l'exploitant – Clientèle propre prépondérante – Nécessité (non)

3e chambre civile, 19 janvier 2005 (Bull. no 10)

Selon une jurisprudence constante de la Troisième chambre civile de la Cour de cassation, un locataire commerçant ne pouvait prétendre au statut des baux commerciaux qu'à la triple condition qu'il dispose d'un local déterminé, d'une clientèle propre et d'une autonomie de gestion.

Ces trois conditions trouvaient plus spécialement à s'appliquer aux hypothèses dans lesquelles le commerce considéré est inclus dans un ensemble plus vaste juridiquement (franchise ou concession) ou matériellement (galeries marchandes, hôtel et autres commerces satellites).

Ces exigences ont fait l'objet de critiques d'une partie de la doctrine qui les considérait comme inadaptées aux techniques modernes de distribution et comme allant au-delà des prévisions de l'article L. 145-1 du Code du commerce qui dispose que le statut des baux commerciaux s'applique « aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité », qu'il s'agisse d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal.

La Troisième chambre civile n'est pas restée insensible à ces critiques et plusieurs arrêts récents ont marqué une évolution.

Dans un arrêt du 27 mars 2002 (Bull. no 97), elle a admis que les franchisés peuvent avoir une clientèle propre leur permettant de bénéficier du statut des baux commerciaux en écartant la démarche consistant à déterminer, au cas par cas, qui, du franchiseur ou du franchisé, a eu un rôle prépondérant dans la création et le développement de la clientèle.

Et, dans le droit fil de cette jurisprudence, elle a, dans un arrêt du 19 mars 2003 (Bull. no 66), approuvé une cour d'appel ayant reconnu le bénéfice de la propriété commerciale à l'exploitant d'un restaurant d'altitude dépendant largement du fonctionnement des remontées mécaniques en raison de l'existence, souverainement constatée, d'une clientèle propre constituée de personnes n'empruntant pas ces remontées, en dispensant explicitement les juges du fond de toute recherche supplémentaire sur la prépondérance de cette clientèle, comme elle l'exigeait auparavant (3e Civ., 27 novembre 1991, Bull. no 289).

L'arrêt rapporté poursuit cette évolution en posant pour principe que le statut des baux commerciaux s'applique aux baux de locaux stables et permanents dans lesquels est exploité un fonds de commerce ou un fonds artisanal, ces fonds se caractérisant par l'existence d'une clientèle propre au commerçant ou à l'artisan, mais que, toutefois, le bénéfice du statut peut être dénié si l'exploitant du fonds est soumis à des contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité.

Et faisant application de ce principe au cas d'espèce, la Troisième chambre civile a reconnu le bénéfice du statut de baux commerciaux à l'exploitante d'un commerce situé dans un local intégré dans un hôtel en approuvant une cour d'appel qui, après avoir constaté que la locataire disposait d'une clientèle propre, autonome et pour partie extérieure à l'hôtel, a considéré que les contraintes qui lui étaient imposées par le règlement intérieur de l'hôtel dont se prévalait le bailleur (horaires d'ouverture et de fermeture et fourniture de certaines prestations à la clientèle) ne constituaient pas une entrave effective à l'activité commerciale de l'exploitante, cette dernière constatation faisant ressortir l'absence de contraintes incompatibles avec le libre exercice de cette activité.

L'apport de l'arrêt est important à plusieurs titres :

– Il maintient tout d'abord la condition relative à la nécessité d'un local déterminé en précisant que le local doit être stable et permanent, précision déjà apportée dans un arrêt du 5 février 2003 (Bull. nº 25).

– Il confirme également l'abandon de l'exigence du caractère prépondérant de la clientèle.

– Mais s'agissant de l'autonomie de gestion, il n'en fait plus une condition autonome dès lors qu'il suffit, pour que le statut soit applicable, que soit constatée l'exploitation d'un fonds, autrement dit que l'exploitant soit titulaire d'une clientèle propre et distincte de l'ensemble dont il dépend matériellement.

L'autonomie de gestion ne sera désormais prise en considération qu'au titre de cette recherche de l'existence d'une clientèle propre, la présence de contraintes incompatibles avec le libre exercice d'une activité commerciale étant le signe que la clientèle n'appartient pas en propre à l'exploitant.

Bail commercial – Procédure – Fixation du loyer du bail révisé ou renouvelé – Cœxistence des règles du nouveau code de procédure civile et des règles applicables en Alsace et en Moselle

3e chambre civile, 3 novembre 2005 (pourvoi nº 04-16 448)

Les articles 29 et suivants du décret du 30 septembre 1953 (non encore codifiés) instituent, pour la fixation du prix des baux commerciaux révisés ou renouvelés, une procédure particulière, initiée par un échange de mémoires entre bailleur et preneur, et portée devant le président du tribunal de grande instance ou le juge qui le remplace. Le quatrième alinéa de l'article 29-2 précise qu'il est, pour le surplus, procédé, en tant que de raison, comme il est dit en matière de procédure à jour fixe, et il renvoie notamment à l'article 791du nouveau Code de procédure civile qui dispose, en son premier alinéa, que le tribunal est saisi par la remise d'une copie de l'assignation au secrétariat-greffe.

À ce mode unique de saisine du tribunal en matière de procédure en fixation du loyer des baux commerciaux s'oppose, en Alsace-Moselle, l'article 31 du décret nº 76-899 du 29 septembre 1976 qui dispose que, devant le tribunal de grande instance, la demande en justice peut être formée, soit selon les dispositions du nouveau Code de procédure civile, soit par la remise au secrétariat-greffe d'un acte introductif d'instance.

Or l'acte introductif d'instance au sens du décret de 1976 n'est pas l'assignation du nouveau Code de procédure civile.

Les différences entre l'assignation et l'acte introductif d'instance « alsacien » sont de deux ordres : d'une part, l'acte introductif d'instance est déposé par un avocat et non par un huissier de justice, d'autre part, l'affaire est en ce cas fixée avant que le tribunal ne soit saisi.

Et il a été jugé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation que le dépôt au greffe de cet acte introductif d'instance constitue un acte interruptif de prescription (Ass. Plén. 2 novembre 1999, Bull. nº 7).

L'enjeu de la présente affaire se situait précisément sur le terrain de la prescription car s'il était estimé que le juge des loyers commerciaux dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle est valablement saisi par la remise au greffe d'un acte introductif d'instance au sens du décret du 29 septembre 1976, l'action du bailleur en fixation du loyer du bail renouvelé n'était pas prescrite. Si, au contraire, la procédure fixée par les articles 29 et suivants du décret du 30 septembre 1953 était seule applicable, cette action était prescrite, l'assignation ayant été délivrée plus de deux années après la notification du mémoire préalable.

La Troisième chambre civile de la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel de Colmar d'avoir décidé que les dispositions de l'article 29-2 du décret du 30 septembre 1953 ne permettent pas d'écarter celles des articles 31 et suivants du décret du 29 septembre 1976 applicables en Alsace-Moselle.

Ce faisant, elle fait prévaloir l'idée qu'il faut conserver, dans ces trois départements, parallèlement aux modes généraux d'introduction de l'instance institués par le nouveau Code de procédure civile, la technique locale de l'acte introductif d'instance.

La Chambre commerciale avait déjà jugé, en matière de procédure collective, que les dispositions spécifiques à l'Alsace-Moselle applicables devant la chambre commerciale du tribunal de grande instance qui impliquent la représentation obligatoire par un avocat, ne font pas obstacle à la possibilité, pour les créanciers du failli, de déclarer personnellement leurs créances (Com., 28 novembre 2000, Bull. nº 185).

Cette coexistence des règles procédurales d'Alsace et de Moselle avec celles qui prévalent dans le droit général, chaque fois qu'elle est possible, apparaît conforme à l'esprit qui a présidé aux travaux de la commission d'harmonisation du nouveau Code de procédure civile et de la procédure civile locale.

G. Protection de la nature et de l'environnement

Déchets – Elimination des déchets et récupération des matériaux – Déchets – Notion – Combustible nucléaire usé – Critères – Protection de la nature et de l'environnement – Déchets – Déchets radioactifs importés – Stockage au-delà des délais imposés par leur retraitement – Interdiction de principe – Domaine d'application – Etendue

3e chambre civile, 7 décembre 2005 (pourvoi no 05-16 350)

La Troisième chambre civile de la Cour de cassation, par l'arrêt rapporté, a été amenée à se prononcer sur la législation applicable à un combustible nucléaire usé importé d'Australie pour être retraité en France. Le pourvoi soulevait deux questions :

1/ Un combustible nucléaire usé entreposé dans l'attente de son retraitement, est-il un « déchet » au sens de l'article L. 541-1 du Code de l'environnement ? Il fallait tout d'abord déterminer s'il s'agissait d'une matière première valorisable dès lors que ce produit était composé à 96 % d'uranium et de plutonium, ou bien d'un déchet.

Les diverses définitions du déchet nucléaire contenues dans les textes internes ou supranationaux traitant de cette matière n'étant pas fondamentalement différentes de la notion générale du déchet donnée par l'article L. 541-1 du Code de l'environnement qui reprend la directive-cadre CEE 75/442 modifiée le 18 mars 1991, le critère essentiel à prendre en compte pour retenir la qualification de déchet est l'absence de toute utilisation ultérieure prévue pour le produit en cause, ce qui équivaut à son abandon.

Le pourvoi soutenait que la notion même de retraitement implique nécessairement une utilisation ultérieure du produit, puisque tel est l'objet du retraitement qui se définit comme « un processus ou une opération ayant pour objet d'extraire des isotopes radioactifs du combustible usé aux fins d'utilisation ultérieure ».

Cette thèse n'a pourtant pas été retenue par la Cour de cassation dès lors que le retraitement correspond seulement à la valorisation du combustible usé, étape qui fait partie intégrante du processus d'élimination des déchets, et qui est nécessaire mais préalable à une utilisation ultérieure éventuelle des produits issus du retraitement.

Or en l'espèce les juges du fond avaient retenu, par une appréciation souveraine des termes de la convention de retraitement, que l'Australie entendait abandonner la substance dont la France devait assurer la « gestion ultime » et qu'une utilisation éventuelle des produits issus du retraitement n'était pas davantage envisagée par les co-contractants.

Résidu d'un processus de transformation ou d'utilisation dès lors qu'il avait été irradié dans un réacteur nucléaire, et destiné uniquement à un traitement terminal, le combustible usé australien répondait donc parfaitement à la définition du déchet, nonobstant sa valeur économique potentielle qui n'était pas déterminante à cet égard (CJCE 28 mars 1990, C206/88 Vessoso et Zanetti ; Cour administrative d'appel de Nancy 7 mars 2002, Hummer Plastiques).

2/ La seconde question posée par le pourvoi était de déterminer si ce combustible usé relevant de la catégorie des déchets de haute activité à vie longue (HAVL), entrait dans le champ d'application de l'article L 542-2 du Code de l'environnement qui dispose que « *Le stockage en*

France de déchets radioactifs importés, même si leur retraitement a été effectué sur le territoire national, est interdit au-delà des délais techniques imposés par le retraitement », ou si les dispositions de ce texte ne concernent que les déchets « ultimes » issus du retraitement ?

La rédaction de cet article, issu d'un amendement parlementaire, pouvait, en raison de son imprécision, se prêter aux deux interprétations et les travaux parlementaires étaient, à cet égard, peu éclairants.

La Cour de cassation a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'ajouter au texte une distinction, au sein des déchets importés, qu'il ne comportait pas, et que l'interprétation retenue devait être conforme au but de la loi inscrit dans l'article L 542-1 du Code de l'environnement qui dispose que « *la gestion des déchets radioactifs à haute activité et à vie longue doit être assurée dans le respect de la protection de la nature, de l'environnement et de la santé, en prenant en considération les droits des générations futures* ». Elle a donc rejeté le pourvoi en approuvant la cour d'appel d'avoir retenu que l'entreposage, même nécessaire au refroidissement, ne pouvait être considéré comme une phase du retraitement, et qu'en l'absence de production d'une autorisation opérationnelle de traitement, l'importateur de combustible nucléaire usé en provenance d'Australie qui ne justifiait pas des délais techniques imposés par le retraitement, ne s'exonérait pas de l'interdiction de principe posé par l'article L. 542-2 du Code de l'environnement. En effet, dès lors que cet article n'opère aucune distinction entre le déchet et le déchet ultime au sens de l'article L. 541-1 I et II du Code de l'environnement, le combustible nucléaire usé n'est pas exclu de son champ d'application.

Elle s'est donc prononcée pour une application générale du texte à tous les déchets radioactifs importés dont la présence sur le territoire français est interdite, en amont comme en aval, au-delà des délais techniques imposés par le retraitement, lequel ne comprend pas la phase d'entreposage du combustible usé, même utilisée pour son refroidissement.

H. Publicité foncière

Défaut – Demande en justice – Demande en annulation d'une hypothèque – Effets – Irrecevabilité

Chambre commerciale, 12 avril 2005 (Bull. nº 89)

Par cet arrêt, la Chambre commerciale précise que les demandes en justice tendant à obtenir l'annulation d'une hypothèque sont obligatoirement publiées, sous peine d'irrecevabilité.

Cette solution trouve son fondement dans la règle posée à l'article 30-5 du décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière qui impose, sous peine d'irrecevabilité, la publication des demandes en justice tendant à obtenir la révocation, la résolution, l'annulation ou la rescision de droits résultant d'actes soumis à publicité.

La Chambre commerciale applique ces dispositions à la demande d'annulation d'une hypothèque constituée en période suspecte, sanctionnant ainsi l'interprétation restrictive de la cour d'appel qui, se fondant sur les termes de l'article 28-1 du décret précité, avait considéré que l'exigence de publication ne concernait pas de telles demandes.

IV – LES ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES COMMERCIALES ET FINANCIÈRES

A. Entreprises en difficulté

1. Entreprises en difficulté et droit de la famille

Commerçant – Qualité – Conjoint d'un commerçant – Exploitation en commun – Liquidation judiciaire – Absence de confusion des patrimoines – Ouverture de procédures distinctes

Chambre commerciale, 15 mars 2005 (Bull. nº 55)

Cet arrêt permet de cerner les critères propres à reconnaître la qualité de commerçant au conjoint d'un commerçant qui exploite avec celui-ci un fonds de commerce. Mais l'intérêt principal de l'arrêt est d'affirmer pour la première fois, par un moyen relevé d'office, le principe selon lequel les personnes qui exploitent en commun un fonds de commerce et qui remplissent les conditions fixées par l'article L. 620-2 du Code de commerce peuvent, chacune, faire l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire ; cependant, en l'absence de confusion des patrimoines, le tribunal doit, après avoir constaté l'état de cessation des paiements de chacune d'elles, ouvrir autant de procédures distinctes que de personnes.

Cette solution est dictée par le principe d'indépendance des procédures collectives atteignant plusieurs personnes tenues des mêmes dettes.

À l'opposé, l'extension d'une procédure collective fondée sur la confusion des patrimoines entraîne unicité de la procédure collective. Toutefois, la Chambre commerciale, qui exerce un contrôle strict sur la notion de confusion des patrimoines, est désireuse de combattre la tentation de certaines juridictions d'ouvrir, pour des raisons de commodité, une procédure collective unique, en cas de coexploitation d'un fonds de commerce ou de direction commune d'une même personne morale par plusieurs sociétés. Or, l'unicité de la procédure collective ne peut obéir à des simples motifs de convenance, elle doit reposer sur des constatations révélant des relations financières anormales constitutives de la confusion des patrimoines. La solution conserve tout son intérêt sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

Indivision – Indivision post-communautaire – Dette née antérieurement à la dissolution de la communauté entre époux – Action du créancier d'un époux sur le fondement de l'article 815-17 du Code civil

Arrêt du 13 décembre 2005 de la 1re Chambre civile, rendu après avis de la Chambre commerciale (pourvoi nº 02-17 778)

Dans cette espèce où était en jeu l'articulation du droit de l'indivision et du droit des procédures collectives, la Première Chambre civile a, après avis de la Chambre commerciale, énoncé le principe suivant :

Les créanciers de l'indivision préexistante à l'ouverture de la procédure collective de l'un des indivisaires, qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision, conservent leur droit de poursuivre la saisie de ces biens, malgré l'ouverture de cette procédure ; dès lors, l'extinction de la créance, faute de déclaration au passif de l'indivisaire soumis à la procédure collective, est sans incidence sur le droit de poursuivre les biens indivis que le créancier de l'indivision tient de l'article 815-17, alinéa 1er, du Code Civil.

Cet arrêt s'inscrit dans la ligne des arrêts des 6 juillet 1999 (Bull. nº 152) et 19 décembre 2000 (Bull. nº 202) qui avaient implicitement admis la possibilité pour le créancier de l'indivision (préexistante à l'ouverture de la procédure collective) de poursuivre la saisie et la vente du bien indivis, nonobstant le défaut de déclaration de créance au passif de l'indivisaire.

Il abandonne cependant la référence faite par ces arrêts, pour justifier le maintien du droit de poursuite, au fait que l'interdiction des poursuites individuelles à l'encontre de l'indivisaire en procédure collective est sans effet à l'égard du co-indivisaire, maître de ses biens.

Voir également dans le même sens Com., 18 février 2003 (Bull. 21).

Entreprise en difficulté – Liquidation judiciaire – Effets – Dessaisissement du débiteur – Cas – Actes juridiques – Actes d'administration d'un époux sur un immeuble commun

Chambre commerciale. 4 octobre 2005 (Bull. nº 193),

Notre Cour s'est déjà prononcée à plusieurs reprises sur l'affectation des droits des créanciers de l'époux maître de ses biens en cas de procédure collective du conjoint de leur débiteur marié sous le régime de la communauté (interdiction des poursuites individuelles sur les biens communs cf AP 23 décembre 1994, Bull. nº 7, obligation de déclarer leur créance cf Com., 14 mai 1996, Bull. nº 129 et 14 octobre 1997, Bull. nº 260), ainsi que sur les possibilités pour le conjoint demeuré maître de ses biens de faire reconnaître le caractère propre de certains biens.

L'arrêt rapporté donne à la Cour de cassation l'occasion de trancher pour la première fois la question des conséquences de la liquidation judiciaire du débiteur marié sous le régime de la communauté sur les pouvoirs de gestion active des biens de la communauté dévolus à son conjoint demeuré maître de ses biens.

En vertu des dispositions de l'article 1413 du Code civil, il est admis que la saisie collective opérée par le jugement d'ouverture s'étend aux biens communs ; ces derniers sont donc soumis à la règle de l'administration contrôlée en cas de redressement judiciaire et à celle du dessaisissement du débiteur en cas de liquidation judiciaire.

L'objectif essentiel de la liquidation judiciaire est la réalisation de l'actif du débiteur par les soins du liquidateur afin d'assurer l'apurement de tout ou partie du passif ; le dessaisissement du débiteur a été instauré pour assurer l'efficacité de cette mission ; maintenir intacts les pouvoirs de gestion et d'administration du conjoint maître de ses biens diminuerait notablement l'efficacité de la mission du liquidateur qui se trouverait entravée par les décisions du conjoint qui n'est pas en procédure collective, même si celles-ci sont prises en conformité avec les règles des articles 1421 et suivants du Code civil.

Par l'arrêt rapporté, la Chambre commerciale décide en conséquence que le dessaisissement affecte les pouvoirs du conjoint du débiteur sur les biens communs et que les règles des articles 1421 et suivants du Code civil cèdent le pas devant celles de la liquidation judiciaire.

Il est ainsi jugé qu'en cas de liquidation judiciaire d'un débiteur marié sous le régime de la communauté, les biens communs inclus dans l'actif de la procédure collective sont administrés par le seul liquidateur qui exerce pendant toute la durée de la liquidation judiciaire les droits et actions du débiteur dessaisi concernant son patrimoine et que les pouvoirs de gestion des biens communs normalement dévolus au conjoint maître de ses biens en vertu des articles 1421 et suivants du Code civil ne peuvent plus s'exercer. L'arrêt approuve en conséquence la cour d'appel qui a retenu que le conjoint maître de ses biens n'avait pas davantage pouvoir que le débiteur en liquidation judiciaire pour consentir en son seul nom un bail, fût-il précaire, sur un immeuble de la communauté.

2. Entreprises en difficulté, dirigeants et responsabilité

Entreprise en difficulté – Responsabilité – Dirigeant social – Action en redressement ou liquidation judiciaire – Ouverture – Conditions – Délai – Décès du dirigeant social – Portée

Chambre commerciale, 21 juin 2005 (Bull. n° 136)

Le dirigeant décédé d'une entreprise commerciale en procédure collective peut-il être mis en redressement judiciaire personnel à titre de sanction et dans quel délai ?

La question est importante et délicate car le Code de commerce ne prévoit, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, que l'ouverture du redressement judiciaire d'une personne décédée en état de cessation des paiements (article L. 621-14 du Code de commerce), le tribunal étant alors saisi dans le délai d'un an à partir de la date du décès.

La Chambre commerciale admet, dans son arrêt du 21 juin 2005, qu'un dirigeant fautif décédé puisse être mis en redressement judiciaire par le tribunal de la procédure collective de l'entreprise qu'il dirigeait, mais précise que le tribunal doit être saisi non seulement dans les conditions fixées par l'article L. 624-5 du Code de commerce, c'est-à-dire dans les trois ans à compter du jugement qui arrête le plan de redressement de l'entreprise ou du jugement qui prononce la liquidation judiciaire, mais encore dans le délai d'un an à partir de la date du décès, et que les héritiers doivent être appelés en la cause.

La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, qui a abrogé l'article L. 624-5 du Code de commerce et institué à l'égard des dirigeants fautifs une obligation aux dettes sociales, limite la portée de la décision commentée aux procédures collectives ouvertes avant le 1er janvier 2006.

Entreprise en difficulté – Responsabilité – Dirigeant social – Action en comblement – Conditions – Faute – Gérance de fait – Caractérisation – Nécessité

Chambre commerciale, 12 juillet 2005 (Bull. nº 169)

Entreprise en difficulté – Ouverture – Effets – Dévolution du patrimoine – Conditions – Détermination

Chambre commerciale, 12 juillet 2005 (Bull. nº 168)

Ces deux arrêts de la Chambre commerciale, financière et économique, traitent deux aspects de la même problématique concernant les effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'une société dont les parts sociales sont réunies en une seule main. Ils affirment qu'à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective, le patrimoine du débiteur ne peut être cédé ou transmis que selon les règles d'ordre public applicables au redressement ou à la liquidation judiciaires des entreprises en difficulté et, s'agissant de sociétés à associé unique qui, en cas de dissolution ne font pas l'objet d'une liquidation mais dont le patrimoine est alors transmis à l'associé unique, en tirent les conclusions suivantes :

– dans la première espèce (Bull. nº 169), une société unipersonnelle avait été mise en liquidation judiciaire, et la cour d'appel en avait déduit qu'en application des dispositions combinées des articles 1844-5 et 1844-7, 7°, du Code civil, la société était dissoute et son patrimoine était transmis à titre universel à l'associé unique sans qu'il y ait lieu à liquidation. La Cour de cassation, en cassant l'arrêt pour fausse application de l'article 1844-5, alinéa 3, du Code civil et pour refus d'application des principes gouvernant le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises en difficulté, énonce que la dissolution de la société unipersonnelle, par l'effet de sa liquidation judiciaire, n'entraîne pas la transmission universelle de son patrimoine à l'associé unique. La loi du 15 mai 2001, dite loi NRE, qui écarte l'application de l'alinéa 3 de l'article 1844-5 du Code civil aux associés uniques personnes physiques, n'était pas applicable.

– dans la seconde espèce (Bull. nº 168), une société civile avait été mise en redressement judiciaire, puis toutes ses parts avaient été réunies, par suite d'une cession, dans la main d'une société commerciale elle-même en redressement judiciaire. L'administrateur judiciaire de la société commerciale avait alors décidé la dissolution de la société civile et la cour d'appel, saisie d'une demande de désignation d'un nouveau juge-commissaire par un créancier de la société civile, avait constaté la dissolution de celle-ci et déclaré sans objet la poursuite de la procédure collective ouverte à son égard. La Cour de cassation a cassé l'arrêt pour les mêmes motifs que ceux énoncés dans l'arrêt précité.

Ces deux arrêts consacrent la primauté des règles applicables aux redressement et liquidation judiciaires sur les règles du droit des sociétés qui excluent la liquidation des sociétés unipersonnelles dissoutes.

Entreprise en difficulté – Responsabilité – Faillites et interdictions – Cessation des mesures – Loi du 26 juillet 2005 – Application immédiate

Chambre commerciale, 29 novembre 2005 (pourvoi n° 04-17 972)

Cette décision constitue la première application par la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

Cette loi comporte des dispositions applicables dès sa publication qui est intervenue le 27 juillet 2005. Il en est ainsi de l'article 190, 2°, qui dispose que les mesures de faillite personnelle et d'interdiction de gérer prennent fin à la date de la publication de la loi lorsqu'à cette date, elles ont été prononcées plus de quinze années auparavant par une décision définitive.

Le demandeur au pourvoi avait été sanctionné par une faillite personnelle le 12 juillet 1972, le tribunal n'ayant pas, alors, fixé de durée à la mesure comme la loi du 13 juillet 1967, applicable en la cause, le lui permettait. Le pourvoi était formé contre un arrêt du 1er juillet 2004 qui avait rejeté une demande de réhabilitation et une demande d'amnistie de la mesure sur le fondement de la loi du 3 août 1995.

L'arrêt de non lieu à statuer du 29 novembre 2005 constate que la faillite personnelle prononcée plus de quinze années avant le 27 juillet 2005 a pris fin, de même que toutes les déchéances et interdictions qui en ont résulté, et que le pourvoi est en conséquence devenu sans objet.

3. Entreprises en difficulté – Divers

Entreprise en difficulté – Ouverture – Cas – Confusion des patrimoines – Caractérisation – Relations financières anormales – Application diverses

Chambre commerciale, 19 avril 2005 (Bull. n° 92)

La SAS Metaleurop Nord (la SAS) ayant son siège à Noyelles-Godault était la filiale à 99 % de la SA Metaleurop (la SA) et avait pour activité la production et la commercialisation de zinc et de plomb. Elle a été mise en redressement judiciaire le 28 janvier 2003, puis en liquidation judiciaire le 10 mars 2003.

Le 16 décembre 2004, la cour d'appel de Douai a étendu la procédure collective de la SAS à la SA sur le fondement de la confusion des patrimoines des deux sociétés.

Un pourvoi ayant été formé au début de janvier 2005, la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a cassé, le 19 avril 2005, l'arrêt de la cour d'appel de Douai.

La cour d'appel avait écarté la fictivité de la SAS. Ce point n'était pas discuté.

La question posée à la Cour de cassation portait sur l'existence d'une confusion de patrimoines entre la société-mère et la société-fille.

La cour d'appel avait d'abord retenu l'existence de conventions confiant à la société-mère la gestion de la trésorerie et du risque de change : les gains puis les pertes résultant de l'exécution

de ces accords de gestion avaient été répartis entre les diverses sociétés du groupe en proportion des opérations menées pour le compte de chaque société.

La cour d'appel avait ensuite constaté des échanges de personnel : la SAS avait supporté la charge de deux de ses salariés qui exerçaient en réalité des fonctions de conseiller technique et de contrôleur de gestion pour l'ensemble des sociétés du groupe tandis que la direction de la production de plomb par la SAS sur le site de Noyelles-Godault était assurée par un salarié d'une autre société du groupe.

La cour d'appel avait enfin relevé que la société-mère avait fait face aux besoins de trésorerie de sa filiale en lui consentant des prêts à long terme et des avances de trésorerie assortis de reports d'échéances et de délais de remboursement.

Pour casser l'arrêt de la cour d'appel de Douai, la Cour de cassation a retenu que ces conventions de gestion de trésorerie et de change, ces échanges de personnel et ces avances de fonds ne révélaient pas des relations financières anormales de nature à établir une confusion entre les patrimoines des deux sociétés du groupe : en effet, même si ces conventions avaient parfois été fixées tardivement, leur mise en œuvre n'avait pas modifié sensiblement la constitution des patrimoines respectifs des deux sociétés en cause.

En revanche, sans prendre parti sur l'application concrète qu'il convient d'en faire, la Cour de cassation a observé, par référence à l'article L. 624-3 du Code de commerce, que certains comportements ci-dessus décrits de la société-mère à l'égard de sa filiale pouvaient être de nature à constituer, en fait, des fautes de gestion, propres à créer une insuffisance d'actif chez la filiale, c'est-à-dire un accroissement du passif assorti éventuellement d'une diminution de son actif.

Ordre entre créancier – Procédure – Règlement provisoire – Contestation – Ministère public – Communication – Défaut – Pourvoi – Qualité – Détermination

Chambre commerciale, 30 mars 2005 (Bull. n° 74)

Aux termes de l'article L. 623-8 du Code de commerce, lorsque le ministère public doit avoir communication des procédures de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, le pourvoi en cassation pour défaut de communication n'est ouvert qu'à lui seul.

Par l'arrêt ci-dessus publié, la Chambre commerciale juge que ces dispositions ne sont pas applicables lorsque l'obligation de communication résulte des textes régissant les contestations en matière de distribution par voie d'ordre du prix de vente d'un immeuble.

La Chambre commerciale revient ainsi sur la position qu'elle avait adoptée dans un arrêt du 23 janvier 1996 (Bull. n° 25) et s'aligne sur la jurisprudence de la Deuxième chambre civile, qui, dans un arrêt du 19 mai 1999 (pourvoi n° 97-17 675) a censuré, au visa des articles 425 du nouveau Code de procédure civile, 764 du Code de procédure civile et 148 du décret du 27 décembre 1985, une cour d'appel qui avait statué sur les contestations à l'état de collocation, dressé par le liquidateur après le paiement du prix de vente d'un immeuble ayant appartenu au débiteur en liquidation judiciaire, sans que la cause ait été communiquée au ministère public.

Entreprise en difficulté – Liquidation judiciaire – Actif – Immeuble – Cession par autorité de justice – Vente de gré à gré – Transport de propriété – Date – Détermination

Chambre commerciale, 4 octobre 2005 ((Bull. nº 191)

Cet arrêt tire les conséquences de la jurisprudence de la Chambre selon laquelle, si la vente de gré à gré d'un immeuble compris dans l'actif du débiteur en liquidation judiciaire n'est réalisée que par l'accomplissement d'actes postérieurs à la décision du juge-commissaire qui autorise, sur le fondement de l'article L. 622-16, alinéa 3, du Code de commerce, la cession de ce bien, celle-ci n'en est pas moins parfaite dès l'ordonnance, sous la condition suspensive que la décision acquière force de chose jugée (Com., 11 mars 1997, Bull. nº 69).

La cour d'appel avait, dans cette espèce, rejeté les demandes des acquéreurs aux fins de régularisation de la vente autorisée par le juge-commissaire, au motif que la cause de la vente avait disparu du fait de l'apurement du passif : La Chambre commerciale censure cette décision qui méconnaît le caractère parfait de la vente, dès lors que le liquidateur n'avait disposé des sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers que postérieurement à la date à laquelle la vente était devenue parfaite.

Prescription – Suspension – Cause – Redressement ou liquidation judiciaire – Exclusion

Chambre commerciale, 20 septembre 2005 (Bull. nº 178)

Pour atténuer la rigueur du mécanisme de la prescription, il est admis, en jurisprudence, que la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité absolue d'agir par suite d'un empêchement quelconque résultant soit de la loi, soit de la convention ou de la force majeure (Req. 22 juin 1853, S 1855 I p. 511, 1re Civ., 4 février 1986, Bull. nº 16). Mais lorsque la cause de la suspension alléguée trouve sa source dans la situation personnelle du propriétaire ou du créancier, la jurisprudence refuse fermement d'étendre les cas de suspension de la prescription prévus par le Code civil.

Le jugement d'ouverture d'une procédure collective ne figure pas, à cet égard, au nombre des causes légales de suspension de la prescription. Dans le silence des textes, les tribunaux ont considéré traditionnellement que la faillite ne suspendait pas la prescription des actions du failli contre les tiers (Req. 23 février 1832, S 1832 I p. 537).

Le présent arrêt permet à la Chambre commerciale de réaffirmer cette solution sous l'empire du nouveau Code de commerce : le délai de prescription qui court contre un débiteur n'est pas suspendu par sa mise en redressement ou liquidation judiciaire. En effet, le jugement d'ouverture ne met pas le débiteur dans l'impossibilité d'interrompre la prescription : en cas de redressement judiciaire, le débiteur n'est pas dessaisi de l'exercice de ses droits, en cas de liquidation judiciaire, rien n'empêche le liquidateur d'agir en ses lieu et place pour interrompre la prescription.

La solution demeure valable sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

Agent commercial – Commission – Créance de commission – Redressement judiciaire du mandant – Fait générateur

Chambre commerciale, 15 novembre 2005 (pourvoi nº 03-13 261)

La question de la date de naissance des créances est une question récurrente en matière de procédures collectives car elle commande la distinction entre les créanciers antérieurs et postérieurs à l'ouverture de la procédure collective et le régime du règlement des créances.

Aux termes de l'article L. 621-43 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, à partir de la publication du jugement, tous les créanciers, à l'exception des salariés, dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture (désormais, « dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture », selon l'article L. 622-24 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005) doivent adresser leur déclaration de créance au représentant des créanciers.

Dans le présent arrêt, la Chambre commerciale se prononce, pour la première fois, sur le fait générateur d'une créance de commissions due à un agent commercial. Celui-ci se situe au moment où le cocontractant se trouve lié au mandant, conformément à l'article L. 134-6 du Code de commerce, lequel fixe le droit à commission « pour toute opération commerciale conclue pendant la durée du contrat d'agence ». Il en résulte que l'agent commercial a l'obligation de déclarer ses créances de commissions, même non exigibles au jour du jugement d'ouverture du redressement judiciaire du mandant, dès lors qu'elles correspondent à des affaires conclues avant ce jugement, peu important qu'à cette date l'opération n'ait pas été exécutée ou que le client n'ait pas payé. En la matière, la Chambre commerciale applique donc le principe selon lequel la date de naissance de la créance est celle de la conclusion du contrat entre les parties, ce qui reflète une vision consensualiste du contrat.

Même si le défaut de déclaration des créances n'a plus les mêmes conséquences sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, la solution conserve toute sa valeur.

Entreprise en difficulté – Redressement judiciaire – Période d'observation – Créancier – Déclaration des créances – Déclaration « à titre provisionnel » – Portée

Chambre commerciale, 28 juin 2005 (Bull. nº 142)

Le présent arrêt n'amorce pas un revirement et ne remet pas en cause les principes issus des termes de l'article L. 621-43, alinéa 3 et de la jurisprudence (Com., 2 février 1993, Bull. 36 ; Com., 9 mai 1995, Bull. 132), qui réservent aux seules créances du Trésor Public et des organismes sociaux la déclaration et l'admission à titre provisionnel.

Il marque plutôt une évolution de la position de la Cour de cassation dans le sens d'un assouplissement : face à une déclaration de créance comportant la mention « provisionnelle » ou « à titre provisionnel », il appartient aux juges du fond de rechercher, sans s'arrêter aux termes employés, si la déclaration ne révèle pas néanmoins la volonté non équivoque du créancier de réclamer à titre définitif une somme déterminée.

Entreprise en difficulté – Redressement ou liquidation judiciaire – Déclaration des créances – Organisme de prévoyance et de sécurité sociale

Chambre commerciale, 5 juillet 2005 (Bull. nº 155)

Les créances du Trésor public et des organismes de prévoyance et de sécurité sociale ainsi que les créances recouvrées par les organismes visées à l'article L. 351-21 du Code du Travail obéissent, en principe, quant à leurs déclarations, à un régime spécifique défini par l'alinéa 3 de l'article L. 621-43 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

Ces créances sont déclarées et admises à titre provisionnel lorsqu'elles n'ont pas fait l'objet d'un titre exécutoire et, sous réserve des procédures judiciaires ou administratives en cours, leur demande d'admission définitive, sur la base du titre établissant définitivement la créance, doit être adressée, sous peine de forclusion, dans le délai fixé par le tribunal en application de l'article L. 621-103 du même Code.

Cependant certains organismes de prévoyance et de sécurité sociale ne sont pas habilités à se délivrer des titres exécutoires et la règle de l'interdiction des poursuites individuelles fait obstacle à ce qu'ils saisissent le juge compétent pour obtenir un tel titre. C'est pourquoi, la Chambre commerciale, par l'arrêt du 5 juillet 2005, a décidé que la déclaration des créances de ces organismes ne relevait pas des dispositions de l'alinéa 3 de l'article L. 621-43 du Code de commerce précité. Il s'en déduit qu'une telle déclaration obéit, pour toutes ses modalités, aux règles du droit commun. Cette solution devrait rester valable sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises qui n'a pas modifié le régime de la déclaration des créances du Trésor public et des organismes de prévoyance et de sécurité sociale

Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire – Patrimoine – Revendication – Dispense – Etendue

Chambre commerciale, 15 mars 2005 (Bull. nº 60)

Selon l'article L. 621-116 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité. L'article 85-5 du décret du 27 décembre 1985 précise que, pour bénéficier de cette dispense, les contrats de location ou les contrats de vente assortis d'une clause de réserve de propriété doivent être publiés dans les conditions prévues par le décret du 4 juillet 1972 relatif aux opérations de crédit-bail.

Un contrat de location-gérance est publié, quant à lui, conformément au décret du 14 mars 1986.

La question inédite posée par le pourvoi était celle de savoir si le propriétaire d'un fonds de commerce donné en location-gérance bénéficie, comme les entreprises de crédit-bail, d'une dispense de revendication, alors que le contrat de location-gérance, qui a fait l'objet de la publicité requise pour ce type de contrat, n'a pas été publié dans les conditions – sensiblement différentes – prévues pour les contrats de crédit-bail.

La Chambre commerciale, financière et économique a répondu par l'affirmative en considérant que la dispense de revendication bénéficie, de manière générale, à tous les propriétaires de biens mobiliers qui se trouvent confiés au débiteur en procédure collective par suite d'un contrat ayant fait l'objet d'une publicité et que, dès lors, le loueur de fonds de commerce est dispensé de revendiquer sans avoir à recourir à une seconde publicité du contrat de location-gérance dans les formes requises par le décret du 27 décembre 1985.

Communautés européennes – Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 – Champ d'application (art. 1er) – Faillites, concordats et autres procédures analogues – Action en recouvrement d'une créance d'une société en liquidation judiciaire – Portée

Chambre commerciale, 24 mai 2005 (Bull. nº 108)

L'article 1er, alinéa 2, 2°, de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 exclut de son champ d'application les faillites, concordats et autres procédures analogues, lesquels s'entendent, aux termes d'un arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 22 février 1979, des « actions qui dérivent directement de la faillite et s'insèrent étroitement dans le cadre de la procédure collective ».

Le pourvoi invitait pour la première fois la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation à se prononcer sur la question suivante : une action en recouvrement de créance engagée devant le tribunal de commerce de Paris pour le compte d'une société française en liquidation judiciaire contre des ressortissants italiens domiciliés en Italie, qui revendiquaient la compétence des juridictions italiennes par application de l'article 2 de la Convention de Bruxelles, était-elle ou non exclue du champ d'application de ce texte ?

L'arrêt du 24 mai 2005 répond par la négative en retenant qu'une telle action ne dérive pas directement de la faillite et ne s'insère pas étroitement dans le cadre de la procédure collective de sorte que la Convention de Bruxelles doit trouver à s'appliquer.

Société civile immobilière – Liquidation judiciaire – Publication du jugement – Créance antérieure – Action en paiement – Action exercée contre un associé non liquidateur – Prescription – Délai – Point de départ

Chambre commerciale, 8 mars 2005 (Bull. nº 54)

Par cet arrêt, la Chambre commerciale reprend un principe déjà affirmé par la Troisième chambre civile (13 novembre 2003, Bull. nº 198) en matière de prescription de l'action en paiement des créanciers d'une société civile à l'encontre des associés de celle-ci.

L'article 1859 du Code civil dispose que toutes les actions contre les associés non liquidateurs ou leurs héritiers et ayants cause se prescrivent par cinq ans à compter de la publication de la dissolution de la société. Dans cette affaire, la société avait fait l'objet d'une liquidation judiciaire, publiée au bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC), mais la dissolution consécutive à la décision de liquidation judiciaire n'avait pas fait l'objet d'une publicité. Par l'effet combiné des articles 1844-7-7 du Code civil, qui prévoit que la société prend fin par l'effet du jugement ordonnant sa liquidation judiciaire et de l'article 1844-8 du Code civil, qui précise que la dissolution de la société entraîne sa liquidation, la cour d'appel

avait jugé que la liquidation ayant été publiée au BODACC, c'est à cette date qu'avait commencé à courir le délai de prescription.

La Chambre commerciale a validé cette analyse. Il existe en effet un lien étroit entre la liquidation judiciaire et la dissolution puisque toutes les deux marquent la fin de la société et qu'elles sont suivies par la phase de liquidation de celle-ci. Dès lors, la publication de la liquidation judiciaire avertit les créanciers de la dissolution, laquelle ne nécessite pas de mesure particulière de publicité.

B. Droit des sociétés

Société (règles générales) – Parts sociales – Cession – Nullité – Effet – Restitution en nature ou en valeur – Moment – Détermination

Chambre commerciale, 14 juin 2005 (Bull. nº 130)

Cette affaire posait deux questions. La première relative au dol dans le cadre d'une cession d'actions, la seconde de la date à laquelle doit être appréciée la valeur d'un bien dont la vente a été annulée et dont la restitution impossible se traduit par une restitution en valeur.

Les faits de l'espèce étaient constitués par une cession d'actions à une société dirigée par la même personne que la société dont les actions étaient cédées, ce dirigeant ayant personnellement participé à la négociation de l'opération. Quelques années après celle-ci, le cédant apprenant que ces actions avaient été à nouveau cédées avec une importante plus-value, a poursuivi sa cessionnaire en nullité pour dol et sa demande avait été accueillie par la cour d'appel.

On se rappelle que par un arrêt du 3 mai 2000 (dit arrêt Baldus), Bull. nº 131, la Première chambre civile a énoncé qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur et qu'en conséquence le dol n'était pas constitué lorsque l'acheteur taisait au vendeur que la chose avait une valeur bien supérieure au prix de vente proposé.

En matière de cession de titres, ce principe devait être concilié avec un arrêt de la Chambre commerciale du 27 février 1996 (Bull. nº 65) lequel a validé l'existence d'une réticence dolosive à l'encontre d'un dirigeant de société à l'égard d'un associé, lorsque ce dirigeant, intermédiaire pour le reclassement de la participation de l'associé, en intervenant dans la cession et en acquérant lui-même les actions, s'était abstenu d'informer le cédant des négociations qu'il avait engagées pour la vente des mêmes actions à un prix supérieur, et ainsi, avait manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé.

Cette synthèse a été faite par la Chambre commerciale dans un arrêt du 12 mai 2004 (Bull. nº 94), qui a précisé, d'un côté, que le cessionnaire de titres d'une société n'est tenu d'informer le cédant, ni des négociations tendant à l'acquisition par un tiers d'autres titres de la même société, ni de celles qu'il conduit lui-même avec ce tiers en vue de lui céder ou de lui apporter les titres faisant l'objet de la cession et, de l'autre, que manque à l'obligation de loyauté qui s'impose au dirigeant de société à l'égard de tout associé, le président du conseil d'administration, qui ayant pris l'initiative d'inciter un actionnaire à céder ses actions, lui dissimule l'exis-

tence de négociations conduites avec un tiers en vue du rachat ou de l'apport ultérieur de ces mêmes actions.

En d'autres termes, le cessionnaire n'est pas tenu d'une obligation d'information, mais le dirigeant de la société dont les actions sont cédées commet une réticence dolosive lorsqu'il n'informe pas l'actionnaire de tractations en cours qui peuvent avoir pour effet d'augmenter la valeur des actions à céder.

L'espèce concernée par l'arrêt du 14 juin 2005 ressemble beaucoup à celle ayant conduit à l'arrêt du 12 mai 2004, à ceci près que dans l'affaire précédente, le cédant avait agi à la fois contre le dirigeant de la société dont les actions étaient cédées et contre la société cessionnaire, tandis que dans la nouvelle espèce, seule la société cessionnaire avait été mise en cause. En application de sa précédente jurisprudence, la Chambre commerciale aurait pu casser l'arrêt qui lui était soumis et qui avait retenu l'existence d'un dol. Cependant, différents éléments, relevés par l'arrêt d'appel, avaient mis en évidence que si le cessionnaire était bien la société, laquelle n'avait pas d'obligation d'information à l'égard du cédant sur le prix des actions, des manœuvres dolosives avaient été mises en œuvre par son représentant qui était en même temps dirigeant de la société dont les actions étaient cédées et que ces manœuvres avaient eu pour objectif de conduire le cédant à vendre ses actions à un prix inférieur à leur valeur.

Le second moyen posait ensuite la question du montant de la restitution due au cédant à la suite de l'annulation de la cession.

On rappellera qu'en principe la nullité emporte l'effacement rétroactif du contrat, ce qui a pour effet de remettre les choses en l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de ce contrat (*restitutio in integrum*). L'application de ce principe fait l'objet d'une jurisprudence constante selon laquelle l'annulation du contrat entraîne la restitution de part et d'autre de ce qui a été exécuté et lorsque la restitution ne peut avoir lieu en nature, elle doit se faire en valeur.

Mais à quelle date doit être appréciée la valeur de la chose cédée ?

Trois solutions sont proposée tant par la doctrine que par la jurisprudence, aucune n'étant pleinement satisfaisante. La première consiste à estimer la chose en fonction de sa valeur et de son état à la date où le contrat ultérieurement annulé avait été conclu ; la deuxième solution, exactement à l'opposé de la précédente, consiste à évaluer le bien au jour et dans l'état où il se trouve lors du prononcé de la nullité, puisque c'est à cette date que la reprise en nature n'étant pas possible, on le replace fictivement dans son patrimoine d'origine ; la troisième solution, conforme à la théorie générale de la dette de valeur, consiste à estimer la chose en l'état où elle était lors de la vente, mais à sa valeur au moment de la restitution.

Par un arrêt du 29 mars 1994 (Bull. n° 137) la Chambre commerciale a précisé que l'annulation d'une cession d'actions confère au cédant le droit d'obtenir la remise des actions, en nature ou en valeur, sans qu'aucune réduction ne puisse affecter le montant de cette restitution, à l'exception des dépenses nécessaires ou utiles faites par l'acquéreur pour la conservation des titres ; il n'a toutefois pas précisé à quelle date devait être appréciée la valeur des actions.

Appliquant le principe de l'effacement rétroactif du contrat, rappelé ci-dessus et répété à de multiples reprises par la jurisprudence de la Cour, la Chambre commerciale a jugé que l'annu-

lation de la cession confère au vendeur, dans la mesure où la remise des actions en nature n'est plus possible, le droit d'en obtenir la remise en valeur au jour de l'acte annulé.

Participation aux bénéfices et aux pertes – Clauses léonines – Prohibition – Portée – Promesse d'achat d'actions

Chambre commerciale, 22 février 2005 (Bull. nº 37)

La question, désormais classique, est celle de la validité des promesses d'achat de droits sociaux consenties pour un prix minimum ou garanti : ces promesses ne sont-elles pas contraires à la prohibition des clauses léonines en ce qu'elles permettent au bénéficiaire de sortir de la société sans subir les conséquences négatives de la situation sociale ? À cette question, la Chambre commerciale apporte aujourd'hui, sous certaines conditions, une réponse négative (depuis Com., 20 mai 1986, Bull. nº 95. V. aussi, notamment, Com., 24 mai 1994, Bull. nº 189 ; 19 octobre 1999, Bull. nº 177) que l'arrêt du 22 février 2005 se borne pour l'essentiel à réaffirmer.

En l'espèce, la chambre retient, pour valider la stipulation, que celle-ci laissait subsister un aléa à la charge du bénéficiaire dès lors que ce dernier restait, en dehors de la période d'ouverture de l'option, exposé au risque de disparition ou de dépréciation des titres. Cette circonstance, néanmoins, n'est pas la seule à pouvoir produire un tel effet : la Chambre commerciale juge, dans le même temps, que la promesse est également valable lorsqu'elle tend à assurer à son bénéficiaire, lequel est avant tout un bailleur de fonds, le remboursement de son investissement et qu'elle a ainsi pour objet d'assurer l'équilibre des conventions conclues entre les parties (Com., 16 novembre 2004, Bull. nº 197 ; 27 septembre 2005, pourvoi nº 02-14 009).

Cession de droits sociaux – Détermination du prix – Expert de l'article 1843-4 du Code civil – Respect du principe de la contradiction

Chambre commerciale, 19 avril 2005 (Bull. nº 95)

La Chambre commerciale continue à préciser le régime applicable à la détermination du prix par expert désigné dans les conditions de l'article 1843-4 du Code civil. Après avoir jugé, notamment, que la désignation de l'expert ressortit au pouvoir exclusif du président du tribunal (de grande instance ou de commerce, selon le cas) statuant en référé (Com., 30 novembre 2004, 2 arrêts, Bull. nº 210 et 211), la chambre vient ici ajouter que l'expert n'est pas tenu de respecter le principe de la contradiction.

Il n'existait pas jusqu'ici, en jurisprudence, de réponse certaine à la question de savoir si ce principe s'impose au tiers chargé, en application de l'article 1843-4 ou de l'article 1592 du Code civil, de déterminer la valeur des droits sociaux cédés ou le prix de la chose vendue (Com., 6 juin 2001, pourvoi nº 98-18 503 ; 19 juin 2001 pourvoi nº 98-18 236). Une réponse négative est en revanche clairement donnée par cet arrêt, qui réaffirme que seule l'erreur grossière est de nature à remettre en cause le caractère définitif de la décision du tiers évaluateur et considère que l'évaluation, dès lors qu'elle est exempte d'une telle erreur, ne peut être contestée au seul motif que les experts auraient violé le principe de la contradiction en refusant de communiquer l'identité et l'avis des personnes consultées par eux.

La solution ne doit pas surprendre. Le tiers évaluateur, qualifié d'expert par l'article 1843-4 et d'arbitre par l'article 1592, n'est en réalité ni l'un ni l'autre et ne saurait par suite être soumis aux règles gouvernant l'expertise judiciaire : il n'est pas saisi au titre d'un litige soumis au juge mais seulement chargé de parfaire le contrat en arrêtant le prix aux lieu et place des parties. À ce titre, le tiers évaluateur apparaît comme le mandataire commun des parties (1re Civ., 2 décembre 1997, Bull. nº 334 ; Com., 4 février 2004, Bull. nº 23) et la circonstance qu'il soit désigné en justice, lorsqu'elle se rencontre, ne modifie pas la nature de sa mission ; cette désignation judiciaire, au surplus, n'est pas de l'essence du mécanisme puisqu'elle ne concerne que le tiers de l'article 1843-4 et n'intervient qu'à défaut de désignation par les parties. Et si le tiers évaluateur est certes tenu d'un devoir d'impartialité, cette circonstance n'implique pas qu'il soit en outre astreint au respect de la contradiction, alors surtout que la méconnaissance de ce devoir peut être sanctionnée en elle-même, soit qu'il existe des raisons objectives de douter de l'impartialité du tiers (cf. 1re Civ., 2 décembre 1997, préc.), soit que celui-ci ait, en privilégiant effectivement les intérêts d'une partie, commis un dol.

Responsabilité – Action individuelle d'un associé – Majoration infondée de la participation d'un autre associé

Chambre commerciale, 28 juin 2005 (Bull. nº 146)

Il est acquis en jurisprudence qu'un associé n'est pas recevable à demander réparation du préjudice consistant dans la dépréciation de ses titres consécutive aux fautes commises par les dirigeants, ce préjudice n'étant que le corollaire de celui subi par la société et ne présentant pas de caractère personnel (Com., 26 janvier 1970, Bull. nº 30 ; 1er avril 1997, pourvoi nº 94-18 912 ; 15 janvier 2002, pourvoi nº 97-10 886. Cf., s'agissant du préjudice causé par un abus de biens sociaux, Crim., 13 décembre 2000, 2 arrêts, Bull. nº 373 et 378).

L'arrêt du 28 juin 2005 prend appui sur cette solution dont il précise la portée en jugeant que la surévaluation des apports faits par un associé, qui se traduit par une majoration infondée de sa participation, cause aux autres associés un préjudice qui n'est pas le corollaire de celui que subit la société et dont ceux-ci sont par suite recevables à demander réparation. Il ne suffit pas, en effet, pour écarter l'action individuelle, de constater que le préjudice allégué consiste dans une dépréciation des titres ; encore faut-il que cette dépréciation ne soit elle-même que la traduction du préjudice social. Or tel n'est pas le cas du préjudice lié à la « dilution » de la participation du demandeur en responsabilité, c'est-à-dire au fait que ses titres ne représentent pas la fraction du capital qu'ils auraient dû représenter : ce préjudice, qui ne serait pas réparé par l'indemnisation du préjudice social, constitue un préjudice individuel réparable en tant que tel.

Sociétés anonymes – Expertise de gestion – Qualité et intérêt pour agir – Appréciation – Date de la demande en justice

Chambre commerciale, 6 décembre 2005 (pourvoi nº 04-10 287)

Après comme avant la loi du 15 mai 2001, l'article L. 225-231 du Code de commerce subordonne la qualité pour demander en justice la désignation d'un expert chargé d'établir un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion à la détention d'une fraction minimale du capital social (autrefois 10 %, aujourd'hui 5 %).

Cet arrêt juge qu'il suffit que cette condition soit satisfaite au jour de la demande et que celle-ci ne devient pas irrecevable si, ultérieurement, le demandeur vient à perdre la qualité d'actionnaire ou à franchir à la baisse le seuil légal (en l'espèce, à la suite d'une opération dite de « coup d'accordéon »). La solution, qui s'appuie sur les principes procéduraux (la cassation est en l'espèce prononcée au visa des articles 31 et 122 NCPC), est de nature à décourager les tentatives de fraude destinées à faire échec à la demande. Elle souligne également la finalité sociale de l'expertise de gestion, même mise en œuvre par un actionnaire.

Société civile – Associé – Information – Violation de l'information de reddition de comptes par écrit – Sanction – Détermination

Chambre commerciale, 19 avril 2005 (Bull. nº 96)

Ce pourvoi posait deux questions. D'une part, celle de savoir si l'article 1856 du Code civil, qui impose aux gérants de sociétés civiles l'obligation d'adresser annuellement aux associés un rapport écrit rendant compte de leur gestion avant l'assemblée générale annuelle, est une obligation impérative, d'autre part, celle de savoir si le défaut de respect de cette obligation est sanctionné par une nullité obligatoire ou facultative en application de l'article 1844-10, alinéa 2, du Code civil.

On rappellera qu'aux termes de cette dernière disposition la nullité des délibérations « *ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du titre IX du chapitre relatif aux sociétés ou de l'une des causes de nullité des contrats en général* ».

Est impérative toute disposition que le législateur qualifie expressément d'ordre public ou à propos de laquelle il interdit ou répute non écrite une clause contraire, ce qui n'est pas le cas de l'article 1856 du Code civil, lequel précise seulement que les gérants doivent, au moins une fois dans l'année, rendre compte de leur gestion aux associés et que cette reddition de compte doit se faire par écrit. Toutefois, dans la théorie générale des nullités, ne sont pas seulement impératives les dispositions qui sont expressément déclarée obligatoires, mais aussi celles qui édictent une prescription positive par rapport à la disposition prohibitive. C'est pourquoi, il appartient au juge, sous le contrôle de la Cour de cassation, de dire si telle ou telle disposition du titre IX du livre III doit être considérée comme impérative.

La Cour de cassation ne s'est, jusqu'à présent, prononcée qu'une seule fois sur cette question par un arrêt de la Troisième chambre civile en date du 31 octobre 1989 (Bull. nº 339), par lequel il a été précisé que « *Si la sanction de nullité s'attache à un défaut total d'information des associés, et, en particulier à l'obligation de rendre compte par écrit faite au gérant par l'article 1856 du Code civil, la même sanction n'est pas attachée aux simples irrégularités formelles dans l'accomplissement des actes d'information, au demeurant cumulatifs, prescrits par le décret du 3 juillet 1978, dès lors que les associés ont, en dépit de ces irrégularités, bénéficié d'une information suffisante (...)* ».

Comme la Troisième chambre civile, la Chambre commerciale a considéré, essentiellement en raison de l'importance que revêt, tant pour les associés que pour la société elle-même, le rapport écrit de gestion, que l'article 1856 du Code civil est une disposition impérative.

Mais, dans le silence des textes, la violation de cette disposition entraîne-t-elle une nullité obligatoire ou facultative, le juge dispose-t-il d'un pouvoir d'appréciation quant au prononcé de la nullité ?

Les conséquences de l'absence de communication du rapport de gestion par celui qui exerce cette mission sont différentes, selon que la société est par actions ou de personnes.

S'agissant des sociétés par actions, l'article L. 225-100 du Code de commerce prévoit que l'assemblée générale ordinaire doit voter, chaque année, les comptes de la société et que, pour cela, le conseil d'administration ou le directoire doit présenter un rapport de l'activité de la société, ainsi que les comptes annuels. L'article L. 225-121 précise que les délibérations prises par les assemblées en violation, notamment, de l'article 225-100 sont nulles. Il n'y a donc là aucune place pour une appréciation du juge, d'autant que le même article, dans son second alinéa, prévoit une nullité facultative en cas de violation d'autres dispositions relatives à l'information des actionnaires. La volonté du législateur d'établir ici une nullité obligatoire ressort clairement.

Pour les sociétés à responsabilité limitée, à l'inverse, l'article L. 223-26 du Code de commerce précise que le rapport de gestion, l'inventaire et les comptes annuels établis par les gérants sont soumis à l'approbation des associés réunis en assemblée ; l'alinéa 2 prévoit la communication de ces documents aux associés et précise que « *Toute délibération prise en violation des dispositions du présent alinéa peut être annulée* ». La nullité est, ici, clairement facultative.

Pour les sociétés civiles, en dehors de l'article 1844-10, alinéa 2, du Code civil, aucune disposition ne précise le régime des nullités encourues par les assemblées générales. Les similitudes que présente le mode de gestion des sociétés civiles avec celui des SARL ont conduit la Chambre commerciale à considérer que faute de préjudice établi, soit pour la société, soit pour celui qui s'en prévaut, la nullité ne peut résulter de la seule violation de l'article 1856 du Code civil. En l'espèce, si un préjudice avait bien été invoqué par l'associé, celui-ci ne présentait aucun lien avec l'absence de rapport écrit du gérant sur l'activité de la société.

C. Droit bancaire

Banque – Agrément – Obtention – Défaut – Sanction – Nullité (non)

(Assemblée plénière, 4 mars 2005, Bull. nº 2 ; BICC nº 621, p. 3, rapport de M. Paloque et avis de M. de Gouttes)

L'exercice d'un certain nombre d'activités professionnelles étant réglementé, la question s'est posée des conséquences de l'éventuel non-respect de cette réglementation sur la validité des contrats conclus par les professionnels concernés.

Cette question a reçu des réponses différentes de la part des chambres de la Cour de cassation, la Première chambre civile jugeant que l'exercice irrégulier d'une profession n'affectait pas la validité des actes conclus, solution retenue pour différents professionnels (banquier, huissier de justice, notaire), la Chambre commerciale, économique et financière estimant quant à elle que les prêts conclus par un banquier exerçant illégalement sa profession étaient nuls. La Chambre criminelle jugeait pour sa part que les infractions à la loi bancaire ne portaient

atteinte qu'à l'intérêt général et à celui de la profession de banquier, ce dont elle déduisait l'irrecevabilité de la constitution de partie civile.

Réunie en Assemblée plénière, la Cour de cassation a décidé le 4 mars 2005 que la méconnaissance, par un établissement de crédit, de l'exigence d'agrément au respect de laquelle l'article 15 de la loi nº 84-46 du 24 janvier 1984, codifié aux articles L. 510-10, L. 511-14 et L. 612-2 du Code monétaire et financier, subordonne son activité, n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il a conclus.

Par ailleurs, la Cour de cassation a examiné la compatibilité de l'exigence de cet agrément résultant du droit bancaire interne avec le droit communautaire en vigueur à l'époque des faits. Saisie de cette question, la Chambre commerciale avait interrogé la Cour de justice des Communautés européennes sur la possibilité, pour un Etat, de subordonner l'exercice de son activité, par un établissement bancaire appartenant à un autre Etat membre, à l'obtention d'un agrément. Celle-ci avait indiqué à quelles conditions cette exigence pouvait être compatible avec la deuxième directive nº 89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989 alors applicable. Estimant ces conditions remplies, la Chambre commerciale avait jugé que l'obligation, pour un établissement de crédit belge, d'obtenir un tel agrément, était compatible avec le droit communautaire et avait cassé l'arrêt déféré qui avait jugé en sens contraire. La cour d'appel de renvoi ayant résisté à la doctrine de la Chambre commerciale, il appartenait à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de trancher cette question.

Celle-ci a décidé que, dès lors que la cour d'appel de renvoi avait constaté que la banque en cause répondait à des règles prudentielles comparables aux exigences françaises et était soumise à une autorité de contrôle elle-même tenue d'une obligation de collaboration avec les autorités compétentes des autres Etats membres, l'obligation faite à cette banque d'implanter un établissement bancaire sur le sol français, condition nécessaire à l'obtention d'un agrément, méconnaissait le droit communautaire tel qu'interprété par la Cour de justice. En effet, ainsi que l'avait observé la Cour de justice, l'exigence d'un établissement stable dont le respect conditionnait, dans le droit interne français, l'obtention d'un agrément, était la négation de la libre prestation de services garantie par le Traité, et une telle exigence devait être indispensable pour atteindre l'objectif recherché constitué par la protection des consommateurs. Or, la cour d'appel avait relevé que l'implantation d'une succursale en France par la banque étrangère en cause n'aurait pas été de nature à garantir une protection plus grande à l'emprunteur. Il s'en déduisait nécessairement que la loi interne allait au-delà de ce qui était nécessaire pour protéger l'emprunteur et, partant, était incompatible avec le droit communautaire alors en vigueur.

Provision – Lettre d'injonction – Régularisation par paiement – Affectation prioritaire du paiement – Conditions

Chambre commerciale, 22 février 2005 (Bull. nº 30)

La Cour de cassation a eu l'occasion pour la première fois, par cet arrêt, de se prononcer sur l'interprétation à donner à la modification législative résultant de l'article 137 de la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre l'exclusion, qui a conduit à la création de l'article L. 131-74 du Code monétaire et financier. Cet article dispose que tout versement effectué par le tireur sur le

compte duquel était émis le chèque impayé est affecté en priorité à la constitution d'une provision pour paiement intégral de celui-ci.

L'arrêt énonce qu'il résulte de la combinaison des articles L. 131-73 et L. 131-74 du Code monétaire et financier et de l'article 13 du décret nº 92-456 du 22 mai 1992, que l'affectation d'un versement du tireur en priorité à la constitution d'une provision pour paiement d'un chèque impayé suppose qu'il ait opté pour cette modalité de paiement en demandant à ce que cette provision soit bloquée.

La portée de cet ajout législatif avait suscité des interrogations doctrinales. Les travaux parlementaires faisaient apparaître la volonté de renforcer les droits du porteur, mais le décret annoncé qui aurait pu obliger la banque tirée à informer le porteur de ce blocage, n'est pas intervenu. A été retenue par la Cour de cassation l'interprétation selon laquelle cette affectation prioritaire d'un versement du tireur à la provision du chèque impayé n'est pas systématique, mais implique que ce dernier ait opté pour cette modalité de paiement. En effet, le nouveau texte n'est pas venu modifier l'article L. 131-73 qui prévoit un choix entre deux modalités de régularisation du chèque, mais seulement s'y ajouter. Or accepter la première interprétation de l'affectation systématique aurait conduit à supprimer tout choix de régularisation pour le tireur. Toutefois, cette règle de priorité de paiement conserve bien un sens par rapport à d'autres prélèvements éventuels opérés par la banque tirée, dans l'hypothèse où la provision ne permettrait pas de régler à la fois le chèque ainsi que d'autres prélèvements, par exemple les frais perçus par la banque à cette occasion, ce qui, mécaniquement, surtout pour les chèques d'un faible montant, peut se révéler important.

Banque – Compte courant – Existence de sous-comptes – Convention d'unité de compte – Obligation d'exécution de bonne foi – Manquement – Applications diverses – Contrat et obligations conventionnelles – Exécution de bonne foi – Défaut – Applications diverses

Chambre commerciale, 8 mars 2005 (Bull. nº 44)

Après avoir quelques mois auparavant, par un arrêt du 28 septembre 2004 (Bull. nº 166), précisé les conditions d'existence d'une convention d'unité de compte en rappelant que les comptes ne devaient pas avoir d'existence autonome, peu important qu'ils fassent l'objet de relevés distincts, de taux d'intérêts différents ou de devises différentes, la Chambre commerciale a eu l'occasion d'en faire application au visa de l'exigence de bonne foi contractuelle énoncée à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, par l'énonciation suivante : « manque à son obligation d'exécuter de bonne foi une convention d'unité de compte, une banque qui, après avoir adopté un comportement incompatible avec l'application de cette convention, en revendique le bénéfice ».

Le régime juridique de la convention d'unité de compte doit être bien distingué de celui de la convention de compensation [1] : la première n'est qu'un variété du compte courant unique,

1. V. à ce propos l'étude du Professeur Parléani au fascicule nº 250 du Jurisclasseur Banque et Bourse « la pluralité des comptes en banque ouverts à un même client », février 2004.

l'automaticité de la fusion de ses différents articles s'imposant à la banque, alors qu'en revanche, la seconde ouvre seulement une faculté pour la banque d'opérer une compensation, quand elle juge de son intérêt de la pratiquer. En contrepartie, les effets de cette dernière seront plus fragiles en cas de saisie sur le compte ou de procédure collective du titulaire.

En l'espèce, la banque avait refusé d'exécuter un ordre de virement donné par son client au débit du compte en francs, en revendiquant, après sept ans, le bénéfice d'une clause d'unité de compte, alors qu'elle avait précédemment mis en demeure son client de rembourser le seul compte débiteur en dollars tandis que le compte en francs était créditeur, et qu'elle avait ensuite donné effet à une saisie sur les avoirs du compte en francs.

La banque n'est pas en droit de se contredire au détriment d'autrui ; elle ne peut pas écarter l'application d'une convention en faisant fonctionner les comptes litigieux comme des comptes indépendants, puis en revendiquer le bénéfice à son profit ; le client est en droit d'attendre une cohérence de comportement à son égard. La Cour de cassation n'a pas retenu le moyen qui invitait à décider que la banque aurait renoncé à son droit, renonciation qui, même tacite, aurait dû être non équivoque.

Billet à ordre – Paiement – Opposition – Cas – Souscripteur ayant la qualité de tiers-saisi de la créance cambiaire
Procédures civiles d'exécution – Mesures d'exécutions forcées – Saisies attribution – Biens insaisissables – Créances cambiaires
Chambre commerciale, 27 septembre 2005 (Bull. nº 182)

La Cour, par cet arrêt, énonce que le tiers saisi, souscripteur d'un billet à ordre, dispose d'un intérêt à agir pour s'opposer au paiement d'une créance cambiaire par nature insaisissable, et dont il pourrait avoir à répondre.

Ce n'était pas tant le caractère insaisissable d'un billet à ordre, créance cambiaire, déjà consacré par la jurisprudence et reconnu unanimement par la doctrine, qui posait problème : celui-ci n'est que la traduction de la primauté du droit cambiaire qui exige une circulation des titres sans entrave. En revanche, la Cour a, à cette occasion, alors que le débiteur saisi, bénéficiaire du billet, n'avait pas lui-même contesté la saisie, affirmé que le tiers-saisi avait un intérêt à agir pour invoquer cette insaisissabilité, pour s'opposer à son paiement, parce que cette exception ne saurait constituer une exception personnelle au débiteur : elle est objective dans la mesure où, en payant mal, le tiers-saisi peut avoir à en répondre.

Compte – Clôture – Régularité – Présomption – Exclusion – Cas
Chambre commerciale, 8 mars 2005 (Bull. nº 43)

La question délicate posée à la Cour de cassation était celle du point de départ de la prescription du délai de contestation d'une opération par un titulaire en cas de clôture d'un compte, lorsque l'établissement bancaire n'est plus en mesure de justifier de l'information donnée de cette opération, n'étant pas tenu de conserver, au delà de dix ans, les documents comptables et les pièces justificatives en application de l'article L. 123-22 du Code de commerce.

Le délai pour remettre en cause une opération, par un titulaire de compte, est bien de dix ans, en application de l'article L. 110-4 du Code de commerce, et il est acquis que le point de départ de ce délai est, non pas la date à laquelle l'opération a été inscrite, mais celle à laquelle le client en a été informé. Le caractère novateur de la réponse de la Cour de cassation tient à ce qu'elle a énoncé que le silence, pendant ce délai, d'un titulaire d'un compte faisait présumer, sauf preuve contraire, que cette information avait été dispensée.

Dans l'espèce présente, la Cour de cassation a opéré une substitution de motif de pur droit qui a, dès lors, justifié l'arrêt attaqué. En effet, l'article 2 de la loi du 3 juillet 1977 invoqué au soutien du moyen du titulaire du compte prévoyant une dérogation à la prescription décennale, dans l'hypothèse où la clôture du compte intervient sur l'initiative de la banque après dix ans d'inactivité du compte, n'était pas applicable.

En effet, dans cette espèce, il s'agissait de l'opération qui, à l'initiative du client, avait soldé et clôturé son compte seulement un an après son ouverture, la banque ayant été interrogée neuf ans plus tard et assignée quatorze ans après la clôture. L'arrêt énonce donc que le silence du titulaire pendant ce délai avait fait présumer qu'il en était informé et qu'ainsi il ne pouvait plus la remettre en cause, n'ayant pas rapporté la preuve de faits de nature à renverser la présomption de régularité des opérations.

Garantie à première demande – Demande de remboursement du donneur d'ordre – Applications diverses

Chambre commerciale, 12 juillet 2005 (Bull. n° 161)

Par cet arrêt, la Cour de cassation a entendu rappeler que la rigueur qui s'attache à la garantie à première demande, exige que le garant ne prenne en considération qu'un appel en paiement strictement conforme aux termes de la garantie ; la réception par télécopie d'une lettre adressée par voie recommandée incluant un appel en paiement, alors que la garantie avait stipulé la réception de la lettre recommandée avant l'échéance de la garantie, laquelle n'est parvenue que postérieurement à celle-ci, ne saurait constituer un appel conforme à ces stipulations. Les conditions de l'appel en paiement sont requises ad validatem et non ad probationem.

La Cour de cassation a ainsi censuré une cour d'appel au visa de l'article 1134 du Code civil pour avoir rejeté la demande de remboursement formée par le donneur d'ordre à l'encontre d'une banque pour avoir payé le bénéficiaire, malgré l'expiration de la garantie, au motif que la banque avait reçu une demande en paiement avant la date de cette expiration, tout en relevant d'une part que, selon le contrat, la réclamation devait être formulée par lettre recommandée ou télex codé, et reçue avant cette date, et d'autre part, qu'une réclamation conforme aux stipulations de la lettre de garantie n'avait été reçue par la banque qu'après cette date.

Garantie à première demande – Validité – Conditions – Cause – Détermination

Chambre commerciale, 19 avril 2005 (Bull. n° 91)

L'engagement d'un garant à première demande est causé dès lors que le donneur d'ordre a un intérêt économique à la conclusion du contrat de base, peu important qu'il n'y soit pas partie.

C'est la solution que consacre la Cour de cassation en réponse à cette question délicate et inédite qui lui était posée dans les circonstances suivantes : la société Caisoon limited avait obtenu une facilité de caisse du Crédit lyonnais Luxembourg pour lui permettre de financer l'approvisionnement en matière première destinée à être fournie à la société Leygafinance importateur dans le cadre d'un contrat de fourniture dont la conclusion était envisagée. Sur l'ordre de cette dernière, le Crédit lyonnais France a souscrit en faveur du Crédit lyonnais Luxembourg une garantie à première demande qui a été appelée par le bénéficiaire, alors que le contrat de fourniture n'avait jamais été conclu : la société Leygafinance appelée elle-même par le Crédit lyonnais France à exécuter son engagement a demandé la nullité de la garantie pour défaut de cause.

L'autonomie de la garantie à première demande interdit au garant de se prévaloir d'une exception tirée de l'inexécution ou de la nullité du contrat de base. Pour autant, une telle garantie ne saurait déroger à l'article 1131 du Code civil qui sanctionne par la nullité l'obligation sans cause. La doctrine s'est progressivement ralliée à ce principe en reconnaissant que la garantie n'était pas abstraite, même si son autonomie en réduisait la portée : la cause peut avoir disparue ou être modifiée, à condition qu'elle ait existé lorsque la garantie a été donnée (Com., 29 décembre 1982, Bull. nº 417), étant rappelé que l'objet d'une garantie à première demande est le paiement d'une somme d'argent et doit être distingué de la cause de cet engagement.

La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel pour avoir décidé que l'engagement de la garantie était causé : le donneur d'ordre, la société Leygafinance, avait un intérêt économique à la conclusion du contrat de base, lequel, et c'était une des difficultés de l'arrêt, était non pas le contrat de fourniture de matières premières qui n'avait jamais été conclu, mais le contrat de crédit consenti par le Crédit lyonnais Luxembourg en faveur de la société Caisoon limited, qui permettait le financement de la fourniture de cette matière première.

Ainsi, la cause de la garantie autonome n'est pas constituée par la conclusion du contrat de base, mais par l'intérêt économique que le donneur d'ordre a à cette conclusion. En décider autrement aurait conduit à vider de sa substance la garantie à première demande : aucune faute ne pouvait être reprochée au garant qui avait exécuté les instructions claires du donneur d'ordre et n'avait pas à s'immiscer dans les relations commerciales du donneur d'ordre.

Garantie à première demande – Caractère autonome – Effets – Détermination – Référé – Contestation sérieuse – Domaine d'application – Exclusion – Garantie à première demande

Chambre commerciale, 12 juillet 2005 (Bull. nº 160)

N'est pas sérieusement contestable devant le juge des référés le caractère autonome de la garantie à première demande résultant de la stipulation selon laquelle le garant, dans la limite d'un montant déterminé, s'engage à payer toute somme réclamée par le bénéficiaire, sans pouvoir différer le paiement ni soulever d'exception, l'exigence formelle de la production de pièces justificatives ne conférant pas au garant une quelconque faculté d'en discuter le bien-fondé.

Depuis plusieurs années déjà, lorsque l'acte de garantie litigieuse contient des termes ambigus ou contradictoires, les seules indications telles que « à première demande » ou « garantie inconditionnelle » ne sont plus décisives pour caractériser une telle autonomie le

distinguant du cautionnement : deux critères cumulatifs sont exigés par la Cour de cassation : l'inopposabilité explicite des exceptions, et l'autonomie de l'objet de la garantie. Progressivement des garanties dites « justifiées », appellation qui est la traduction littérale de l'expression anglo-saxonne « justified request », se sont développées qui, en réalité, sont de simples affirmations du bénéficiaire, pour mettre en jeu la garantie, aucune preuve de leur réalité n'étant exigée : le garant ne peut exercer aucun contrôle de ces assertions, ni en contester la véracité. En réalité l'appel de la garantie doit seulement être accompagné de justificatifs, c'est-à-dire doit être « motivé » plutôt que « justifié », technique qui s'apparente, en matière de crédit documentaire, à la garantie documentaire.

La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion, dans les relations internationales, d'écarter dans de telles circonstances, la requalification de la garantie à première demande en cautionnement (Com., 19 mai 1992, Bull. nº 187 et 3 novembre 1992, Bull. nº 335). Par cet arrêt du 12 juillet, elle le confirme également dans les relations internes, l'espèce soumise à la Cour concernant une garantie de passif. Le cessionnaire, pour bénéficier de la garantie, devait joindre à sa demande le montant de sa créance appuyée de toutes pièces justificatives, sans toutefois que cette exigence formelle de production ne confère au garant une quelconque faculté d'en discuter le bien-fondé.

Cette affaire a donné également l'occasion à la Cour de cassation de se prononcer sur une question curieusement inédite en énonçant que la stipulation par laquelle le garant s'engage dans la limite d'un montant déterminé à payer toute somme réclamée par le bénéficiaire, sans fixation du montant de la garantie ab initio, n'est pas davantage de nature à écarter le caractère autonome de la garantie. En matière de garantie de passif, il est effectivement usuel que seul soit fixé un plafond dans le cadre de garanties dites « glissantes ». Ce qui est essentiel, c'est que le garant s'engage à payer toute somme dans le cadre fixé, sans pouvoir différer le paiement ni soulever d'exception.

Banque – Compte joint – Effets – Réception des relevés de compte – Silence gardé par le cotitulaire du compte – Portée

Chambre commerciale, 8 février 2005 (Bull. nº 20)

L'espèce soumise à la Cour de cassation a permis d'apporter une double précision sur la portée de la stipulation de solidarité passive d'une convention de compte joint bancaire.

En premier lieu, le silence d'un cotitulaire du compte joint, à réception des relevés du compte sur lequel ont été versés les fonds correspondants à un prêt souscrit seulement par l'autre titulaire, n'est pas susceptible de le rendre, en sa seule qualité de cotitulaire du compte, obligé au remboursement du prêt auquel il n'a pas souscrit, peu important qu'il ait profité de ce prêt. L'admettre aurait conduit à étendre au delà de la convention des parties, la solidarité passive contractuelle, en créant une solidarité avec une autre dette que celle résultant du solde débiteur du compte joint. L'établissement de crédit ne peut demander le remboursement d'un prêt qu'à celui qui l'a souscrit.

En second lieu, la Cour de cassation a rappelé la distinction à respecter entre l'obligation à la dette, à laquelle est tenu pour le tout le débiteur cotitulaire d'un compte joint vis-à-vis du créancier, et la contribution finale à la dette, dans les rapports entre co-fidéjusseurs. L'établis-

sement de crédit créancier est en droit de réclamer à l'un quelconque des titulaires du compte joint, obligé solidairement à la dette, le paiement du solde débiteur du compte. La Cour de cassation a ainsi levé l'ambiguïté que paraissait avoir soulevé un arrêt de la Première chambre du 6 mars 1996 (Bull. nº 116) dont la doctrine s'était fait l'écho. L'exposé des faits, de la procédure et des griefs du demandeur faisait apparaître en 1996 qu'étaient bien dans le débat non seulement la question de l'obligation à la dette, mais aussi celle de sa contribution. L'arrêt de la Chambre commerciale du 8 février 2005 énonce clairement que la circonstance que l'un des co-débiteurs d'un compte joint ait seul profité d'un virement à l'origine du solde débiteur d'un compte joint, ne saurait exonérer l'autre codébiteur tenu solidairement envers le créancier de son obligation de rembourser celui-ci. Cette circonstance ne pouvait influer que sur la répartition finale de la contribution à la dette entre co-titulaires.

Banque – Responsabilité – Faute – Octroi abusif de crédit – Exclusion – Cas – Allocation à une entreprise d'un crédit de trésorerie avant toute activité

Chambre commerciale, 22 mars 2005 (Bull. nº 68)

Par cet arrêt, la Cour de cassation a eu l'occasion d'énoncer que le seul fait que le crédit de trésorerie est accordé à une entreprise, avant toute activité, pour en permettre le démarrage, n'est pas, à lui seul, constitutif d'un comportement fautif de la banque.

Il était acquis que les crédits avaient été consentis sur la base d'un programme prévisionnel d'activités attestées par des bons de commande fournis à la banque. La caution avait soutenu que la banque avait accordé un crédit disproportionné avec les possibilités de l'entreprise alors qu'elle n'avait ni établi ni même allégué que ces prévisions, en l'état des perspectives de développement de la société, qui venait de se créer, étaient irréalistes.

Banque – Responsabilité – Faute – Applications divers – Refus d'exécution d'opérations habituellement réalisées au bénéfice d'un client – Condition

Chambre commerciale, 8 mars 2005 (Bull. nº 45)

Une banque avait suspecté que son client procédait à un circuit de cavalerie de chèques, pénalement répréhensible. Il était acquis qu'elle s'en était inquiétée auprès de ce dernier lors de deux entretiens une semaine avant les rejets de chèques litigieux et que le client avait accepté de restituer ces moyens de paiement. La banque avait été condamnée au motif que ce rejet était à la fois brutal et tardif.

L'intérêt de la question soumise par le pourvoi à la Cour de cassation résidait certes dans le point de savoir si la suspicion d'un circuit d'effets de complaisance constituait bien un comportement gravement répréhensible, mais peut-être encore davantage dans celui de savoir si l'ancienneté de ces opérations litigieuses était de nature à modifier les obligations de la banque : peu important l'ancienneté de ce type d'opérations, énonce la Cour de cassation, si un établissement de crédit suspecte son client de procéder à un circuit d'effets de complaisance et d'avoir ainsi un comportement gravement répréhensible, il n'est pas tenu de lui accorder un délai avant de rejeter de nouveaux chèques litigieux.

Secret professionnel – Etendue – Informations couvertes – Détermination

Chambre commerciale, 25 janvier 2005 (Bull. nº 13)

Cet arrêt déjà évoqué au rapport 2004 à propos du secret bancaire, posait, une nouvelle fois, la difficile question du secret bancaire sous un aspect jusque là peu exploré puisqu'il s'agissait de savoir dans quelle mesure le banquier peut invoquer le secret professionnel et refuser de fournir des documents lorsqu'il s'agit de sa propre défense. Précisant sa position sur cette difficulté à propos de laquelle elle avait déjà rendu, le 19 juin 1990, un arrêt publié qui avait suscité quelques interrogations, la Chambre commerciale a jugé que les tiers ne doivent pas être admis, à la faveur des procès qu'ils croient bon d'initier, à obtenir du banquier des informations couvertes par le secret bancaire et susceptibles de mettre en cause d'autres clients de la banque, ce qui a conduit, tout naturellement, à la cassation de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Fort-de-France. Néanmoins, dans le cadre de la législation très particulière relative à la vente d'immeubles à construire qu'il s'agissait ici d'appliquer, ces mêmes tiers ont été autorisés à exiger de la banque qu'elle justifie à tout le moins du respect de ses obligations propres et établisse (mais c'est là une limite qui ne pourrait être franchie, sauf convention particulière) avoir effectivement mis à disposition le crédit confirmé qu'elle s'était engagée à fournir et que les acquéreurs ont le droit de voir maintenu jusqu'à l'achèvement de l'immeuble.

Chèque – Provision – Défaut – Obligation d'information de la banque – Etendue

Chambre commerciale, 31 mai 2005 (Bull. nº 119)

Ce pourvoi posait la question des conditions d'application de l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier dans sa rédaction issue de la loi du 11 décembre 2001.

Antérieurement à la réforme de décembre 2001, l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier n'imposait pas d'autre obligation au banquier tiré qui refusait le paiement d'un chèque pour défaut de provision suffisante que celle d'enjoindre au titulaire du compte de restituer les formules de chèque restées en sa possession et de ne plus émettre d'autres chèques en dehors de ceux permettant le retrait de fonds. Soucieux de réduire le nombre d'interdits bancaires, le législateur a, par une loi du 11 décembre 2001 (dite loi Murcef), ajouté à ce texte une disposition immédiatement applicable, y compris aux chèques postaux (article L. 104-3 du Code des postes et télécommunications et Petites Affiches du 18 janvier 2002, p. 9), selon laquelle le banquier « peut, après avoir informé, par tout moyen approprié mis à disposition par lui, le titulaire du compte des conséquences du défaut de provision, refuser le paiement d'un chèque pour défaut de provision suffisante » (article 15 de la loi). Ce texte, qui est issu d'un amendement parlementaire, a subi quelques vicissitudes avant d'être adopté en sa version actuelle dont on ne peut pas dire qu'elle soit particulièrement heureuse (voir les Petites Affiches du 18 janvier 2002, p. 12) en ce sens notamment (note précitée) qu'elle est « suffisamment ambiguë pour laisser croire que le banquier pouvait informer, une fois pour toutes, à un moment donné, son client des conséquences du défaut de provision d'un chèque » alors qu'il est permis de penser que l'objectif des parlementaires était de contraindre la banque, non à informer le client, à n'importe quel moment et par voie de note générale voire impersonnelle, des risques encourus en cas d'émission de chèque sans provision, mais bien de fournir une information précise visant le ou les chèques concernés par le rejet (à voir, sur ce point, les extraits des travaux préparatoires). La Chambre commerciale a saisi l'occasion qui lui était offerte par le pourvoi pour fournir

son interprétation du texte en tenant compte des objectifs de la modification législative intervenue. S'agissant de réduire le nombre des interdits bancaires, il était effectivement permis de penser que dans l'esprit des parlementaires, il convenait d'imposer au banquier tiré, à qui sont présentés des titres pour lesquels il n'a pas la provision suffisante, d'avertir le tireur de la situation précise à laquelle il est confronté pour lui permettre de régulariser avant tout rejet, une information générale délivrée à un moment ou à un autre et en dehors de tout incident étant évidemment insusceptible de remplir ce rôle. Cette interprétation du texte a conduit à une cassation du jugement du tribunal d'instance attaqué qui avait au contraire admis que la mise en garde générale que La Poste avait adressée à son client, quelques jours avant l'incident de paiement, pour lui rappeler que le découvert de son compte professionnel dépassait la limite autorisée, qu'à titre exceptionnel un chèque non approvisionné venait d'être réglé mais qu'il devait régulariser sa situation et s'assurer à l'avenir de l'existence d'un solde disponible avant d'émettre un chèque et que tout nouvel incident de paiement entraînerait pour lui une interdiction bancaire, était suffisante et qu'elle avait pu, sans nouvel avertissement, rejeté les chèques présentés trois jours plus tard.

Nantissement – Gage – Effets – Pouvoirs du créancier nanti – Etendue – Détermination

Chambre commerciale, 12 juillet 2005 (Bull. nº 175)

Le pourvoi posait, notamment, la question inédite en jurisprudence des pouvoirs respectifs du souscripteur, constituant du nantissement sur une police d'assurance-vie exprimée en unités de compte (ce qui signifie qu'elle n'a pas pour référence le franc ou l'euro mais des actions ou des parts de société ou des assemblages de plusieurs de ces valeurs) et du créancier nanti, quant aux arbitrages visant à modifier les supports sur lesquels repose le contrat et par suite l'assiette du gage, difficulté dont la solution apparaissait délicate, la réponse à fournir supposant, en l'absence de toute disposition législative spécifique, de combiner les règles générales du nantissement avec celles propres aux contrats d'assurance-vie et à leur mise en gage qui est, rappelons le, autorisée par l'article L. 132-10 du Code des assurances lequel dispose que « la police d'assurance peut être donnée en gage, soit par avenant, soit par endossement à titre de garantie, si elle est à ordre, soit par acte soumis aux formalités de l'article 2075 du Code civil ».

Aux termes de l'article 2071 du Code civil « le nantissement est le contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de sa dette » ; il va de soi que la valeur du bien donné en gage et sa pérennité sont essentielles pour le créancier et la sécurité de sa sûreté ; mais va se poser inéluctablement la question de savoir comment concilier cet impératif avec les droits du souscripteur lorsque, justement, le nantissement porte, comme en l'espèce, sur un contrat d'assurance-vie exprimé en unités de compte puisque cette circonstance est de nature à fragiliser la valeur remise en gage, sujette aux variations du marché et aux options retenues par le titulaire du contrat ; aussi bien les auteurs admettent-ils généralement qu'il est nécessaire d'adapter les règles de droit commun à cette situation particulière : on peut citer par exemple M. Flour, qui, s'interrogeant déjà en 1935 sur l'étendue des droits du créancier gagiste dans une telle hypothèse, estimait que les principes de droit commun devaient être combinés avec les règles du droit des assurances, car disait-il, « Du sort du contrat, il est légitime qu'il (il s'agit du souscripteur) ne reste pas maître, avec une liberté aussi entière, lorsque la police a été

donnée en gage à un créancier déterminé » et qui en déduisait, à propos du droit de rachat (le rachat est l'opération qui permet au souscripteur de mettre fin au contrat en demandant à l'assureur le remboursement anticipé du capital et la valeur de rachat est égale à la provision mathématique réduite des frais), qu'en dépit du caractère personnel d'un tel droit (dont, par exemple, il n'est pas admis qu'il puisse être exercé par voie d'action oblique ou par le syndic – Com., 25 octobre 1994, Bull nº 311, ou par le tuteur 1re Civ., 31 mars 1992, Bull. nº 94 et encore 1re Civ., 28 avril, 28 mai, 20 octobre 1998), il était possible, même en l'absence de clause contractuelle, d'admettre qu'il était transféré de plein droit au créancier nanti en vertu d'une volonté tacite des parties, « une telle clause étant nécessaire au créancier pour tirer parti de sa sûreté dans des conditions de simplicité et de rapidité satisfaisantes » et étant « postulée par l'économie même de l'opération », point de vue partagé par certains auteurs contemporains (Lamy des assurances 2005, nº 3552, Utilisation d'un contrat d'assurance-vie en garantie d'une créance par M. Hamoudi, RGDA 1997 p. 697, la fonction de garantie de l'assurance-vie par Mme Hovasse-Banget, Defrénois 1998, nº 36715, p. 512, M. Gourio, JCP E 2001, nº 1464). Cette question, relative au droit de rachat, n'était certes pas celle du pourvoi mais elle méritait cependant d'être évoquée dès lors que, lorsque la doctrine admet ainsi le transfert de plein droit au créancier nanti de la faculté de rachat (question sur laquelle la Cour de cassation ne s'est pas non plus prononcée, l'arrêt de la première Chambre du 4 décembre 2001, RGDA 2002, p. 164, étant intervenue dans une hypothèse où il existait une clause contractuelle transférant la faculté de rachat au créancier nanti pour admettre, ce qui était également discuté, sa validité), elle se fonde sur la nature même du gage, M. Hamoudi, déjà cité ou encore Mme Hovasse-Banget partant du principe qu'il n'est pas possible d'admettre que le débiteur puisse supprimer l'efficacité de la garantie qu'il a lui-même offerte, sauf à priver le créancier de son gage puisque « ce que le créancier sait pouvoir attendre du gage, c'est la valeur de la chose » (la valeur engagée par le Professeur Atias, Revue de jurisprudence commerciale 1994, Colloque de Deauville, 11-12 juin 1994, numéro spécial) et que ce qui justifie la dépossession, c'est bien l'objectif de conservation de la valeur affectée au créancier (même article). Or s'il est vrai que la question des arbitrages à effectuer pendant le cours de la vie du contrat, lorsqu'il est exprimé en unités de compte, est d'une gravité moindre que celle de la faculté de rachat dont la cessibilité est une condition essentielle de l'efficacité des garanties, il n'en reste pas moins vrai, encore une fois, que selon les choix retenus pour ces arbitrages, la valeur du gage peut s'en trouver considérablement affectée. Aussi bien, pour contester la solution des premiers juges sur la question de savoir si le créancier nanti avait ou non un droit de regard sur ces arbitrages, question rarement abordée par les auteurs, les demandeurs au pourvoi se fondaient-ils essentiellement devant la cour d'appel sur les règles générales du nantissement, estimant à la suite du Professeur Molfessis, dont ils produisaient la consultation, que la dépossession inhérente au nantissement et réalisée en l'espèce par la remise des polices au créancier s'accompagnait nécessairement et indépendamment de toute stipulation contractuelle d'une altération des droits du constituant quant à l'administration de la chose nantie et donc de sa faculté d'arbitrage, sauf à faire perdre à cette dépossession sa fonction qui est d'assurer la protection de la substance et de la valeur du gage, se prévalant en outre, mais de manière plus accessoire, de l'article 10 des actes de nantissement aux termes duquel « de convention expresse, le constituant s'interdit tant en son nom qu'au nom de ses ayants-droits, d'exercer toutes actions personnelles et, d'une façon générale, d'élever toutes prétentions qui auraient pour résultat de le faire venir en concours avec Athena Banque, tant que cet établissement n'aura pas été désintéressé de la totalité de ses créances ».

La cour d'appel, qui n'a pas répondu précisément à ce moyen tiré de l'article 10 précité, a, quant à elle, considéré, d'une part, qu'aucune disposition légale ne réglait le sort des contrats d'assurance-vie donnés en nantissement et, d'autre part, que le constituant avait, aux termes des contrats d'assurance dont le créancier nanti avait reconnu avoir pris connaissance, le choix de la répartition de ses versements entre les différents supports, cependant que les actes de nantissement ne comportaient sur ce point aucune clause restrictive, toutes considérations parfaitement exactes.

La question restait cependant de savoir si, au delà de ce raisonnement, a priori séduisant, il était possible d'admettre, par principe et sauf stipulation contractuelle contraire, que le souscripteur dispose, quant aux arbitrages à intervenir, d'une liberté totale pouvant aller, à la limite, et même si l'hypothèse est peut-être d'école dans la mesure où celui-ci a, tout comme le créancier, intérêt à la conservation de la chose donnée en gage, jusqu'à lui permettre de contrarier l'efficacité de la sûreté qu'il a consentie au risque de « se contredire au détriment d'autrui » (voir note Kullmann sous 1re 4 décembre 2001 à la RGDA 2002 p. 161).

Il est sûr que la dépossession du souscripteur a notamment pour fonction de protéger le créancier gagiste contre un risque de détournement et de déperdition du gage. Le créancier gagiste détient la chose d'autrui, non pas pour en faire usage comme pourrait le faire un propriétaire ou un usufruitier, mais pour en empêcher le détournement et assurer ainsi son paiement le jour où la chose sera vendue (Simler et Delebecque, Droit des sûretés, 4e édition, no 604 et suivants). C'est ainsi que si le nantissement ne prive pas, en principe et sauf disposition législative spécifique, le constituant de ses pouvoirs de disposition (il peut céder la chose gagée sans que le droit réel du créancier sur cette chose en soit affecté ni donc la substance du gage grâce au droit de suite), les auteurs estiment qu'en revanche la dépossession altère le droit de propriété du débiteur. C'est en ce sens que s'exprime le Professeur Atias déjà cité : « Le gage prépare le recouvrement, en conservant dans un premier temps, puis dans un second temps en permettant la réalisation et l'exercice du privilège. Il ne supprime pas la propriété du débiteur : mais il ne la laisse pas intacte » et encore « après la constitution du gage, la valeur de la chose se détache partiellement de ces prérogatives. Elle est réservée au créancier. Dans le patrimoine du débiteur, cette valeur est dissociée des attributs de la propriété. Elle est asservie, distraite du patrimoine où subsistent les droits sur la chose, pour être mise en réserve potentielle au profit du créancier et, le cas échéant, pour lui profiter effectivement » ou Mme Hovasse-Banget (note au Defrénois déjà citée) : « naturellement et indépendamment de la convention des parties, la mise en possession opère transfert au créancier des prérogatives lui assurant la garantie de son paiement à l'échéance. Corrélativement, le débiteur est dessaisi des mêmes droits. Ainsi, lorsque la créance engagée est un contrat d'assurance, la mise en possession du créancier gagiste entraîne le transfert en garantie des accessoires de la créance, le droit au rachat et le droit de demander des avances ».

Encore faut-il cependant s'interroger sur le point de savoir si cette dépossession et le transfert de droits qui lui serait ainsi corrélatif selon les auteurs est susceptible d'inclure aussi celui du pouvoir de disposer librement des supports sur lesquels le ou les contrats ont été adossés. C'était là toute la thèse développée par le Professeur Molfessis dans sa consultation qui peut être résumée comme suit :

– le nantissement d'un contrat d'assurance-vie exprimé en unités de compte ne porte pas sur les titres ou parts sur lesquels la police est adossée mais sur la police elle-même, le souscripteur n'étant d'ailleurs pas propriétaire de ces supports qui figurent à l'actif de l'assureur et qui ne constituent que des valeurs de référence permettant l'expression de la valeur que représente la police ;
– l'arbitrage, c'est-à-dire le changement de titres de référence, ne constitue donc pas une cession de la chose gagée que le constituant serait libre de décider puisque la chose gagée est l'enveloppe, le contenant des titres et non les titres eux-mêmes ;
– dès lors la décision de céder les titres relève de l'administration de la police, de sa gestion courante, et donc de l'usus et non de l'abusus ainsi qu'en a d'ailleurs décidé la Première chambre au moins à deux reprises (2 juin 1993 et 12 nov 1998, Bull nº 315), ce dernier arrêt ayant admis que l'usufruitier était parfaitement autorisé, dans le cadre de sa gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières, à céder des titres dans la mesure où il les remplaçait et dont la décision a été ainsi commentée aux Grands arrêts, 11e édition, nº 71 : « l'usufruit grève non pas des valeurs mobilières considérées ut singuli, mais un ensemble, l'universalité de fait que constitue le portefeuille. Or.... à partir de cette constatation, tout s'enchaîne. La gestion ordinaire d'un portefeuille de valeurs mobilières impliquant des opérations d'arbitrage et la gestion courante du bien grevé d'usufruit revenant à l'usufruitier, celui-ci peut, agissant seul, arbitrer le portefeuille. En faisant porter l'assiette de l'usufruit sur le portefeuille et non sur les valeurs, la haute juridiction »déclasse« les opérations d'arbitrage qui passent de la catégorie des actes graves à celle des actes courants d'administration » ;
– si les arbitrages relèvent des actes d'administration, il faut en déduire qu'ils ne sont plus du pouvoir du constituant, ce dernier étant, du fait de la dépossession, privé de toute possibilité d'assumer la gestion courante du bien gagé mais qu'ils relèvent bien au contraire des pouvoirs du créancier, et même de son obligation de conservation, qui pourraient le contraindre dans certains cas à opérer lui-même les arbitrages nécessaires sauf à engager sa responsabilité.

La thèse était séduisante. Elle se heurtait toutefois aux principes de droit commun du gage en ce sens qu'avant l'échéance de remboursement que le gage est destiné à garantir, le créancier nanti n'a que les pouvoirs d'un dépositaire lequel, nous le savons, n'a que le pouvoir de garder la chose, c'est-à-dire seulement celui de la conserver sans qu'il soit question d'un quelconque pouvoir d'administration de celle-ci ; « l'obligation de garde se caractérise par des devoirs sans pouvoir » (Jurisclasseur civil, le dépôt, art. 1927 à 1931, fasc 30, nº 4) ; ainsi que le fait observer un auteur, s'il n'est effectivement pas contestable que la dépossession détruit l'usus dans le patrimoine du débiteur, elle ne confère cependant pas au créancier un droit identique (Réflexions sur le gage, Marc Billau, JCP 96, Doctrine nº 3897) dès lors « qu'en droit commun, le créancier ne doit pas user de la chose » ; autrement dit, admettre avec le Professeur Molfessis que la perte de la possession se traduit nécessairement par le transfert au profit du gagiste du pouvoir d'administration de la chose, aboutissait à gauchir singulièrement le droit commun du gage ; mais il est vrai aussi que la nature particulière du gage de police d'assurance-vie du type de celle dont il est question impose peut-être d'aménager ce droit commun pour l'adapter à cette situation particulière étant observé que « la jurisprudence marque une certaine volonté d'assurer l'effectivité du gage » (Le nantissement des valeurs mobilières par D. Fasquelle à la RTD com 95, p. 22) ; il y avait là un vrai choix à effectuer. Pour en éclairer toutes les facettes, il était encore utile d'opérer un rapprochement avec le mécanisme du nantissement de

valeurs mobilières (à voir sur le sujet, la note de M. Fasquelle sus mentionnée p. 22 et suivantes) où là encore, la nature particulière du bien a conduit, mais cette fois c'est le législateur qui est intervenu, à conférer au nantissement des traits originaux. Dans son article rédigé avant l'intervention de la loi du 2 juillet 1996 ayant modifié l'article 29 de la loi du 3 janvier 1983, l'auteur, faisant état des difficultés inhérentes à l'institution du fait des cessions pouvant intervenir relativement aux valeurs nanties, rappelait que la loi avait certes prévu le jeu de la subrogation réelle pour que les titres venant en substitution ou en complément de ceux constitués en gage, par suite d'échanges, de regroupements, de divisions, d'attributions gratuites, de souscriptions en numéraire ou autrement soient, sauf convention contraire, compris dans l'assiette du gage [2], mais que ce texte ne réglait pas toutes les difficultés sauf s'il signifiait qu'en cas de nantissement d'un portefeuille, le créancier serait investi du pouvoir de procéder à des arbitrages et de le faire évoluer comme il l'entendait. Depuis l'article 29 a été modifié par la loi de 1996 qui dispose « que le créancier gagiste définit avec le titulaire du compte les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des instruments financiers figurant sur le compte gagé », ce dont le Professeur Molfessis déduit, non sans quelque bon sens, que si la loi a ainsi prévu la faculté du créancier gagiste d'aménager les pouvoirs du constituant sur les instruments financiers, c'est bien qu'il a été admis, en présupposé, que c'est le créancier gagiste lui-même, qui du fait du gage, dispose normalement du pouvoir d'empêcher le constituant de procéder aux arbitrages...

En définitive, la solution du pourvoi impliquait de prendre parti sur la nécessité ou non d'adapter les règles de droit commun du nantissement pour tenir compte de la nature du bien gagé lorsque, comme en l'espèce, sa valeur est « volatile » et susceptible d'évolution pendant la durée du gage et assurer toute son effectivité à l'institution.

Les arguments avancés en faveur de la cassation de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, fondés sur la nature même du nantissement et sa raison d'être, savoir distraire du patrimoine du débiteur un élément d'actif pour l'affecter précisément à la garantie d'un créancier, et la dépossession réelle ou fictive, qu'il suppose, n'étaient pas sans valeur. Il est cependant apparu singulièrement audacieux à la Chambre commerciale d'admettre, sur ce seul fondement, le transfert au créancier nanti des pouvoirs d'arbitrage du souscripteur qui reste, il faut s'en souvenir, propriétaire de la police et libre d'en disposer, alors que pendant la durée du gage, le créancier nanti n'a jamais que le pouvoir de garder la chose et certainement pas celle de la gérer. Les particularités du bien donné en nantissement auraient peut être pu le suggérer. En d'autres domaines le législateur est intervenu pour le prévoir. Mais précisément, parce qu'ici il ne l'a pas fait dans le cas considéré, la chambre a décidé que seule la liberté contractuelle serait propre à y pourvoir, ce qui a conduit à un rejet du pourvoi formé contre un arrêt qui avait précisément retenu qu'aucune disposition légale ne réglant le sort des contrats d'assurance-vie donnés en nantissement, il appartenait dès lors aux parties d'aménager leurs relations et qu'en l'espèce aucune des stipulations contractuelles n'avait restreint le pouvoir du souscripteur de choisir les supports de ses versements.

2. À défaut, nous savons qu'en cas d'aliénation du bien gagé, les droits du créancier gagiste ne se reportent pas sur le bien acquis en remploi.

Chèque – Remise – Effets – Portée

Chambre commerciale, 12 juillet 2005 (Bull. nº 159)

La question posée par cette espèce, qui n'était pas inintéressante et pas si fréquente, était celle de savoir dans quelle mesure un chèque peut prouver l'existence d'un prêt.

Il faut rappeler que la démonstration de l'existence d'un prêt d'argent suppose une double preuve : d'une part, celle de la remise des fonds, qui étant un fait juridique peut s'établir par tous moyens, d'autre part, celle de l'existence du contrat, la seule remise de fonds n'étant pas suffisante pour démontrer l'obligation de restituer puisque pouvant, en l'absence d'autres éléments, s'analyser aussi bien comme un prêt que comme une donation. D'où la nécessité d'établir aussi que la remise a été effectuée à titre de prêt. Mais s'agissant alors de prouver l'existence du contrat, donc de l'acte juridique, ce sont les règles des articles 1341 et suivants du Code civil qu'il convient d'appliquer, lesquelles excluent, en principe le recours au témoignage ou présomptions, sauf impossibilité matérielle ou morale pour la partie d'obtenir un écrit (article 1348 du Code civil) ou existence d'un commencement de preuve par écrit (article 1347 du même Code), c'est-à-dire d'un écrit émanant de la partie à laquelle il est opposé (en l'espèce l'emprunteur) et rendant vraisemblable le fait allégué. La question de savoir si un chèque pouvait constituer ce commencement de preuve par écrit a été débattu. Si d'autres auteurs sont plus circonspects (par exemple le professeur Piedelièvre) pour M. Cabrillac (D 83, IR p. 43), il ne fait guère de doute qu'un chèque, dès lors, du moins, qu'il a été endossé ou acquitté par son bénéficiaire, remplit bien les conditions exigées par l'article 1347 dans la mesure où la signature de ce bénéficiaire témoigne que celui-ci « a accepté de s'approprier » l'écrit que constitue le titre. Cette opinion a été partagée par la Première chambre (11 avril 1995 et 18 juillet 1995, JCP 1995, II, 22554, note Piedelièvre). Reste qu'il ne peut constituer, en tout état de cause, qu'un commencement de preuve de l'existence d'un acte juridique mais qu'une fois franchi ce premier obstacle, tout n'est pas réglé dès lors que la question est encore de qualifier ledit acte. Or, par définition, le chèque s'analyse en un acte neutre, un titre non causé ne permettant à lui seul aucune déduction. Il peut tout aussi bien avoir servi à effectuer une donation, à payer une dette ou à former le contrat de prêt et ne peut en aucun cas justifier une obligation de restitution de la part de celui qui a reçu les fonds. Aussi bien il semble en définitive que ce débat soit quelque peu inutile et d'ailleurs, la Première chambre, dans un arrêt du 3 juin 1998, s'est-elle décidée tout simplement à retenir que l'endossement du chèque ne prouvait rien d'autre que la remise des fonds, c'est-à-dire un paiement dont il faut encore déterminer à quel titre il a été fait, ce qui nous ramène à la case départ. La conclusion est donc que si le chèque implique l'existence d'un rapport fondamental entre le tireur et le bénéficiaire, son caractère abstrait ne lui permet pas de faire apparaître la nature de ce rapport, autrement dit la cause de l'émission, qui doit être établie par des moyens de preuve extérieurs au titre.

Appliqués à l'espèce [3], et étant préalablement observé que l'applicabilité de l'article 1348 du Code civil n'était pas remise en cause de sorte qu'il ne faisait pas de doute que la preuve du prêt (dont le caractère commercial n'avait jamais été allégué ni démontré) pouvait être rap-

3. Le demandeur prétendait avoir prêté une certaine somme à son gendre au moyen d'un chèque libellé à l'ordre de ce dernier sans avoir été en mesure, compte tenu des liens familiaux, de s'en ménager la preuve écrite ; « l'emprunteur », qui ne déniait pas la remise, indiquait quant à lui que les fonds avaient été prêtés à son épouse dont il avait divorcé entre-temps.

portée autrement que par l'écrit exigé par l'article 1341 du Code civil, le chèque étant pour les raisons sus-exposées insuffisant à lui seul à justifier le droit à restitution du prétendu prêteur, les principes sus-rappelés auraient dû d'abord conduire la cour d'appel à se demander si les pièces produites par ailleurs (il y avait deux courriers émanant de « l'emprunteur ») étaient ou non de nature à constituer la preuve recherchée. Dans la négative, le demandeur devait naturellement échouer dans son action. Dans l'affirmative, le problème rebondissait, la seule interrogation devenant alors celle de l'identité de l'emprunteur, étant observé que la remise au bénéficiaire d'un titre à son ordre établissait nécessairement la mise à disposition personnelle de l'intéressé de la somme correspondant au montant de ce titre, ce qui modifiait du même coup la charge de la preuve. Or pour statuer comme elle avait fait la cour d'appel, tout en tenant implicitement pour acquise l'existence du prêt, bien qu'elle dise le contraire, avait rejeté la demande au motif que le « prêteur » ne rapportait pas la preuve de l'identité de son bénéficiaire. Ce raisonnement était évidemment critiquable à plusieurs titres :
– en premier lieu, il entretenait une confusion désolante entre la question de la preuve de l'existence du prêt et celle de l'identité de son bénéficiaire. Il est évident qu'en réalité seule cette dernière difficulté avait préoccupé la cour d'appel qui avait admis implicitement l'existence du prêt tout en disant le contraire...
– en second lieu, dès lors que l'existence du prêt était admise, la seule question à résoudre devenait celle de l'identité du bénéficiaire de ce prêt. Or à cet égard, il ne faisait pas de doute que le chèque ayant été émis à l'ordre du défendeur, il s'en déduisait que celui-ci avait été nécessairement destinataire des fonds, ce qui était de nature à faire présumer qu'il avait eu aussi la qualité d'emprunteur. Dès lors c'était à lui d'établir qu'il n'avait pas, pour une raison qu'il lui appartenait d'imaginer, d'obligation de restitution. L'absence de preuve devait, contrairement à ce qu'ont retenu les juges du fond, bénéficier au demandeur et non au défendeur, ce qui devait aboutir à une cassation de l'arrêt attaqué.

Compte – Clôture – Régularité – Conditions – Détermination

Chambre commerciale, 22 novembre 2005 (pourvoi n° 04-14 142)

Deux époux avaient souscrit auprès de la Caisse de crédit agricole deux plans d'épargne logement qu'ils alimentaient par prélèvements automatiques trimestriels à partir du compte de dépôt dont ils étaient également titulaires dans le même établissement. Ce compte étant devenu débiteur, le Crédit agricole avait, courant 1986 et de sa propre initiative, clôturé les plans d'épargne logement pour en transférer les soldes sur le compte de dépôt. Revenus à meilleure fortune, les époux, contestant ces décisions, ont fait assigner le Crédit agricole pour qu'il soit condamné à rétablir les deux plans en question. Ils avaient obtenu partiellement satisfaction en première instance mais la cour d'appel avait infirmé le jugement en retenant, d'une part, « que la faute de la banque est très atténuée par la propre faute des époux », d'autre part, que ces derniers ne démontraient pas leur préjudice alors que les agios qu'ils auraient dû payer sur le solde débiteur de leur compte auraient été bien supérieurs à la perte d'intérêts consécutive à la clôture des plans d'épargne-logement. La Chambre commerciale a cassé cet arrêt, le 21 novembre 2000, en reprochant à la cour d'appel de n'avoir pas recherché si le préjudice des époux n'avait pas consisté dans la perte des avantages financiers liés aux plans qu'ils avaient souscrits. Cependant, la cour d'appel de renvoi, devait, comme précédemment, infirmer le jugement et rejeter les demandes en considérant, cette fois, que le mari, qui n'avait pas protesté à réception

de la lettre que lui avait adressée le Crédit agricole pour l'aviser de la clôture de son plan d'épargne logement et qui avait continué à effectuer des retraits sur le compte de dépôt réalimenté par ce transfert, avait entériné le transfert et que la clôture du plan de l'épouse, qui était intervenue après une mise en demeure d'avoir à régulariser le compte de dépôt, n'avait pas non plus été fautive.

Un nouveau pourvoi a été formé, la cour d'appel se voyant reprocher cette fois, d'une part, d'avoir dit que le Crédit agricole n'avait pas commis de faute alors qu'elle avait relevé que les plans d'épargne logement avaient été clôturés sans ordre des clients, d'autre part, d'avoir décidé qu'en ne protestant pas à réception du relevé de compte où figurait le transfert des fonds épargne logement sur le compte de dépôt effectué le 19 février 1996, le mari avait entériné cette opération alors qu'il ne s'en déduisait qu'une présomption selon laquelle les opérations décrites étaient intervenues sur son ordre et qu'elle avait elle-même constaté qu'il n'en avait rien été. Il lui était enfin fait grief d'avoir jugé que les mesures prises par le Crédit agricole avaient pu être entérinées dès lors que des retraits sur le compte de dépôt réalimenté par le transfert de fonds contesté avaient été effectués alors que la renonciation à un droit ne se présume pas et ne peut résulter que d'actes positifs.

Selon les articles R. 315-24 et suivants du Code de la construction et de l'habitation, un plan d'épargne logement est un contrat souscrit à terme déterminé qui est résilié de plein droit si le total des versements d'une année est inférieur au montant fixé par l'arrêté prévu au dernier alinéa de l'article R. 315-27 du même code ou lorsque les sommes inscrites au compte font l'objet d'un retrait total ou partiel au cours de la période d'indisponibilité des fonds, étant observé que, selon une circulaire du 17 juillet 1970, si ce minimum est atteint, les titulaires qui n'effectuent pas les versements fixés dans le contrat qu'ils ont souscrit, bénéficient d'une clause de sauvegarde. Il s'en déduit qu'en le clôturant de sa propre initiative en dehors de ces hypothèses, l'établissement co-contractant commet une faute dont il doit répondre. Il était acquis, qu'en l'espèce, les titulaires des plans n'avaient jamais demandé le retrait partiel ou total des fonds déposés. La clôture effectuée d'autorité par la Caisse (en admettant même que les formes d'une telle résiliation aient été respectées, car, aucune des parties ne l'évoquait, mais on peut supposer qu'il en existait) supposait donc, à tout le moins et en dehors d'un accord éventuel des parties, que la seconde éventualité de résiliation de plein droit soit remplie. Or, pour statuer comme elle l'avait fait, la cour d'appel s'était bornée à relever, d'abord, que les intéressés « étaient dans l'incapacité d'effectuer les versements minimum annuels stipulés pour chacun des PEL » et, ensuite, que le mari avait tacitement approuvé l'opération litigieuse en s'abstenant de protester à réception de ses relevés de compte. Cette motivation n'était guère pertinente, ni au regard des constatations de l'arrêt selon lesquelles c'est parce que le compte de dépôt des époux était devenu débiteur que la Caisse avait d'office, courant 1986, clôturé les plans d'épargne logement... ni au regard de la jurisprudence de la Chambre commerciale relative à la portée des relevés de comptes bancaires qui est aujourd'hui bien fixée et a été synthétisée, notamment par un arrêt du 10 février 1998 (Bull. n° 63 et QJ du 2 avril 1998), laquelle admet, qu'après réception des relevés de compte sans protestation, le silence du client fait présumer 1) que les ordres indiqués sur le relevé de compte ont bien été donnés 2) qu'ils ont été exécutés, cette présomption probatoire et fragable, n'empêchant pas, en tout état de cause, la contestation au fond de la bonne exécution des ordres donnés tant que courent les délais pour le

faire, c'est-à-dire soit les délais convenus, soit à défaut, les délais de la prescription du droit commun (sauf existence d'une clause contractuelle dérogatoire stipulant par exemple de manière claire que l'accord du client résulterait de son absence de protestation pendant le délai convenu mais dont personne n'avait évoqué la présence ici). Il est donc constant que l'absence de protestation des époux ne constituait qu'une présomption d'acceptation contre laquelle ils pouvaient prouver, du moins s'il avait été prétendu qu'ils avaient bien donné les ordres litigieux...

Il était donc bien difficile d'éviter une nouvelle cassation alors qu'il ne faisait aucun doute que la clôture des plans était intervenue uniquement pour renflouer le compte de dépôt débiteur (la Caisse en convenait au demeurant dans ses écritures), qu'au surplus si la cour d'appel avait bien constaté que les époux avaient été dans l'incapacité de remplir leur contrat, elle n'avait pas pour autant franchi l'étape suivante qui aurait consisté à constater que les conditions d'une résiliation de plein droit se seraient effectivement trouvées réunies (rien n'était dit sur le montant effectif des versements des époux pour l'année considérée....). Quant au motif de secours tiré de l'approbation tacite de l'opération litigieuse, il ne semblait pas non plus susceptible de prospérer en l'état de la jurisprudence relative à la réception taisante des relevés de compte.

Cession de créance professionnelle – Bordereau – Date – Effets – Détermination

Chambre commerciale, 22 novembre 2005 (Pourvoi n° 03-15 669)

Une société avait, en exécution d'une convention cadre, cédé à la Banque du bâtiment et des travaux publics, en toute propriété mais à titre de garantie, les créances dont elle pourrait être titulaire envers l'Opac de Rhône qui lui avait confié l'exécution d'un marché ; mise en redressement judiciaire le 5 décembre 2000, elle s'est avisée, avec son administrateur, de réclamer à la banque le remboursement des sommes perçues par celle-ci, postérieurement à l'ouverture de sa procédure collective, au titre de deux situations de travaux antérieures puisque datant des 30 octobre et 30 novembre 2000. La banque s'y est opposée en faisant valoir, d'une part, que le jugement d'ouverture était sans incidence sur ses droits de cessionnaire, d'autre part, que l'objet de la garantie pour laquelle la cession lui avait été consentie n'avait pas disparu. Elle avait succombé devant le tribunal de commerce mais obtenu en revanche satisfaction devant la cour d'appel qui, infirmant le jugement, retenait, d'abord que les créances ayant été cédées régulièrement avant le jugement d'ouverture, celui-ci était sans incidence dès lors que ces créances étaient certaines, liquides et exigibles, ensuite que cette cession avait été consentie pour garantir le remboursement des sommes que la société Nallet pourrait devoir à la banque en vertu de crédits par signature non encore dénoués, celle-ci était fondée à s'opposer à la restitution sollicitée.

Le pourvoi soutenait, notamment, qu'en statuant comme elle avait fait, la cour d'appel avait violé l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier dès lors que les cessions ayant été faites à titre de garantie, il en résultait que le transfert de propriété des créances n'était que temporaire, que la banque n'était plus créancière de la société et que la créance résultant d'un engagement de caution souscrit par un tiers était subordonnée à l'exécution de cet engagement.

La cession Dailly est un instrument de crédit, soit parce qu'elle permet au cédant de mobiliser immédiatement ses créances, c'est la cession escompte, soit parce qu'elle vient elle-même garantir une opération de crédit, c'est la cession à titre de propriété à titre de garantie. Il est dans ce dernier cas dans la logique du système que la cession de propriété soit conçue comme étant temporaire puisque liée au remboursement du crédit dont elle a permis l'obtention. Si ce crédit est remboursé, la garantie n'a plus d'objet et les créances cédées pour garantir ce remboursement doivent naturellement réintégrer le patrimoine du cédant et lui être rétrocédées. Tous les auteurs sont bien d'accord sur ce point (Thierry Bonneau dans son dernier ouvrage de droit bancaire, le Professeur Stoufflet...). Et c'est aussi la solution implicitement retenue par la Chambre commerciale, dans un arrêt du 8 janvier 1991 (Bull nº 8) : il s'agissait alors de répondre à la question de savoir lequel du cédant ou du cessionnaire avait le pouvoir d'agir contre le débiteur cédé ou de lui accorder d'éventuels délais de paiement, ce qui supposait de prendre indirectement parti sur la titularité de la créance dans un tel cas. La solution retenue avait été de consacrer la plénitude de pouvoirs du cessionnaire tout en réservant sa responsabilité pour le cas où, par sa faute, il aurait laissé disparaître des chances sérieuses de recouvrer la créance ; c'était par là même sous-entendre qu'une fois remboursé de la créance garantie, le cessionnaire devait restituer l'objet cédé et donc consacrer le caractère provisoire de la titularité du droit (à voir sur cette question les commentaires de Mme Bandrac RTD civ 1991, p. 368). Par ailleurs, il est bien évident que le cédant n'est fondé à obtenir restitution de la créance cédée que si la garantie en regard de laquelle cette cession avait été consentie n'a plus d'objet et pour le savoir il faut se reporter à la convention des parties. En l'espèce la cession garantissait, notamment, les sommes pouvant être dues par la société au titre des engagements de caution souscrits à son profit par la banque (il s'agissait d'un encours de caution consenti au titre des retenues de garantie pouvant être dues par la société) et aucune mainlevée de ces engagements n'était justifiée... dès lors le pourvoi ne pouvait qu'être rejeté.

Crédit documentaire – Obligations du banquier – Paiement-exclusion – Cas de fraude – Conditions – Détermination

Chambre commerciale, 11 octobre 2005 (Bull. nº 205)

Il est acquis (Com., 23 octobre 1990, Bull. nº 242) que seule une fraude découverte avant l'exécution du crédit documentaire peut empêcher son paiement par la banque. Dès lors, il importe de déterminer, selon les modalités de dénouement du crédit documentaire choisies par les parties, la date à laquelle sera réalisé le crédit par la banque. Les Règles et usances de crédit documentaires (RUU 500) prévoient quatre techniques possibles : le paiement immédiat, le paiement à terme, l'acceptation d'effet et la négociation d'effet.

La Chambre commerciale s'était déjà prononcée dans l'hypothèse où le crédit documentaire se réalisait soit par paiement différé soit par négociation. Elle a décidé que la réalisation intervenait lors du paiement, dans le premier cas (Com,. 7 avril 1987, pourvoi nº 85-17 399) et lors de l'escompte de l'effet dans le second cas (Com., 23 octobre 1990, Bull. nº 242). Cet arrêt du 11 octobre 2005 a donné l'occasion à la Chambre commerciale de trancher, pour la première fois, le point de droit délicat de la date à laquelle se dénoue un crédit documentaire réalisable par acceptation.

La Cour de cassation a tranché en application des principes posés par les RUU et le droit cambiaire : un crédit documentaire réalisable par acceptation étant seulement exécuté par le paiement de l'effet accepté, il s'en évince que la fraude, découverte antérieurement à ce règlement, fait échec à l'obligation de paiement de la banque qui a accepté l'effet au titre du crédit documentaire, hors la circonstance où cet effet serait présenté par un tiers de bonne foi extérieur au crédit.

En choisissant la technique du crédit documentaire réalisable par acceptation, les parties au crédit ont exclu d'intégrer dans son champ contractuel l'opération d'escompte de l'effet, qui résulte seulement du choix de la technique de réalisation par négociation. Dès lors, en application de l'article 9 des RUU, la banque qui est tenue d'accepter et de payer l'effet tiré sur elle par le bénéficiaire, n'aura exécuté ses obligations qu'après avoir payé cet effet. Le bénéficiaire du crédit, qui est le plus souvent à l'origine de la fraude, ne sera pas payé par la banque acceptante, si cette fraude est découverte après l'acceptation de l'effet mais avant son paiement. Seul, dans une telle circonstance, le tiers porteur de bonne foi, non partie au crédit documentaire, sera protégé par les règles cambiaires.

La responsabilité du banquier dispensateur de crédit

1re chambre civile, 12 juillet 2005, 3 arrêts (Bull. no 325)

Un arrêt du 27 juin 1995 de la Première chambre civile (Bull. no 287) posait en principe que « *la présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1979 ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur* ».

Se démarquant de cette position la Chambre commerciale excluait l'existence d'un tel devoir de conseil, d'abord, implicitement, dans un arrêt du 26 mars 2002 (Bull. no 57) jugeant que la responsabilité du banquier ne peut être recherchée par l'emprunteur dès lors que celui-ci, qui a sollicité le prêt que lui a octroyé celui-là, ne prétend pas que ce dernier aurait eu sur la fragilité de sa situation financière des informations que lui-même aurait ignorées, ensuite, explicitement, dans un arrêt du 24 septembre 2003 (Bull. no 137) qui, confirmant cette jurisprudence, ajoutait que le banquier « *n'a pas de devoir de conseil envers son client* ».

L'opposition, sur ce point, entre la Chambre commerciale et la Première chambre civile parut évidente lorsque celle-ci, dans un arrêt du 8 juin 2004 (Bull. no 166), censura sèchement, au visa de l'article 1147 du Code civil, une cour d'appel qui, pour rejeter l'action en responsabilité engagée par deux époux contre leur banquier habituel pour octroi abusif de crédit et manquement au devoir de conseil, avait retenu qu'avant de solliciter ce dernier, auprès duquel ils étaient parallèlement tenus de plusieurs emprunts professionnels souscrits par le mari en sa qualité d'artisan peintre, ils avaient vainement pressenti un autre banquier, lequel leur avait opposé la prévisibilité d'un endettement excessif, de sorte qu'ils avaient ultérieurement obtenu l'emprunt litigieux en pleine connaissance de cause et que leur préjudice était exclusivement imputable à eux-mêmes et non à l'éventuelle absence de mise en garde de la part de l'établissement contractant.

Les arrêts commentés, rendus le même jour en formation de section, tendent à harmoniser ces jurisprudences apparemment contradictoires.

Ainsi, distinguant entre emprunteur averti et emprunteur profane, la Première chambre civile a, à l'égard du premier, fait sienne, au mot près, la jurisprudence de la Chambre commerciale, en approuvant les juges du fond d'avoir retenu qu'un tel emprunteur, qui ne prétendait pas que la banque aurait eu sur sa situation financière des renseignements que lui-même aurait ignorés, ne pouvait faire grief à celle-ci de lui avoir accordé un prêt qu'il avait lui-même sollicité (pourvoi nº 03-10 770), et réservé au second le bénéfice de sa jurisprudence, en posant en principe que méconnaît ses obligations à l'égard d'un emprunteur profane, le banquier qui ne vérifie pas les capacités financières de celui-ci et lui accorde un prêt excessif au regard de ses facultés contributives, « *manquant ainsi à son devoir de mise en garde* » (pourvoi nº 03-10 921). Désormais, c'est à l'égard du seul emprunteur profane qu'un tel devoir pèse sur le banquier, simple dispensateur de crédit.

Mais ce devoir n'épuise pas nécessairement les obligations auxquelles un banquier peut être tenu à l'occasion d'une opération de crédit. Si les comptes de l'emprunteur sont gérés par le banquier prêteur, celui-ci est tenu à l'égard de celui-là d'une obligation d'information. L'examen du litige à propos duquel la Première chambre civile a consacré cette obligation permet d'en définir les contours.

Une cliente avait ouvert dans les livres d'une banque un compte de dépôt, un compte d'épargne logement et un plan d'épargne populaire.

Le compte de dépôt ayant, en plusieurs occasions présenté un solde débiteur, la banque avait consenti à cette cliente, à l'effet de couvrir ce solde, d'abord, un crédit de 5 000 francs au taux de 14,50 % l'an, ensuite, un crédit de 7 000 francs au taux de 11,30 % l'an, enfin, un crédit de 15 000 francs pouvant être élevé à 50 000 francs au taux de 13,50 % l'an.

Pour estimer que l'octroi de ces crédits successifs ne pouvait être regardé comme fautif, la cour d'appel avait retenu que l'intéressée ne pouvait reprocher à la banque le choix qu'elle avait fait de conserver son épargne, une banque ayant un devoir d'information sur les choix de son client, mais n'ayant pas à s'ingérer dans le gestion des comptes de ce dernier, qu'il ne pouvait être reproché à la banque d'avoir offert à sa cliente un prêt plutôt qu'un autre, celle-ci en l'absence de toute démonstration contraire pouvant librement souscrire ou non le prêt qui lui était proposé, et que rien ne démontrait qu'au moment où elle avait souscrit les différents crédits, cette cliente se fût trouvée dans une situation d'urgence l'empêchant de consulter un tiers qualifié et en particulier son père qui était présenté comme un ancien cadre de la banque.

La cour d'appel est censurée pour s'être déterminée par de tels motifs « *sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si lors de la souscription de chacun des crédits consentis à sa cliente par la banque, celle-ci avait, comme elle y était tenue en tant que gestionnaire de comptes, éclairé sa cliente sur les avantages et inconvénients du choix qui s'offrait alors à cette dernière, pour couvrir le solde débiteur de son compte de dépôt, entre le recours au crédit et la mobilisation de l'épargne figurant sur ses autres comptes* » (pourvoi nº 03-10 115).

Une telle obligation, à visée purement informative, en sorte qu'elle ne méconnaît pas le devoir de non-ingérence ou de non-immixtion, qui s'impose à tout banquier, demeure très

en-deçà du devoir de conseil auquel sont tenus nombre de professionnels, tels l'avocat, le notaire, l'expert-comptable.

1re chambre civile, 12 juillet 2005 (Bull. no 324)

La Première chambre civile a donc retenu qu'il y avait lieu de distinguer entre emprunteur averti et emprunteur profane et de réserver l'existence d'un devoir de mise en garde pesant sur le banquier dispensateur de crédit à l'égard du seul emprunteur profane.

La cour d'appel avait relevé que les emprunteurs, cadres supérieurs ayant créé une société qui avait pour objet la réalisation d'opérations immobilières, étaient avertis et que, de plus, ils bénéficiaient de revenus certains, auxquels devaient être ajoutés d'autres revenus allant raisonnablement leur échoir au titre d'activités professionnelles secondaires, permettant de leur allouer le prêt sollicité.

La chambre a, dès lors, considéré que la cour d'appel avait pu déduire de ses constatations qu'aucune faute ne pouvait être reprochée à la banque dans l'octroi de ce prêt.

D. Propriété industrielle

Marque de fabrique

Contentieux – Saisie – Contrefaçon – Expert assistant l'huissier – Indépendance de l'expert par rapport aux autres parties – Domaine d'application – Expert – Conseil en propriété industrielle de la partie requérante

Chambre commerciale, 8 mars 2005 (Bull. no 53)

Cet arrêt est venu clarifier une question ayant fait débat, et donné lieu à décisions contradictoires des juges du fond.

Les textes régissant les diverses formes de saisie-contrefaçon en matière de propriété intellectuelle autorisent le saisissant à se faire assister « d'experts » de son choix.

Aucun texte n'interdit la désignation d'un avocat en cette qualité (Com., 18 avril 2000 pourvoi no 97-19 631).

Mais par arrêt du 6 juillet 2000, la Première chambre civile a décidé, à propos d'une saisie-contrefaçon de logiciel, que l'expert devant être indépendant des parties, la désignation d'un salarié du saisissant méconnaissait les exigences de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (voir aussi, 1re Civ., 2 décembre 1997, Bull. no 347).

La Chambre commerciale en est tombée d'accord, en matière de saisie-contrefaçon de brevet (Com., 28 avril 2004, Bull. no 75).

On pouvait donc se poser la question, importante en pratique, de la désignation d'un conseil en propriété industrielle, notamment lorsqu'il est le propre conseil du saisissant.

L'arrêt du 8 mars 2005, rendu en matière de marques, décide que « le conseil en propriété industrielle, fût-il le conseil habituel de la partie saisissante, exerce une profession indépendante, dont le statut est compatible avec sa désignation en qualité d'expert du saisissant dans le cadre d'une saisie-contrefaçon de marque, mission qui ne constitue pas une expertise au sens des articles 232 et suivants du nouveau Code de procédure civile », de sorte que l'arrêt rétractant, pour ce motif, une autorisation de saisie, est cassé pour fausse application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et fausse interprétation de l'article L. 716-7 du Code de la propriété intellectuelle.

La solution repose donc, tout à la fois, sur le fait que cet « expert » n'est pas chargé d'une mission d'expertise au sens du nouveau Code de procédure civile, et sur l'existence d'un statut professionnel et déontologique, qui, comme dans le cas de l'avocat, garantit et impose son indépendance par rapport au saisissant, le distinguant ainsi du préposé de ce dernier.

Protection – Marque renommée ou notoire – Faute – Usage d'un signe voisin

Chambre commerciale, 12 juillet 2005 (Bull. nº 173)

L'arrêt abandonne la jurisprudence antérieure cantonnant la protection étendue dont bénéficient les marques de renommée au seul cas de leur « emploi », pour l'étendre à l'hypothèse de leur imitation.

Cet arrêt marque l'abandon par la Chambre commerciale de la jurisprudence « Olymprix » (Com., 29 juin 1999, Bull. nº 143) cantonnant au seul emploi de la marque de renommée le champ d'exercice de l'action ouverte par l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle.

Cette solution faisait débat, dès lors que l'article 5 § 2 de la directive CE 89/104 du 21 décembre 1998, dont ce texte de loi constitue la transposition en droit interne, évoquait « l'interdiction à tout tiers de faire usage dans la vie des affaires d'un signe identique ou similaire à la marque pour des produits ou services qui ne sont pas similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, lorsque celle-ci jouit d'une renommée » ; il avait été ainsi constaté que l'imitation de marque de renommée se trouvait visée, à l'instar de son emploi.

Dans la mesure où cette directive ne prévoyait que la faculté, et non l'obligation, pour les États membres, d'instituer le principe même d'une telle protection, il avait pu apparaître que la loi française n'avait fait qu'exercer cette faculté, en réservant expressément le bénéfice de l'action en dilution au seul cas d'emploi d'une telle marque.

Mais cette interprétation aboutissait à reconstituer des distorsions dans le marché intérieur, en méconnaissance de l'objectif de rapprochement des législations poursuivi par la directive.

L'arrêt Adidas ayant énoncé que, en considération de l'économie générale et des objectifs de la législation, « lorsqu'un Etat membre exerce l'option qui lui est offerte par l'article 5 § 2 de la directive, il doit accorder aux titulaires de marques renommées une protection conforme à cette disposition » et que « l'option de l'Etat porte sur le principe même de l'octroi d'une protection renforcée au profit des marques de renommée, mais non sur les situations couvertes par la protection, lorsqu'il l'accorde », il est apparu nécessaire d'opérer un revirement de jurisprudence et de revoir l'interprétation de l'article L. 713-5 dans un sens conforme aux principes de la directive dont il assure la transposition.

E. Transports

Transports terrestres – Marchandises – Responsabilité – Clause limitative – Opposabilité – Exclusion – Cas – Faute lourde – Caractérisation – Défaut – Applications diverses – Impossibilité pour le transporteur de donner des éclaircissements sur la cause du retard

(Chambre mixte, 22 avril 2005, Bull. nº 3 ; BICC nº 623 p. 16, rapport de M. Garban et avis de M. de Gouttes)

En matière de transports routiers internes, l'indemnisation du préjudice subi par le client d'une entreprise de messagerie rapide suite à la livraison tardive du colis confié, si elle n'est pas déjà fixée par le contrat intervenu entre les parties, se trouve limitée par les dispositions du contrat-type institué en application de la LOTI.

Par arrêt du 22 octobre 1991 (Bull nº 261), la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait jugé que la clause de limitation de l'indemnisation figurant au contrat liant les parties devait être réputée non écrite dès lors que le préjudice trouvait son origine dans un manquement du transporteur à son obligation de célérité.

Portant son regard non plus sur les termes de la convention intervenue entre les parties mais plus particulièrement sur les dispositions du contrat-type établi par décret, par arrêt du 26 novembre 2002 (Bull. nº 181) la même chambre avait jugé que seule la faute lourde du transporteur permettait à la victime de bénéficier d'une indemnisation intégrale de son préjudice.

Les deux arrêts rendus en Chambre mixte le 22 avril 2005 rejettent la thèse selon laquelle l'inexécution d'une obligation essentielle par le débiteur suffirait à constituer une faute lourde. Ils confirment que seule une telle faute lourde peut mettre en échec la limitation prévue au contrat-type annexé au décret. Celle-ci, qui ne peut résulter ni du seul retard de livraison, ni du seul fait pour un transporteur de ne pouvoir fournir d'éclaircissement sur la cause du retard, se caractérise par une négligence d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission.

Transports terrestres – Faute Lourde

Chambre Commerciale, 28 juin 2005 (Bull nº 147)

Par cette décision, la Chambre commerciale a retenu que le transporteur qui a perdu le contrôle de son véhicule en raison du dépassement de la vitesse autorisée commettait une faute lourde. La faute lourde s'entend notamment d'une absence avérée de professionnalisme. La Chambre commerciale a considéré que la perte de contrôle du véhicule due au non-respect par le chauffeur des vitesses autorisées traduisait de sa part une absence avérée de professionnalisme et partant une faute lourde.

Transports terrestres – Lettre de voiture – Clause attributive de compétence – Opposabilité au destinataire – Conditions

Chambre commerciale, 4 janvier 2005 (Bull nº 5)

La confrontation entre les articles L. 132-8 du Code de commerce qui, dans sa rédaction actuelle, fait du destinataire une partie au contrat de transport, et l'article 1108 du Code civil, qui dispose que le consentement « de la partie qui s'oblige » est une condition essentielle à la validité de la convention, constitue l'une des difficultés majeure du droit des transports routiers intérieurs. Cette difficulté tient à l'interaction peu commode entre la nécessité d'un consentement du destinataire à la convention et la lettre de l'article L. 132-8 du Code de commerce. La Chambre commerciale, qui ne s'est toujours pas prononcée ni sur les modalités du consentement du destinataire au contrat de transport stricto sensu, ni sur la date de ce consentement, a eu cependant l'occasion de préciser l'interaction entre les articles 1108 du Code civil et L. 132-8 du Code de commerce, mais uniquement quant au consentement du destinataire à une clause de compétence insérée dans la lettre de voiture. La chambre a jugé que le consentement du destinataire au contrat de transport ne s'étendait pas à la clause attributive de compétence, laquelle ne faisant pas partie de l'économie du contrat, devait être, fût-ce tacitement, acceptée par le destinataire.

Transports terrestres – Application immédiate – Loi du 6 février 1989 – Non

Chambre commerciale, 10 mai 2005 (Bull nº 100)

La Chambre commerciale a retenu que la loi du 6 février 1989, dite « loi Gayssot », n'était pas applicable au contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur.

Droit maritime – Navire – Responsabilité du propriétaire – Fonds de limitation – Navigation fluviale

Chambre commerciale, 4 octobre 2005 (Bull. nº 190)

L'institution du Fonds de limitation de responsabilité constitue une exception remarquable au droit commun de la responsabilité civile, et notamment au principe de la réparation intégrale du préjudice, en permettant au propriétaire d'un navire de n'affecter qu'un montant déterminé, calculé en fonction de la catégorie du navire, à la réparation du préjudice qui a pour origine un fait imputable au navire. Le propriétaire peut-il se prévaloir du fonds tandis que le dommage a eu lieu alors que son navire effectuait une navigation fluviale ? L'institution du fonds dépend-elle de la nature de la navigation ou de celle de l'embarcation en cause ? La Chambre commerciale a tranché la controverse en retenant que le propriétaire d'une embarcation peut se prévaloir du fonds de limitation, peu important que le dommage ait eu lieu à l'occasion d'une navigation qui n'ait pas été maritime, pourvu seulement que l'embarcation ait été un navire, c'est-à-dire une embarcation conçue pour se livrer habituellement à la navigation maritime.

F. Impôts et taxes

Recouvrement (règles communes) – Pénalités et sanctions – Intérêt de retard – Montant – Taux d'usure du code de la consommation – Applicabilité

Chambre commerciale, 27 septembre 2005 (Bull. nº 185)

Le taux de l'intérêt de retard fixé par l'article 1727 du code général des impôts à 0,75 % par mois, soit 9 % l'an depuis 1987, est, depuis plusieurs années, bien supérieur au taux d'intérêt légal, qui, pour 2005, par exemple, s'est élevé à 2,05 %. La différence existant entre ces deux taux est régulièrement contestée auprès de l'administration fiscale et devant les juridictions.

Dès 1996, la Chambre commerciale a retenu que l'intérêt de retard ne constituait pas une sanction mais compensait le préjudice financier subi par le Trésor du fait de l'encaissement tardif de sa créance (Com., 6 mai 1996 Verbrugghe RJF 08-09/96 nº 1088). Par deux décisions du 17 mars 2004 (RJF 07/04 nº 797 et 812), elle a précisé que ces intérêts ne constituaient pas une sanction susceptible de justifier la mise en œuvre des garanties résultant de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et que le juge n'avait pas à rechercher s'ils n'excédaient pas le préjudice financier subi par le Trésor public.

Le pourvoi qui lui était soumis ne posait donc pas de question réellement nouvelle, mais il mettait l'accent d'une part, sur l'aspect dissuasif de l'intérêt de retard lui conférant, selon les critiques, le caractère d'une véritable punition au sens de l'arrêt Bendenoun (CEDH 24 février 1994 Bendenoun c/ France), et d'autre part, sur le déséquilibre existant avec le taux applicable au profit du contribuable en cas de restitution ou de dégrèvement d'impôts.

La réponse apportée à ce pourvoi par la Chambre commerciale ne modifie pas sa jurisprudence antérieure mais l'affine. Elle retient en effet que le préjudice subi par le Trésor du fait de l'encaissement tardif de sa créance ne peut pas être comparé avec d'autres préjudices qui peuvent être éprouvés par celui-ci ou par les contribuables à raison de circonstances différentes, mais surtout elle souligne que, compte tenu de sa finalité réparatrice, l'intérêt de retard ne vise pas à punir même s'il peut être dissuasif.

Impôt de solidarité sur la fortune – Assiette – Exclusion – Biens professionnels – Définition – Parts et actions de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés – Domaine d'application – Actions détenues par le président du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions

Chambre commerciale, 11 octobre 2005 (Bull. nº 208)

La Chambre commerciale n'avait pas encore eu l'occasion de prendre position sur la question posée par le pourvoi, qui était celle de savoir si les actions détenues par le président du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions pouvaient être considérées comme des biens professionnels en application de l'article 885 O bis du code général des impôts sous réserve que soient remplies les autres conditions posées par cet article, et comme tels exclus de l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune.

Le directeur général des impôts, demandeur au pourvoi, soutenait que les seuls dirigeants visés par le texte étaient le gérant de la société à responsabilité limitée, le gérant de la société en commandite par actions, l'associé en nom d'une société de personnes, le président du conseil d'administration, le directeur général, le président du conseil de surveillance ou un membre du directoire de la société anonyme, dès lors que l'expression « société par actions » utilisée par le législateur visait en réalité uniquement la société anonyme.

La défenderesse faisait, en revanche, valoir que le texte de l'article 885 O bis était très clair, et que si le législateur avait entendu exclure de l'exonération accordée le président du conseil de surveillance de la société en commandite par actions, il aurait utilisé les mots « société anonyme » et non l'expression « société par actions » qui couvre aussi la société en commandite par actions.

Au terme d'une analyse, qui, au-delà du texte, a porté sur la comparaison des attributions du président du conseil de surveillance d'une société anonyme avec celles que peut se voir octroyer par les statuts le président du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions, la Chambre commerciale a retenu que l'article 885 O bis du code général des impôts était applicable aux actions détenues par le président du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions.

Impôt de solidarité sur la fortune – Assiette – Exclusion – Biens professionnels – Définition – Biens nécessaires à l'exercice d'une profession – Exercice d'une profession – Preuve – Moyen de preuve – Faisceau d'éléments

Chambre commerciale, 8 mars 2005 (Bull. n° 50)

L'article 885 N du Code général des impôts énonce : « les biens nécessaires à l'exercice, à titre principal, tant par leur propriétaire que par le conjoint de celui-ci, d'une profession industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale sont considérés comme des biens professionnels ».

La question se pose donc de savoir comment définir l'exercice d'une profession.

Par le passé, la Chambre commerciale avait caractérisé l'exercice effectif de la profession agricole par l'imposition des revenus afférents aux biens litigieux dans la catégorie des bénéfices agricoles (Com., 10 mai 1989, Bull. n° 147).

Ultérieurement, elle avait considéré qu'une profession, au sens de l'article précité, était caractérisée par l'exercice d'une activité constituant l'essentiel de l'activité économique de la personne concernée ou lui procurant la majeure partie de ses revenus (Com., 24 novembre 1992, Bull n° 372 ; Com., 27 juin 1995, Bull. n° 195).

Mais, chacune de ces définitions montrant ses limites à la lumière de la diversité des cas d'espèce soumis aux juges du fond, la Chambre commerciale a, par son arrêt du 8 mars 2005, souhaité s'écarter d'un critère de définition unique pour laisser à ces derniers la possibilité de recourir à un faisceau d'indices dans la détermination, au cas par cas, de la nature professionnelle de l'activité.

Impôt de solidarité sur la fortune – Assiette – Biens grevés d'un usufruit – Démembrement entre le patrimoine de l'usufruitier et du nu-propriétaire – Exclusion – Cas – Usufruit résultant de l'application de l'article 1094-1 du Code civil

Chambre commerciale, 22 février 2005 (Bull. nº 34)

Pour la détermination de l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune, l'article 885-G du Code général des impôts prévoit que les biens grevés d'un usufruit sont compris dans le patrimoine de l'usufruitier pour leur valeur en pleine propriété, sauf dans un certain nombre de cas, où ils peuvent être compris respectivement dans les patrimoines de l'usufruitier et du nu-propriétaire suivant les proportions fixées par l'article 762, et notamment lorsque la constitution de l'usufruit résulte de l'application des articles 767, 1094 ou 1098 du Code civil.

La Chambre commerciale avait, par le passé, considéré qu'en visant l'usufruit résultant de l'application de l'article 1094 du Code civil, l'article 885 G, dans sa rédaction antérieure, se référait nécessairement, aussi, aux usufruits résultant de l'application des articles 1094-1 à 1094-3 du Code civil (Com., 18 avril 1989, Bull. nº 124).

Pour s'opposer à cette analyse, le législateur a complété le texte de l'article 885 G, par l'article 10-II de la loi nº 89-935 du 29 décembre 1989, selon lequel les biens dont la propriété est démembrée en application d'autres dispositions, et notamment de l'article 1094-1 du Code civil, ne peuvent faire l'objet d'une imposition répartie. Le législateur a précisé qu'il s'agissait là d'une disposition à caractère interprétatif.

Malgré cette modification textuelle, la Chambre commerciale a maintenu son analyse dans un arrêt du 7 avril 1992 (Bull. nº 150) en réaffirmant, dans le cadre d'un litige en cours au moment de la précision ainsi apportée, que les dispositions des articles 767, 1094, 1094-1 à 1094-3, et 1098 du Code civil étaient indissociables, et en considérant que les dispositions de l'article 10-II de la loi du 29 décembre 1989 n'avaient pas un caractère interprétatif, dès lors qu'elles tendaient à substituer de nouvelles conditions d'imposition à celles résultant du texte prétendument interprété.

Répondant à un pourvoi qui s'appuyait sur cette jurisprudence pour soutenir l'indissociabilité des dispositions précitées, et l'existence d'une contradiction dans la nouvelle rédaction du texte de l'article 885 G, qu'il appartenait au juge de lever, la Chambre commerciale, après avoir fait ressortir que le litige était postérieur à cette nouvelle rédaction, s'est, par son arrêt du 22 février 2005, écartée de sa jurisprudence antérieure, en retenant que pour l'application de ce texte fiscal le législateur avait expressément dissocié le sort de l'usufruit résultant de l'article 1094 du Code civil de celui résultant de l'article 1094-1 du même Code. Ce faisant, elle a confirmé un précédent arrêt, par elle rendu le 13 novembre 2003, qui n'avait pas été publié.

Impôt de solidarité sur la fortune – Assiette – Exclusion – Créance de revenus – Application diverses

Chambre commerciale, 13 décembre 2005 (pourvoi nº 03-18 756)

En application de l'article 885 E du Code général des impôts, l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune est constituée par la valeur nette au 1er janvier de chaque année, de l'ensemble des biens, droits et valeurs imposables appartenant au redevable. Les droits qui ont

une valeur patrimoniale sont donc inclus dans cette assiette. Toutefois, les droits de la propriété industrielle, et les droits de la propriété littéraire et artistique, en sont expressément exclus par les dispositions de l'article 885 I du Code général des impôts lorsqu'ils sont détenus par l'inventeur ou l'auteur.

Le pourvoi soumis à la Chambre commerciale posait la question de savoir si, en application de ce dernier texte, une créance de revenus d'exploitation des droits de la propriété littéraire et artistique détenue par un écrivain sur son éditeur bénéficiait également de cette exonération.

En effet, pour retenir l'exclusion d'une telle créance de l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune, l'arrêt attaqué avait considéré que l'article 885 I du Code général des impôts visait tant le droit incorporel de l'auteur d'exploiter son œuvre que les « droits d'auteur », au sens de revenus, qu'il en tire effectivement. Le directeur général des impôts, demandeur au pourvoi, soutenait en revanche que les droits visés par le texte étaient uniquement le droit de représentation et le droit de reproduction, attributs patrimoniaux du droit de la propriété littéraire et artistique, qui ne devaient pas être confondus avec les « droits d'auteur », qui sont en réalité les produits d'exploitation de ces droits, et non les droits eux-mêmes, et ne sont donc pas couverts par l'exonération prévue par l'article 885 I du Code général des impôts.

Pour répondre à la question qui lui était ainsi posée, la Chambre commerciale a substitué aux motifs de l'arrêt critiqués par le pourvoi un motif de pur droit en retenant que les revenus du contribuable, imposables par ailleurs, n'entraient pas dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune, sauf pour leur fraction non consommée, de sorte que la créance détenue par un écrivain sur son éditeur au titre des revenus tirés de son activité littéraire qui ne lui ont pas encore été versés n'entrait pas dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune.

Ce faisant, la Chambre a implicitement admis que l'exonération prévue par l'article 885 I du Code général des impôts ne s'étendait pas aux produits d'exploitation des droits de la propriété littéraire et artistique, mais en excluait néanmoins de l'assiette imposable la créance détenue par l'écrivain au titre de tels produits, qui constitue une créance de revenus et doit, par conséquent, suivre le régime fiscal de ces derniers.

Impôts et taxes – Redressement et vérification (règles communes) – Redressement contradictoire – Commission départementale de conciliation – Composition – Directeur des impôts – Impartialité – Appréciation
Communication du dossier au contribuable – Preuve – Charge – Détermination
Convention européenne des droits de l'homme – Article 6.1 – Domaine d'application – Exclusion – Matière fiscale – Condition
Commission départementale de conciliation – Composition – Inspecteur des impôts – Impartialité – Appréciation
Chambre commerciale, 8 mars 2005 (Bull. nº 51)
Chambre commerciale, 31 mai 2005 (Bull. nº 121)

La Cour de cassation s'est prononcée sur la régularité, au regard du principe d'impartialité, de la composition de la commission départementale de conciliation au sein de laquelle siégeait un membre de l'administration des impôts qui, dans la première espèce, après avoir consulté les dossiers du contribuable, avait exprimé en cours de séance un point de vue défavorable à ce

dernier et, dans la seconde espèce, avait déjà eu à connaître du dossier du contribuable dans d'autres circonstances.

Elle a précisé que l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales n'est pas applicable devant la commission départementale de conciliation prévue à l'article 1653 A du Code général des impôts, qui est un organisme consultatif chargé d'émettre un avis en matière de prix ou d'évaluations ayant servi de base aux droits d'enregistrement, à la taxe de publicité foncière ou à l'impôt de solidarité sur la fortune.

La Cour de cassation a également rappelé qu'en tout état de cause, en l'absence de toute accusation en matière pénale, l'article 6.1 n'est pas applicable au contentieux fiscal, en dépit des effets patrimoniaux qu'il a nécessairement quant à la situation des contribuables.

Elle n'en a pas moins considéré que les débats de la commission départementale de conciliation doivent respecter le principe d'impartialité.

De ce principe, la Chambre commerciale a fait application dans les deux situations différentes qui lui étaient soumises.

Elle a ainsi jugé que le principe d'impartialité ne s'opposait pas à ce qu'un inspecteur des impôts siège à la commission départementale de conciliation en qualité de fonctionnaire de la direction générale des impôts en dépit de la circonstance qu'il ait antérieurement procédé, en sa qualité de chef du service des domaines, à l'évaluation du bien dont l'administration des impôts contestait aujourd'hui la valeur déclarée par le contribuable. Cette circonstance n'a pas été considérée comme étant, à elle seule, de nature à mettre en cause l'impartialité de la commission (arrêt du 31 mai 2005).

La Cour a, en revanche, estimé que la cour d'appel qui avait décidé que la régularité de la composition de la commission n'était pas affectée par la participation d'un directeur divisionnaire des impôts, membre de cette commission, qui avait procédé à la consultation des dossiers du contribuable qui lui avait révélé l'existence d'aides communautaires perçues par la société n'ayant pas été prises en considération par le vérificateur, qui avait fait part du résultat de ses investigations au cours de la réunion de la commission et indiqué que la valeur des parts sociales devait tenir compte du montant de ces aides, n'avait pas tiré les conséquences légales de ses constatations au regard, notamment, du principe d'impartialité (arrêt du 8 mars 2005).

Recouvrement (règles communes) – Avis de mise en recouvrement – Contenu – Impositions de nature différente – Possibilité

Chambre commerciale, 12 juillet 2005 (Bull. nº 170)

La Cour de cassation a jugé que l'article L. 256 du livre des procédures fiscales n'interdit pas au comptable public de notifier au contribuable un avis de mise en recouvrement ayant pour objet des impositions de nature différente. En l'espèce, le receveur des impôts avait notifié au contribuable des redressements en matière de TVA et de droits d'enregistrement et l'avis de mise en recouvrement était commun aux deux impositions. Or, les articles L. 256 et R. 256-1 du livre des procédures fiscales, qui fixent le régime juridique des avis de mise en recouvrement, n'imposent pas l'émission d'un seul avis par catégorie d'imposition.

Recouvrement (règles communes) – Avis de mise en recouvrement – Contenu – Mention du cohéritier contre lequel s'exercent des poursuites – Solidarité du paiement des droits de mutations – Portée

Chambre commerciale, 8 novembre 2005 (pourvoi nº 03-19 570)

Il résulte de l'article 1709 du code général des impôts que les droits des déclarations des mutations par décès sont payés par les héritiers, donataires ou légataires et que les cohéritiers sont solidaires.

Statuant sur les conséquences, quant à sa régularité, d'une procédure de recouvrement qui avait été engagée contre plusieurs cohéritiers sans notification préalable à chacun d'eux d'un avis de mise en recouvrement, la Cour de cassation a décidé que la solidarité légale ne dispense pas l'administration des impôts de son obligation légale de notifier à celui des cohéritiers contre lequel elle exerce son droit de poursuite un avis de mise en recouvrement préalable.

La solidarité permet en effet à l'administration de recouvrer sa créance contre celui des cohéritiers qu'elle aura choisi sans risquer de se voir opposer le bénéfice de division. Mais elle ne l'autorise pas à agir ainsi sans notifier préalablement à ce cohéritier le titre qui authentifie sa créance en lui donnant force exécutoire.

Enregistrement – Droits de mutation – Mutation à titre gratuit – Succession – Passif déductible – Dettes du défunt – Exclusion – Dettes du coacquéreur d'un bien par un pacte tontinier

Chambre commerciale, 8 novembre 2005 (pourvoi nº 03-16 133)

Aux termes de l'article 768 du code général des impôts, pour la liquidation des droits de mutation par décès, les dettes à la charge du défunt sont déduites lorsque leur existence au jour de l'ouverture de la succession est dûment justifiée par tous modes de preuve compatibles avec la procédure écrite.

La Cour de cassation a jugé que la part d'un immeuble recueillie à la suite du décès de l'un des coacquéreurs par l'autre coacquéreur en application d'une clause d'accroissement stipulée dans l'acte d'acquisition en commun n'étant pas transmise par voie de succession, le survivant n'est pas tenu de la dette du défunt et ne peut donc pas se prévaloir des dispositions de l'article 768 du Code général des impôts pour déduire cette dette de la valeur de la part d'immeuble ainsi recueillie.

Article L. 267 du livre des procédures fiscales

Chambre commerciale, 6 décembre 2005 (pourvoi nº 03-17 218)

Il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation que tout intéressé est fondé à se prévaloir à l'encontre de l'administration des instructions, directives et circulaires publiées dans les conditions prévues par l'article 9 de la loi du 7 juillet 1978 lorsqu'elles ne sont pas contraires aux lois et règlements. Selon cette même jurisprudence, il résulte de l'instruction du 6 septembre 1988, relative aux conditions de mise en œuvre des actions prévues aux articles L. 266 et L. 267 du livre des procédures fiscales, que le comptable public qui accorde un plan de règlement à une société ne peut poursuivre son dirigeant en paiement solidaire de la dette à

défaut de respect du plan que s'il l'a préalablement informé que dans une telle hypothèse il serait amené à engager sa responsabilité.

Une cour d'appel avait retenu que la responsabilité solidaire du dirigeant d'une société mise en redressement judiciaire devait être écartée, conformément à l'instruction du 6 septembre 1988, dès lors que le comptable public avait donné son accord au plan de continuation de cette société sans avertir préalablement le dirigeant de ce qu'il pourrait engager sa responsabilité à défaut de respect du plan.

La Cour de cassation a cassé l'arrêt aux motifs qu'en acceptant les propositions de délai faites pour le règlement de la dette fiscale lors de l'élaboration du plan de redressement de la société, le comptable public n'avait pas accordé un plan de règlement à la société, au sens de l'instruction du 6 septembre 1988, de sorte qu'il n'était pas tenu d'informer formellement le dirigeant qu'il pourrait être ultérieurement poursuivi sur le fondement de l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales à défaut de respect des engagements de règlement pris.

Article 1049 du Code général des impôts

Chambre commerciale, 13 décembre 2005 (pourvoi n° 02-15 855)

Aux termes de l'article 1049 du Code général des impôts, sauf lorsqu'elle tient lieu des droits d'enregistrement en vertu de l'article 664, la taxe de publicité foncière n'est pas perçue sur les actes publiés en vue de l'application de la législation sur les habitations à loyer modéré.

Interprétant ce texte, la Cour de cassation a jugé que, dès lors que l'exonération de taxe de publicité foncière dont bénéficient les actes publiés en vue de l'application de la législation sur les habitations à loyer modéré dépend de la finalité de l'acte et non de la qualité de son auteur, la taxe de publicité foncière est due sur les opérations immobilières qui ne sont pas destinées à la construction d'habitations à loyer modéré. Il en résulte que des opérations immobilières d'une société anonyme de crédit immobilier qui ne sont pas destinées à la construction d'habitations à loyer modéré sont soumises à la taxe de publicité foncière.

G. Douanes

Commission de conciliation et d'expertise douanière – Procédure – Conclusions de l'Administration – Notification au redevable – Délai – Inobservation – Juge compétent – Détermination

Chambre commerciale, 28 juin 2005 (Bull. n° 141)

La commission de conciliation et d'expertise douanière intervient en cas de contestation par le service des douanes, au moment de la vérification des marchandises, des énonciations relatives à l'espèce, à l'origine ou à la valeur des marchandises, lorsque le déclarant en douane n'accepte pas l'appréciation du service.

La procédure qui est alors suivie impose à l'administration, dans un délai de deux mois à compter de la saisine de la commission, de notifier au redevable ses conclusions et de l'inviter

soit à y acquiescer, soit à fournir un mémoire en réponse, dans un délai de deux mois à compter de la notification (article 21 du décret du 18 mars 1971).

Un commissionnaire en douanes avait fait assigner l'administration des douanes devant le tribunal d'instance afin de voir constater que, n'ayant pas respecté ce délai, elle avait renoncé aux poursuites engagées à son encontre.

La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir décidé qu'il n'appartient pas au juge civil de se prononcer sur le non-respect par l'administration des douanes du délai prévu par l'article 21 du décret du 18 mars 1971, lorsque l'irrégularité qui est ainsi invoquée est relative à une procédure relevant de la compétence du juge pénal.

Cette solution repose sur les dispositions de l'article 357, paragraphe 1, du code des douanes, aux termes duquel « *Les tribunaux correctionnels connaissent de tous les délits de douane et de toutes les questions douanières soulevées par voie d'exception* » et de l'article 357 bis du même code qui, dans sa version applicable en l'espèce, dispose que « *Les tribunaux d'instance connaissent des contestations concernant le paiement ou le remboursement des droits, des oppositions à contrainte et des autres affaires de douane n'entrant pas dans la compétence des juridictions répressives* ».

La Chambre commerciale rejoint sur ce point la Chambre criminelle, qui, dans un arrêt du 19 novembre 2003 (Bull. crim. nº 217) avait admis de manière implicite la recevabilité devant le juge pénal de l'exception d'irrégularité de la procédure suivie devant la commission de conciliation et d'expertise douanière.

Droits – Remboursement de droits indûment acquittés – Prescription – Délai – Point de départ – Décision juridictionnelle ayant révélé le défaut de validité du texte fondant la perception – Notion

Chambre commerciale, 12 juillet 2005 (Bull. nº 167)

La Cour de cassation a précisé le point de départ du délai de trois ans dans lequel la personne qui a indûment acquitté des droits et taxes nationaux peut en obtenir le remboursement, en application de l'article 352 du Code des douanes, dans le cas où sa demande de remboursement est fondée sur un défaut de validité du texte fondant la perception de ces droits et taxes révélé par une décision juridictionnelle, au sens de l'article 352 ter du même code.

Il résulte de l'article 352 que le point de départ de ce délai court à compter du paiement. La Cour de cassation a toutefois jugé que lorsque le défaut de validité du texte sur lequel la taxe est fondée a été révélé par une décision juridictionnelle, le délai court à compter de cette décision (Com., 24 avril 1985, Bull. nº 129 ; Com., 18 avril 2000, Bull. nº 109).

Dans une affaire dans laquelle il était soutenu que la décision juridictionnelle qui avait révélé le défaut de validité de l'octroi de mer était un arrêt prononcé par une cour d'appel, la Chambre commerciale, transposant en matière douanière sa jurisprudence fiscale, a rejeté ce moyen. Elle a jugé que, dans les matières soumises à la compétence de l'ordre judiciaire, la décision juridictionnelle ayant révélé ce défaut de validité devait, pour constituer le point de départ de la prescription, avoir été rendue par la Cour de justice des Communautés européennes ou par la Cour de cassation.

Saisie – Saisie non fondée – Annulation de la saisie pour irrégularité de procédure – Portée
Compétence – Tribunal d'instance – Cas – Action en responsabilité de l'administration du fait de ses employés

Chambre commerciale, 11 octobre 2005 (Bull. nº 207)

Conformément à la jurisprudence du Tribunal des conflits en la matière (TC, 24 octobre 1994, nº 02934), la Cour de cassation a jugé que les tribunaux d'instance, qui connaissent des contestations concernant le paiement ou le remboursement des droits, des oppositions à contrainte et des autres affaires de douanes n'entrant pas dans la compétence des juridictions répressives, sont compétents pour connaître des demandes fondées sur les articles 401 et suivants du Code des douanes, relatifs à la responsabilité de l'administration des douanes du fait de ses employés, dans l'exercice et pour raison de leurs fonctions.

En l'espèce, l'administration avait procédé à la saisie de marchandises importées. Le dirigeant de la société importatrice avait été poursuivi devant le tribunal correctionnel du chef d'importation sans déclaration de marchandises prohibées, mais la procédure douanière avait été annulée et le dirigeant relaxé au motif que la présence d'un officier de police judiciaire n'était pas mentionnée dans le procès-verbal de saisie.

La société et son dirigeant ont engagé contre l'administration des douanes une action en paiement d'une somme représentant 1 % par mois de la valeur des objets saisis, en application de l'article 402 du Code des douanes, qui ouvre droit à un tel intérêt d'indemnité lorsqu'une saisie opérée en vertu de l'article 323-2 du Code des douanes n'est pas fondée.

Retenant que l'annulation d'une saisie en raison d'une irrégularité de procédure n'implique pas que celle-ci n'était pas fondée, au sens de l'article 402, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir rejeté la demande d'indemnisation.

Droits – Recouvrement – Action civile – Prescription – Délai – Interruption – Causes – Détermination

Chambre commerciale, 22 novembre 2005 (pourvoi nº 04-12 653)

La Chambre commerciale a jugé que le procès-verbal des douanes consignant la transmission, par les autorités douanières de l'Etat d'exportation, du courrier invalidant les certificats d'origine des marchandises importées interrompait la prescription triennale de l'action en paiement des droits de douanes introduite contre l'importateur pour les faits qu'il concernait, même si, dans le cadre de la procédure de recours devant la commission de conciliation et d'expertise douanière, l'administration des douanes avait déjà informé cet importateur de l'existence et du contenu de ce courrier.

H. Protection des consommateurs

Surendettement – Procédure – Demande d'ouverture – Recevabilité – Conditions – Bonne foi – Appréciation – Nouvelle demande – Omission de déclaration au cours d'une précédente demande

2e chambre civile, 20 octobre 2005 (Bull. no 270)

Selon l'article L. 333-2 du Code de la consommation, est déchu du bénéfice de la procédure de traitement du surendettement le débiteur qui fait sciemment de fausses déclarations ou remet des documents inexacts. Ce texte permet de sanctionner un débiteur qui aurait omis de déclarer à la commission de surendettement l'un de ses créanciers, mais à condition, est venue préciser la Première chambre civile (11 octobre 1994, Bull no 288), que soit établi que cette omission a été délibérée pour lui permettre d'obtenir le bénéfice de la procédure.

A contrario, l'omission de bonne foi d'une créance ne peut justifier la déchéance du débiteur. Mais pour autant, autorise-t-elle celui-ci à former une demande ultérieure pour permettre d'appliquer à la créance omise l'une des mesures de traitement prévues à l'article L. 331-7 ? Autrement dit, si seule l'omission de mauvaise foi est sanctionnée, peut-on en déduire que le débiteur peut se prévaloir de son omission faite de bonne foi pour obtenir le réexamen de sa situation de surendettement ?

Telle était la question posée dans cette affaire à la Deuxième chambre civile par un débiteur qui reprochait à un juge de l'exécution de lui avoir refusé l'ouverture d'une nouvelle procédure de traitement de sa situation de surendettement pour permettre la prise en compte d'une dette qu'il avait omise de déclarer lors de l'examen d'une précédente demande.

La décision du juge de l'exécution pouvait paraître justifiée au regard de l'article L. 331-8 qui dispose que « *les mesures recommandées en application de l'article L. 331-7 et rendues exécutoires par application de l'article L. 332-1, ne sont pas opposables aux créanciers dont l'existence n'aurait pas été signalée par le débiteur et qui n'auraient pas été avisés par la commission* ». Il peut en effet s'en déduire que si le législateur a bien envisagé l'hypothèse dans laquelle l'un des créanciers aurait été omis de bonne foi, il n'a pas pour autant cru devoir instituer dans ce cas au profit du débiteur la possibilité de « rattraper » cette omission en déposant une nouvelle demande. Par conséquent, si l'omission non fautive ne provoque pas la déchéance du débiteur, elle ne l'autorise cependant pas à obtenir une modification du plan qui n'est pas opposable au créancier omis.

Une telle solution, rigoureuse, n'est pas cependant sans conséquence fâcheuse au regard de l'objectif poursuivi par la loi. Le débiteur, qui n'est pas de mauvaise foi, n'est certes pas déchu de la procédure. Mais il ne peut cependant se prévaloir de sa propre négligence pour former une nouvelle demande, de sorte que le créancier omis peut procéder à des voies d'exécution sur ses biens et l'empêcher d'exécuter son plan de redressement, au préjudice aussi des autres créanciers.

Or s'il est vrai que le Code de la consommation a bien prévu l'hypothèse qu'un débiteur ait, éventuellement de bonne foi, omis de déclarer une créance, il n'en demeure pas moins qu'aucune disposition n'interdit, dans une telle d'hypothèse, au débiteur de former une nou-

velle demande pour, en quelque sorte, régulariser sa déclaration initiale. Bien au contraire, en prévoyant que la commission pouvait faire publier un appel aux créanciers (article L. 331-3 alinéa 5), le législateur, tenant compte de ce que nombre de débiteurs en situation de surendettement n'étaient pas en mesure de connaître le nombre exact de leurs créanciers, soit en raison de leur multiplicité, soit en raison de leur faiblesse psychologique ou économique, a nécessairement admis que la commission pouvait d'elle-même suppléer la carence du débiteur en ajoutant à la liste dressée par lui des créanciers qui auraient été omis.

C'est aussi parce qu'il n'entendait pas sanctionner les erreurs faites de bonne foi par les débiteurs dans leur déclaration initiale que le législateur ne sanctionne de la déchéance que les fausses déclarations faites *sciemment*.

Par ailleurs, et ainsi que la Première chambre civile a déjà eu l'occasion de l'affirmer, la procédure de surendettement est une procédure collective qui saisit le juge de l'ensemble des dettes du débiteur, de sorte qu'il n'appartient pas à celui-ci, même avec l'accord du créancier, d'en exclure l'une d'entre elles (1re Civ., 2 juin 1993, Bull nº 199).

C'est au regard de ces considérations que la Deuxième chambre civile a cassé la décision du juge de l'exécution, qui en fin de compte, ne pouvait qu'aboutir à l'échec du premier plan de redressement.

Ainsi, en considérant que le juge de l'exécution avait violé l'article L. 330-1 du Code de la consommation en déclarant irrecevable la demande du débiteur par un motif inopérant tiré de sa seule négligence, la Deuxième chambre civile admet implicitement la possibilité d'intégrer au sein du plan une dette qui aurait été fortuitement omise lors de la déclaration initiale.

Association de défense des consommateurs – Action en justice – Action en suppression de clauses abusives – Intérêt collectif des consommateurs – Préjudice direct ou indirect – Action en réparation – Contrats proposés à des particuliers

1e chambre civile, 1er février 2005 (Bull. nº 59)

La transposition de l'article 4 de la directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en matière de protection des consommateurs et modifiant les dispositions de l'article L. 421-6 du Code de la consommation, permet aux organisations de consommateurs agréées d'agir devant la juridiction civile de manière autonome afin de : « *faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1er de la directive précitée.* »

Ces directives protègent les intérêts des consommateurs et à cette fin : « *le juge peut ordonner la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur* ».

Depuis un arrêt du 15 octobre 1999 (1re Civ., Bull nº 260), rendu au double visa des articles L. 421-1 et L. 421-6 du Code de la consommation, les associations de consommateurs agréées sont en droit de demander devant les juridictions civiles, outre la suppression des clauses abusives, la réparation des dommages consécutifs au préjudice direct ou indirect porté à l'intérêt collectif des consommateurs, même si les dispositions de l'article L. 421-6 sus-visé, dans sa

rédaction issue de la loi du 1er février 1995, ne le prévoyaient pas davantage expressément que les dispositions précitées.

La Cour de cassation a confirmé cette position dans un arrêt rendu le 21 octobre 2003, (1re Civ., pourvoi nº 01-13 239) ayant censuré une cour d'appel qui, pour débouter une association de consommateurs de sa demande en dommages-intérêts, avait relevé que cette association agissait sur le seul fondement de l'article L. 421-6 du Code de la consommation.

Une association de consommateurs qui sollicitait, outre la suppression de 23 clauses dans un contrat d'abonnement de télésurveillance proposé tant pour la protection de locaux professionnels qu'à usage d'habitation, l'octroi de dommages-intérêts en réparation de son préjudice collectif, a été déboutée de ses demandes par la cour d'appel au double motif que la société de télésurveillance proposait dans une nouvelle version établie en cours d'instance un contrat réservé aux seuls professionnels et qu'il n'était pas établi que le contrat litigieux initialement destiné aux particuliers leur eût été effectivement proposé.

La Première chambre civile a confirmé cette décision :
– le contrat litigieux initialement destiné aux particuliers n'étant plus proposé qu'à des professionnels, la demande en suppression de clauses abusives, initialement recevable, était devenue sans objet,
– à défaut de preuve que le contrat eût été proposé à des particuliers postérieurement à l'introduction de l'instance, la demande en dommages-intérêts tendant à la réparation du préjudice prétendument causé à l'intérêt collectif des consommateurs était sans fondement.

L'arrêt de la CJCE du 24 juin 2002 (Commission C/ Italie, C -372/92), ayant souligné le caractère également préventif de l'action en suppression de clauses abusives, laquelle est recevable indépendamment de l'utilisation effective de celles-ci, la Première chambre civile rappelle que la demande en suppression était initialement recevable, mais qu'à la suite de la modification du contrat type qui n'était plus destiné qu'aux professionnels, une telle action était devenue sans objet, la société de télésurveillance ayant d'elle-même procédé à la suppression sollicitée.

La Cour de cassation qui examine ensuite le bien-fondé de la demande en dommages-intérêts, admet ainsi qu'un préjudice collectif indemnisable antérieur puisse être démontré même si les clauses litigieuses sont supprimées à l'avenir, mais limite cette possibilité en exigeant que de tels contrats aient été effectivement proposés.

Cette décision est à rapprocher d'un arrêt rendu le même jour (1re Civ., Bull. nº 63).

Dans cette espèce, la cour d'appel, qui avait donné satisfaction à une association de consommateurs quant à son action en suppression de clauses abusives, avait également débouté l'association de sa demande de dommages-intérêts, au motif : « qu'en l'absence de décision déclarant certaines clauses abusives, le professionnel n'avait pas commis de faute de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs. »

La Première chambre civile répond que « la stipulation de clauses abusives constitue en elle-même une faute de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs. »

Il convient de souligner que les deux espèces divergent en ce que, d'une part, les clauses litigieuses existaient encore au jour où les juges ont statué dans la seconde espèce, contrairement à la première, et surtout en ce qu'il n'était pas contesté qu'elles eussent été proposées à des particuliers, la cour d'appel ayant à tort uniquement relevé qu'en l'absence de reconnaissance préalable du caractère abusif de telles clauses, aucune faute n'était démontrée à l'encontre du professionnel.

La Cour de cassation, qui confirme que l'action en suppression de clauses abusives initialement recevable devient sans objet dès lors que le contrat les contenant n'est plus proposé aux consommateurs (1re Civ., 13 mars 1996, Bull. nº 134), limite l'indemnisation du préjudice porté à l'intérêt collectif des consommateurs à la preuve de l'utilisation effective de telles clauses.

Clauses abusives – Domaine d'application – Contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs – Professionnel – Définition – Personne morale (non) – Exclusion – Cas – Contrat avec une personne morale agissant en qualité de professionnel

1e chambre civile, 15 mars 2005 (Bull. nº 135)

Dans cette affaire, la Cour de cassation a, pour la première fois, expressément jugé que les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, issues de la loi du 1er février 1995 qui a transposé la directive CEE nº 93-13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs – ladite directive étant applicable aux contrats conclus après le 31 décembre 1994 – étaient applicables à une personne morale. On sait que, sous l'empire de l'ancien article L. 132-1, en sa rédaction issue de la loi du 10 janvier 1978, la Cour de cassation avait accordé le bénéfice de ces dispositions aussi bien aux personnes morales qu'aux personnes physiques (Civ, 1re, 23 février 1999, Bull. nº 59 ; 5 mars 2002, Bull. nº 78 et JCP 2002, nº 31-35, p. 1459-1461, note Paisant). Cependant, compte tenu de la définition donnée du consommateur et du professionnel par la directive, en son article 2 selon lequel : « *b) consommateur : toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ; c) professionnel : toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée* », la Cour de Justice des communautés européennes avait, sur la question préjudicielle d'une juridiction italienne, dit pour droit que : « *La notion de consommateur, telle que définie à l'article 2, sous b), de la directive nº 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement des personnes physiques* » (CJCE, 22 novembre 2001 – Dalloz 2002, cahier droit des affaires, nº 1, AJ, p. 90, obs. Céline Rondey ; RTDC 2002, p. 397 ; JCP 2002, II, 10047, note Paisant).

Il s'agissait donc de savoir si le législateur français pouvait, lors de la transposition, procéder à l'adjonction de la notion de « non-professionnel » et, le cas échéant, si cette notion, reliée au terme « consommateur » par la conjonction « ou », recouvrait une simple synonymie, auquel cas, eu égard à l'objectif de la législation communautaire, elle tendait à la protection des seules personnes physiques n'entrant pas nécessairement sous le vocable de consommateur (ex. épargnants, artisans), ou bien si la notion de non-professionnel devait s'entendre par opposition à la définition du

professionnel, ci-dessus rappelée, et s'appliquer à toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la directive, n'agit pas dans le cadre de son activité professionnelle.

L'obligation de transposer une directive se traduit essentiellement par « l'obligation de respecter, lors de l'opération de transposition, le sens des termes et des notions employés par la directive, de façon à garantir une interprétation et une application uniforme du texte dans les différents Etats membres, nonobstant les différences sémantiques et conceptuelles existant entre les systèmes juridiques nationaux » (Denys Simon, Le système juridique communautaire, p. 330, nº 267) et par « l'obligation d'atteindre effectivement le résultat prescrit par la directive » (idem), ce qui implique que les adjonctions du législateur national n'aboutissent pas à des risques de distorsions de concurrence.

La directive dont s'agit tendait à réaliser une harmonisation minimale, la faculté étant laissée aux Etats membres d'adopter une législation plus protectrice pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur.

Dans ce contexte, dans le respect de la jurisprudence de la CJCE, et pour maintenir la cohérence avec sa propre jurisprudence antérieure aussi bien que pour respecter l'intention du législateur de ne pas, à l'occasion de la transposition, intégrer dans notre ordre juridique des dispositions plus restrictives, donc moins protectrices, que celles jusqu'alors applicables, la Cour de cassation a considéré que la notion de non-professionnel était une notion distincte de celle de consommateur et, partant, pouvait être interprétée comme s'appliquant aux personnes morales.

Il en résultait, en l'espèce, que le syndicat départemental de contrôle laitier de Mayenne pouvait, a priori, invoquer le bénéfice des dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Encore fallait-il, toutefois, qu'en concluant le contrat litigieux, il n'ait pas agi dans le cadre de son activité professionnelle. Une jurisprudence constante écarte en effet l'application de ce texte lorsque le contrat a été souscrit dans et est en rapport avec l'exercice de l'activité professionnelle du contractant qui invoque le bénéfice de ses dispositions (1re Civ., 22 mai 2002, Bull. nº 143 ; 5 mars 2002, Bull. nº 78 ; 23 mars 1999, Bull. nº 106). Or, il était acquis que le syndicat départemental de contrôle laitier de Mayenne, syndicat professionnel constitué entre éleveurs, dont l'objet social était d'effectuer les opérations de contrôle de performance, d'état civil et d'identification des animaux, avait conclu le contrat de location de matériel informatique avec option d'achat, objet du litige, dans le cadre et pour les besoins de son activité.

Acte sous seing privé – Engagement de payer une somme d'argent – Teneur de la mention manuscrite

1re chambre civile, 25 mai 2005 (Bull. nº 228)

Depuis un arrêt du 19 décembre 1995 (Bull. nº 467), une jurisprudence constante de la Première chambre civile posait en principe que « *l'omission de la mention manuscrite en chiffres exigée par l'article 1326 du Code civil n'a pas pour effet de priver l'écrit de sa force probante dès lors qu'il comporte la mention de la somme en toutes lettres* » (dans le même sens, v. p. ex. Civ. 1re, 19 novembre 2002, Bull. nº 278).

Reste que cette jurisprudence semblait propre à la reconnaissance de dette.

En effet, la Première chambre civile, dans un arrêt du 13 novembre 1996 (Bull. nº 393), donc postérieur à l'arrêt inaugurant la jurisprudence relative à la teneur de la mention manuscrite en matière de reconnaissance de dette, avait censuré une cour d'appel qui, saisie d'une contestation relative à la force probante attachée à la mention manuscrite d'une somme en lettres, apposée sur un acte de cautionnement, avait retenu « *qu'en application de l'article 1326 du Code civil, en cas de différence entre la somme écrite en toutes lettres et en chiffres, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres et qu'en l'espèce la somme n'ayant pas été reproduite en chiffres, »l'engagement vaut pour la somme écrite en toutes lettres«* . Bien qu'elle semblât s'inscrire dans le fil du raisonnement retenu par l'arrêt précité du 19 décembre 1995, cette démonstration n'avait pas été admise par la Première chambre civile au motif »*qu'en l'absence de mention de la somme écrite en chiffres l'acte sous seing privé était irrégulier et ne pouvait constituer qu'un commencement de preuve par écrit de l'engagement de la caution*« .

Et la Deuxième chambre civile, saisie accessoirement de la même question, y avait apporté une réponse identique, dans un arrêt du 27 juin 2002 (Bull. nº 147) énonçant « *qu'ayant par ailleurs constaté que l'acte de cautionnement ne comportait pas, écrite en chiffres, la mention du montant de l'engagement, la cour d'appel a exactement retenu que cet acte constituait un commencement de preuve par écrit* ».

Usant d'un *obiter dictum*, l'arrêt commenté met fin à cette lecture à géométrie variable de l'article 1326 du Code civil. Ainsi, appelée à se prononcer sur la force probante d'un acte sous seing privé de cautionnement comportant une mention manuscrite indiquant exclusivement le montant en lettres de la somme cautionnée, la Première chambre civile a jugé que « *faute d'indication, dans ladite mention, du montant en chiffres de* [cette] *somme, l'acte litigieux, **comme tout acte par lequel une partie s'engage unilatéralement envers une autre à lui payer une somme d'argent**, ne pouvait constituer qu'un commencement de preuve par écrit de ce cautionnement* ».

I. Cautionnement

Cautionnement – Extinction – Causes – Subrogation rendue impossible par le créancier – Fait du créancier – Applications diverses – Renonciation du créancier au bénéfice du gage

(Chambre mixte, 10 juin 2005, Bull. nº 5 ; BICC nº 623, p. 44, rapport de M. Cachelot et avis de M. de Gouttes)

Une banque avait consenti à une société un prêt destiné à financer l'acquisition de matériel et d'outillage, garanti dans le même acte par un nantissement sur ces biens et par un cautionnement.

La société ayant été mise en liquidation judiciaire, la banque a assigné la caution en paiement.

Reprochant à la cour d'appel d'avoir rejeté sa demande sur le fondement de l'article 2037 du Code civil, la banque a soutenu devant la Cour de cassation qu'elle n'avait pas commis de faute en ne demandant pas l'attribution judiciaire de son gage dans le cadre de la procédure collective dans la mesure où cette demande d'attribution ne constituait pour elle qu'une simple faculté.

Mais, dès lors que l'arrêt attaqué avait retenu que la banque avait, au cours de la procédure collective, renoncé au bénéfice de son gage, la Chambre mixte, n'a pu, en application d'une jurisprudence constante (en dernier lieu 1re Civ. 6 juin 2001, Bull. nº 161) qu'approuver la cour d'appel d'en avoir déduit que la caution était déchargée de son obligation et ce, sans pouvoir trancher, pour des raisons tenant à la technique de cassation, la question controversée en doctrine et en jurisprudence de savoir si le défaut d'exercice par le créancier de la faculté de demander l'attribution judiciaire du gage pouvait emporter décharge de la caution.

Etendue – Changement dans la personne du créancier – Portée

Chambre commerciale, 8 novembre 2005 (pourvoi nº 01-12 896)

Par cet arrêt la Chambre commerciale tire les conséquences de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 6 décembre 2004 (Bull. nº 14) statuant sur la question de la transmission du cautionnement garantissant le paiement des loyers, lorsque l'immeuble loué est cédé.

Par un arrêt du 26 octobre 1999 (Bull. nº 184) la Chambre commerciale avait, au visa de l'article 2015 du Code civil, décidé que le cautionnement solidaire du paiement des loyers par un locataire ne peut, en cas de vente de l'immeuble loué, être étendu en faveur du nouveau bailleur, à défaut de volonté de la part de la caution de s'engager envers ce dernier.

La cour d'appel de renvoi n'ayant pas appliqué ce principe, l'affaire a été examinée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, laquelle, par un arrêt du 6 décembre 2004 précité, a jugé que par l'effet combiné de l'article 1743 et des articles 1692, 2013 et 2015 du Code civil, en cas de vente de l'immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire, en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur.

L'affaire dans laquelle la Chambre commerciale a ici statué ne concernait pas la vente de l'immeuble, mais sa transmission dans le cadre d'une fusion-absorption de la société qui en était propriétaire. La Chambre commerciale s'est donc interrogée sur le point de savoir si le principe énoncé par l'Assemblée plénière devait être appliqué à ce mode de transmission.

La fusion-absorption a pour effet, aux termes de l'article L. 236-3 du Code de commerce, la transmission universelle du patrimoine de l'absorbée à l'absorbante, dans l'état où il se trouve au jour de la fusion. Cette opération opère donc la transmission de l'immeuble ainsi que des contrats y afférents. Cependant, à la différence de ce qui se passe en cas de vente de l'immeuble loué, où le cautionnement est transmis en vertu de son caractère accessoire au contrat de bail, dans le cas de la fusion absorption, conclu entre le propriétaire et la caution, le cautionnement, tout en étant l'accessoire du contrat principal, figure en tant que tel dans le patrimoine du propriétaire et se trouve donc transmis de plein droit par l'opération de fusion-absorption. C'est la raison pour laquelle, en l'espèce, l'arrêt n'a pas fait référence au caractère accessoire du cautionnement comme l'Assemblée plénière l'a fait dans son arrêt du 6 décembre 2004.

S'agissant de l'application de l'article 2015 du Code civil au visa duquel son arrêt du 26 octobre 1999 avait été rendu, la Chambre commerciale a faite sienne l'analyse de l'Assemblée plénière au terme de laquelle le changement de créancier propriétaire de l'immeuble n'a pas pour effet, en soi, d'accroître l'engagement de la caution des loyers.

Etendue – Dettes d'une société – Dissolution – Dissolution par fusion – Prêt conclu antérieurement – Dette exigible postérieurement

Chambre commerciale, 8 novembre 2005 (pourvoi nº 02-18 449)

Cette affaire relative à la transmission d'un cautionnement du paiement de loyers dans le cadre d'une fusion-absorption du locataire de l'immeuble, a conduit la Chambre commerciale à préciser à quelle date naissait la créance des loyers dus en exécution d'un bail. De longue date, la jurisprudence est fixée concernant le sort de la caution, lorsque le contrat principal est transmis, notamment dans le cadre d'une fusion-absorption : en cas de fusion de sociétés donnant lieu à la formation d'une personne morale nouvelle, l'obligation de la caution qui s'est engagée envers l'une des sociétés fusionnées demeure pour les créances dont la société était titulaire lors de la fusion. (En ce sens voir notamment : Com., 17 juillet 1990, Bull. nº 216, reprenant une jurisprudence constante, notamment, 20 janvier 1987, Bull. nº 20 et 25 octobre 1983, Bull. nº 274 ; 10 octobre 1995, Bull. nº 224 ; 23 mars 1999, Bull. nº 69 ; 21 janvier 2003, Bull. nº 9).

Ce principe conduit à rechercher le moment où la créance naît dans le patrimoine de la personne morale qui fait l'objet d'une fusion-absorption, ce qui peut poser des difficultés s'agissant de contrats à exécutions successives, comme le bail.

À de nombreuses reprises, la Première chambre civile a précisé que les obligations contractuelles prennent naissance, sauf convention contraire, au jour de la conclusion du contrat et non au jour de leur exécution (1re Civ., 16 juillet 1986, Bull. nº 212). Elle a appliqué ce principe, notamment, en matière de crédit-bail : 16 décembre 1986, Bull. nº 299 et de bail immobilier : 4 octobre 1989, Bull. nº 303.

La Chambre commerciale a, pour sa part, adopté la même analyse, notamment en matière de location de matériel (4 juin 2002, non publié, pourvoi nº 98-23 280), de prêt (17 juillet 2001, Bull. nº 139 ; 19 novembre 2002, Bull. nº 175 et 21 janvier 2003, Bull. nº 9).

Par cet arrêt, la Chambre commerciale a appliqué les mêmes principes à la créance de loyers.

Procédures collectives – Mesures conservatoires contre la caution personnelle, Personne physique – Redressement judiciaire du débiteur principal – Suspension des poursuites individuelles

Chambre commerciale, 24 mai 2005 (Bull. nº 111)

Dans ces deux arrêts, la Chambre commerciale énonce qu'en application de l'article 215 du décret du 31 juillet 1992, si ce n'est dans le cas où elle été pratiquée avec un titre exécutoire, le créancier qui a été autorisé à pratiquer une mesure conservatoire contre une caution personnelle personne physique doit, dans le mois qui suit l'exécution de la mesure, à peine de caducité, introduire une procédure ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire, même si le débiteur principal a fait l'objet d'un jugement de redressement judiciaire. Dans ce cas, l'instance ainsi engagée est suspendue jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation judiciaire du débiteur principal.

Selon les articles L. 621-48, alinéas 2 et 3 du Code de commerce, le jugement d'ouverture du redressement judiciaire suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation judiciaire « toute action » contre les cautions personnelles personnes physiques. Les créanciers peuvent cependant prendre des mesures conservatoires.

La Chambre commerciale a été saisie de la question de l'harmonisation de ces dispositions avec celles de l'article 215 du décret du 31 juillet 1992 qui prévoit que, lorsqu'une mesure conservatoire a été pratiquée, le créancier doit, dans le mois qui suit l'exécution de la mesure, à peine de caducité, introduire une procédure ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire. Comment concilier cette exigence et la suspension des poursuites dont profite la caution ?

Il convenait de s'interroger sur le point de savoir si c'est ce délai lui-même qui se trouve suspendu, ou bien si le créancier doit agir dans le délai d'un mois, l'instance ainsi ouverte devant être déclarée suspendue par l'effet du jugement d'ouverture du redressement judiciaire.

C'est cette dernière option qui a été retenue par la Chambre commerciale. Cette position a été commandée par la lecture des dispositions de l'article 70-1 du décret du 27 décembre 1985. En effet, ce texte énonce que « les instances ou les voies d'exécution suspendues en application du deuxième alinéa de l'article 55 de la loi du 25 janvier 1985 – devenu l'article L. 621-48, alinéa 2, du Code de commerce – sont poursuivies à l'initiative des créanciers bénéficiaires de cautionnements personnels ». Surtout, le second alinéa de l'article 70-1 précité autorise le créancier à pratiquer une mesure conservatoire contre la caution personnelle, personne physique, « dans les conditions prévues aux articles 210 et suivants du décret du 31 juillet 1992 », c'est-à-dire à la section I du chapitre I du titre X consacré aux conditions de validité de la mesure (articles 210 à 216) et notamment à l'article 215 du décret qui fixe les délais de saisine de la juridiction du fond.

Adoptant la même position que la Deuxième chambre civile le 30 avril 2002 (Bull. nº 85), la Chambre commerciale a considéré que la solution qui s'induit des textes constitue une dérogation au principe de l'article L. 621-48 du Code de commerce, selon lequel toute action contre la caution est suspendue, qui permet de saisir la juridiction du fond dans les délais de l'article 215 du décret du 31 juillet 1992 précité. Mais l'instance ainsi ouverte doit être suspendue jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation judiciaire.

La chambre a, par ailleurs, rappelé une solution déjà adoptée dans un arrêt du 10 mars 2004 (Bull. nº 50) que l'action régulièrement engagée par le créancier contre la caution, et suspendue par l'effet du jugement d'ouverture du redressement judiciaire du débiteur principal, peut être reprise sans nouvelle assignation après le jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation judiciaire.

Cautionnement – Compensation – Effets entre cofidéjusseurs solidaires

Chambre commerciale, 13 décembre 2005 (pourvoi nº 04-19 234)

Plusieurs cautionnements solidaires avaient été consentis en garantie d'un prêt. Sur assignation du créancier, les cautions ont été condamnées à exécuter leurs engagements, l'une des cautions obtenant cependant, sur demande reconventionnelle, sa décharge par compensation

entre sa dette et une créance de dommages et intérêts accordés par le tribunal au titre de la responsabilité civile engagée par l'établissement de crédit à l'endroit de cette caution. Agissant en vertu de cette décision, devenue irrévocable, la banque a fait délivrer aux autres cautions un commandement aux fins de saisie-vente. Ces dernières ont saisi le juge de l'exécution, en invoquant une exception de compensation.

Les cofidéjusseurs solidaires pouvaient-ils se prévaloir de la compensation des créances réciproques intervenue au profit de l'un d'eux ? La cour d'appel avait cru pouvoir refuser le bénéfice de cette compensation aux cautions qui n'en avaient pas bénéficié directement dans leurs rapports avec le prêteur, aux motifs que la compensation opérée n'était pas inhérente à l'ensemble de la dette, mais seulement à l'engagement souscrit par la caution à l'endroit de laquelle la banque avait commis une faute.

La Chambre commerciale censure cette décision au visa de l'article 1234 du Code civil, selon lequel la compensation est une cause d'extinction des obligations. L'arrêt affirme le principe que si la caution solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son cofidéjusseur, elle peut se prévaloir de l'extinction totale ou partielle, par compensation, de la dette garantie. Il convient donc de distinguer deux hypothèses. La caution solidaire, comme le débiteur principal, poursuivie par le créancier, ne peut opposer à ce dernier la compensation de ce que celui-ci peut devoir à un cofidéjusseur. En d'autres termes, la caution solidaire ne peut déclencher le mécanisme de la compensation dans les rapports du créancier avec une autre caution. En revanche, la caution solidaire doit pouvoir invoquer, comme le débiteur principal, l'effet extinctif d'une compensation qui a déjà été opposée avec succès au créancier par un cofidéjusseur, la compensation valant paiement. Ce cofidéjusseur étant censé avoir payé l'obligation principale garantie, le créancier ne saurait poursuivre son action contre les autres cautions (et obtenir ainsi un second paiement).

Cet arrêt revient sur la solution contraire que la chambre avait adoptée dans une décision du 8 décembre 1998 (pourvoi n° 96-12 481).

Porte-fort – Engagement de porte-fort – Porte-fort sûreté – Qualification – Effets – Etendue

Chambre commerciale, 13 décembre 2005
(en cours de publication, pourvoi n° 03-19 217)

L'arrêt rapporté constitue une illustration de la distinction qui doit s'opérer entre deux formes de « porte – fort ».

Le porte-fort dit classique est un engagement autonome tendant à obtenir la ratification par un tiers de l'engagement ou de l'acte juridique que le porte-fort a promis pour lui. Les obligations sont alors alternatives : l'acceptation du tiers libère le porte-fort et la responsabilité de ce dernier ne peut être engagée qu'en l'absence de ratification par le tiers (Com., 25 janvier 1994, Bull. n° 34 ; 1re Civ., 25 janvier 2005, Bull. n° 43).

Le porte-fort sûreté est celui par lequel celui qui se porte fort promet l'exécution d'un engagement par un tiers, la promesse de porte-fort est alors un engagement accessoire à celui du débiteur et supprime le caractère alternatif du droit du créancier. Les obligations se cumulent.

Succédané du cautionnement, il y a lieu en ce cas de vérifier si l'engagement respecte les dispositions de l'article 1326 du Code civil.

J. Professions

1. Agent commercial

Commission – Créance de commission – Redressement judiciaire du mandant – Fait générateur

Chambre commerciale, 15 novembre 2005 (pourvoi nº 03-13 261)

La question de la date de naissance des créances est une question récurrente en matière de procédures collectives car elle commande la distinction entre les créanciers antérieurs et postérieurs à l'ouverture de la procédure collective et le régime du règlement des créances.

Aux termes de l'article L. 621-43 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, à partir de la publication du jugement, tous les créanciers, à l'exception des salariés, dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture (désormais, « dont la créance **est née** antérieurement au jugement d'ouverture », selon l'article L. 622-24 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005) doivent adresser leur déclaration de créance au représentant des créanciers.

Dans le présent arrêt, la Chambre commerciale se prononce, pour la première fois, sur le fait générateur d'une créance de commissions due à un agent commercial. Celui-ci se situe au moment où le cocontractant se trouve lié au mandant, conformément à l'article L. 134-6 du Code de commerce, lequel fixe le droit à commission « pour toute opération commerciale conclue pendant la durée du contrat d'agence ». Il en résulte que l'agent commercial a l'obligation de déclarer ses créances de commissions, même non exigibles au jour du jugement d'ouverture du redressement judiciaire du mandant, dès lors qu'elles correspondent à des affaires conclues avant ce jugement, peu important qu'à cette date l'opération n'ait pas été exécutée ou que le client n'ait pas payé. En la matière, la Chambre commerciale applique donc le principe selon lequel la date de naissance de la créance est celle de la conclusion du contrat entre les parties, ce qui reflète une vision consensualiste du contrat.

2. Expert comptable et comptable agréé

Secret professionnel – Etendue – Fait connus dans l'exercice de ses fonctions – Caractère absolu – Portée

Chambre commerciale 8 février 2005 (Bull. nº 22)

La Chambre commerciale a refusé d'entériner, au regard de l'obligation au secret professionnel auquel est tenu l'expert-comptable, la distinction retenue par une cour d'appel entre les missions relevant de la compétence exclusive de l'expert-comptable, impliquant un secret absolu, et celles pouvant être exécutées par un professionnel non expert-comptable, qui ne seraient soumises qu'à une obligation de discrétion.

La Chambre commerciale décide que « quel que soit l'objet de la mission dont il est chargé par contrat, l'expert comptable est tenu à un secret professionnel absolu à raison des faits qu'il n'a pu connaître qu'en raison de la profession qu'il exerce ».

La solution s'inscrit dans la lignée de Crim. 24 janvier 1957, Bull. nº 86, décidant que la disposition de l'article 378 du Code pénal sur le secret professionnel est générale et absolue.

La pertinence du conseil dépend, en effet, de la pleine connaissance des éléments nécessaires, et donc de l'absence de toute réticence de la part du client, et il faut en outre tenir compte du fait que les seules dérogations au caractère absolu du secret professionnel de l'expert-comptable sont apportées par la loi.

K. Divers

Electricité – Commission de régulation de l'énergie – Décision – Recours – Pourvoi en cassation – Observations faites par la commission – Recevabilité – Non

Chambre commerciale, 22 février 2005 (Bull. nº 31)

Cet arrêt affirme qu'aucun texte ni principe n'habilite la Commission de régulation de l'énergie à présenter des observations sur le pourvoi formé contre l'arrêt rendu à la suite du recours formé contre l'une de ses décisions, rappelant ainsi que l'existence d'un texte particulier, tel qu'il en existe pour d'autres autorités administratives indépendantes, est impérative à cet égard, les règles générales de procédure ne permettant pas, dans le cas contraire, de recevoir de telles observations.

Mandat commercial – Mandataire – Responsabilité – Action en justice – Prescription – Délai – Détermination

Chambre commerciale, 27 septembre 2005 (Bull. nº 187)

La responsabilité du mandataire commerçant se prescrit par dix ans à compter de la réalisation du dommage, et les juges du fond ne peuvent déclarer prescrite l'action en réparation du dommage pouvant résulter du dépassement de mandat allégué par le mandant, sans caractériser, à la date qu'ils retiennent comme étant celle du point de départ du délai de prescription, la réunion des conditions d'une telle action (à rapprocher Civ. 8 décembre 1999, pourvoi nº 97-12 738).

Compensation légale – Invocation – Moment – Absence d'influence – Interaction entre compensation légale et prescription

Chambre commerciale, 30 mars 2005 (Bull nº 72)

La Chambre commerciale avait subordonné, dans un arrêt du 6 février 1996 (Bull. nº 42), l'accueil de la compensation légale soulevée par un défendeur, à son invocation par ce dernier avant que sa propre créance ne soit prescrite. Cette solution, qui heurte la lettre de l'article 1289 du Code civil comme la jurisprudence constante de la même chambre retenue en matière de procédures collectives (notamment, Com., 14 mars 1995, Bull nº 77) qui permet au créancier du débiteur en procédure collective d'opposer à ce dernier la compensation légale sans avoir à

déclarer sa créance – implicitement sans avoir à « invoquer sa créance » – a été abandonnée par un arrêt du 30 mars 2005 (Bull nº 72) qui consacre le droit pour le défendeur d'invoquer le bénéfice de la compensation légale à tout moment.

En l'espèce, la créance du défendeur était supérieure à celle du demandeur. Cette particularité singulière a permis à la Chambre commerciale d'affirmer qu'à la date de la compensation légale, la prescription de l'excédent de dette la plus élevée était interrompue. La compensation légale est un mode d'extinction de créance. Cette extinction concerne chacune des créances réciproques mais uniquement pour le montant de la créance la plus petite. La compensation n'opère pas extinction pour le surplus. Implicitement, par cette solution inédite, la Chambre commerciale écarte toute interaction entre prescription et compensation pour la part compensée des créances réciproques.

V. LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET LES ASSURANCES

La responsabilité civile

Choses dont on a la garde – Fait de la chose – Chose instrument du dommage

2e chambre civile, 24 février 2005, (Bull. no 52)
2e chambre civile, 24 février 2005, Bull. no 51)

Ces deux arrêts, rendus le même jour par la formation plénière de la Deuxième chambre civile, confirment de la manière la plus nette que la Cour de cassation entend maintenir l'exigence de la preuve du rôle causal de la chose inerte pour engager la responsabilité du gardien sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil.

Dans la première décision (pourvoi no 03-18 135), la Cour de cassation approuve une cour d'appel qui avait rejeté la demande de réparation, fondée sur l'article 1384, alinéa 1er du Code civil, d'une victime qui s'était blessée en tombant d'un tremplin dans un étang, en retenant que ce tremplin ne présentait aucun caractère d'anormalité et qu'il n'avait pas été l'instrument du dommage. Il est ainsi affirmé qu'un simple contact matériel ne suffit pas et, que pour engager la responsabilité du gardien d'une chose inerte, il appartient à la victime d'établir que la chose présente un caractère anormal ou dangereux, un vice, une défectuosité, qu'elle n'a pas eu simplement un rôle passif dans la survenance du dommage. Cet arrêt met fin aux hésitations que certaines décisions avaient pu faire naître qui, ne relevant pas expressément que la chose inerte présentait l'un de ces caractères, se bornaient à affirmer qu'elle avait été l'instrument du dommage (2e Civ., 25 octobre 2001, Bull. no 162 ; D. 2002, Jur. p. 1450, note C. Prat ; RTD Civ 2002, p. 108, Obs. P. Jourdain ; 2e Civ., 18 septembre 2003, Bull. no 287 ; JCP, 2004, Chro. G. Viney, I 101, no 5 ; JCP, 2004, Jur. p. 187, note C. Le Tertre ; D. 2004, no 1, p. 25, note N. Damas ; Resp. et Ass. no 286, note H. Groutel ; RJDA 1/04 no 111).

La deuxième décision (pourvoi no 03-13 536) met en œuvre cette exigence dans le cas particulier d'une victime qui s'était blessée en heurtant une baie coulissante vitrée dans un appartement. La Cour de cassation déduit de la seule fragilité de la vitre, « *ce dont il résultait qu'elle était anormale* », que celle-ci avait été l'instrument du dommage. La solution n'est pas nouvelle (2e Civ., 29 avril 1998, Bull. no 142 ; 2e Civ., 15 juin 2000, Bull. no 10 ; RJDA no 10/00 no 935 ; RCA 2004, Etude 14). L'idée qui la fonde est que ces choses, par hypothèse transparentes et fragiles, sont particulières : si une vitre est heurtée, c'est qu'elle était nécessairement mal placée et si elle se brise, c'est qu'elle était trop fragile.

Santé publique – Transfusions sanguines – Contamination par le virus d'immunodéficience humaine (VIH) – Indemnisation – Indemnisation par le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le VIH (FITH) – Conditions – Réalisation médicale sur la victime d'un acte de transfusion ou d'injection – Définition – Acte réalisé sur le territoire français – Portée

2e chambre civile, 3 février 2005 (Bull. no 24)

Deux citoyens grecs, l'un et l'autre hémophiles, MM. A... et I... Z... furent contaminés par le VIH en 1985 et 1986. Attribuant cette contamination à des transfusions de produits sanguins réalisées en Grèce avec des produits sanguins ou dérivés du sang exportés dans ce pays par le Centre national de transfusion sanguine (CNTS), ils ont déposé devant le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le VIH (le FITH) des demandes d'indemnisation. Celles-ci ayant été rejetées, ils ont saisi de leurs recours la cour d'appel de Paris, qui, par arrêts du 13 novembre 2003, les a déboutés de leurs demandes.

MM. Z... ont formé chacun un pourvoi en cassation, en soutenant essentiellement que le principe d'égalité et de non-discrimination en raison de la nationalité énoncés à l'article 7 du Traité de Rome, à l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et à l'article 1er du protocole additionnel à cette convention, devaient conduire à affirmer que la circonstance que l'injection des produits sanguins avait eu lieu à l'étranger ne constituait pas un critère objectif et raisonnable de discrimination et ne pouvait faire obstacle au droit de toute victime de bénéficier du dispositif d'indemnisation fondé sur la solidarité nationale française, dès lors qu'il n'était pas contesté que les produits sanguins en cause avaient été contaminés sur le territoire de la République française par suite du dysfonctionnement du système transfusionnel français.

Il s'agissait donc de savoir si l'article 47 de la loi no 91-1406 du 31 décembre 1991, devenu l'article L. 3122-1 du Code de la santé publique (CSP), énonçant que sont indemnisées dans les conditions spécifiques qu'il définit « les victimes de préjudices résultant de la contamination par le virus d'immunodéficience humaine (VIH) causée par une transfusion de produits sanguins ou une injection de produits dérivés du sang réalisée sur le territoire de la République française » était compatible, en ce qu'il réservait le droit à cette procédure particulière d'indemnisation aux seules personnes ayant reçu une transfusion ou une injection sur la base d'un critère géographique, avec les textes communautaires invoqués par le moyen.

La Deuxième chambre civile, réunie en formation plénière de chambre, répondant à cette question nouvelle, a énoncé que l'article L. 3122-1du CSP, « qui subordonne le droit à indemnisation par le FITH à la réalisation effective sur la victime d'un acte médical de transfusion ou d'injection, n'est pas applicable à la victime d'une telle contamination résultant d'une transfusion ou d'une injection réalisée sur le territoire d'un autre Etat, fût-ce avec des produits sanguins ou dérivés du sang recueillis et conditionnés en France » et qu'« en limitant ainsi le droit à indemnisation, ce texte, qui repose sur un critère objectif d'indemnisation, sans exclure, pour les victimes, quelle que soit leur nationalité, contaminées dans un autre Etat avec des produits sanguins ou dérivés du sang recueillis et conditionnés en France, le droit de réclamer réparation selon le droit commun, n'établit aucune discrimination fondée sur la nationalité et n'est pas incompatible avec les principes communautaire et conventionnel d'égalité de traitement ».

Elle a ainsi approuvé la cour d'appel d'avoir dit que M.M. Z.... ne pouvaient bénéficier du régime d'indemnisation institué par l'article L. 3122-1 du CSP en retenant à cet effet que ce texte avait institué un régime de solidarité sans distinction de l'origine nationale ou non des produits sanguins transfusés, que la transfusion sanguine se définit comme l'introduction sous pression dans le corps d'un patient de produits sanguins et qu'en posant comme condition de l'indemnisation le fait que la transfusion soit réalisée sur le territoire de la République française, le texte en cause n'instituait pas une discrimination prohibée fondée sur la nationalité.

La position prise par la Deuxième chambre civile est donc stricte : il lui a semblé que la loi du 31 décembre 1991 ne pouvait avoir entendu définir une acception plus large de l'acte médical de transfusion ou d'injection de produits sanguins. Par ailleurs, elle n'a pas souhaité se prêter à une extension démesurée du droit à l'indemnisation par le FITH, dont on sait qu'il est essentiellement alimenté par des subventions de l'Etat, c'est-à-dire par la solidarité nationale, et par le produit, beaucoup plus rare, des recours contre les responsables.

Fonds de garantie – Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante – Victime de l'amiante – Action en justice contre le Fonds – Modalités – Saisine de la cour d'appel – Demande – Objet

2e chambre civile, 13 juillet 2005 (Bull. no 201)

Une salariée, qui fut reconnue par la caisse primaire d'assurance maladie comme atteinte d'une maladie professionnelle causée par l'exposition à l'amiante, saisit aux fins d'indemnisation le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) ; après son décès, ses ayants droit, qui ont refusé les offres d'indemnisation du FIVA, ont saisi d'un recours la cour d'appel, tant au titre de l'action successorale qu'à titre personnel. Ils ont présenté alors au titre de l'action successorale, une demande d'indemnisation pour assistance d'une tierce personne qui n'avait pas été présentée devant le FIVA. La cour d'appel, considérant que le formulaire de demande d'indemnisation proposé aux victimes ne permettait pas à celles-ci de présenter distinctement et clairement leurs réclamations poste par poste de préjudice, a statué sur cette demande en considérant que les pièces médicales jointes par la victime à sa demande auraient dû conduire le FIVA à proposer une indemnisation de ce chef de préjudice évident.

Le pourvoi formé par le FIVA portait essentiellement, en son premier moyen, sur ce point de litige : une demande d'indemnisation sur laquelle le FIVA n'avait pas été en mesure de proposer une offre, faute d'en avoir été saisi par la demande initiale d'indemnisation, était-elle recevable pour la première fois devant la cour d'appel saisie en premier et dernier ressort du recours contentieux prévu par l'article 53 de la loi du 23 décembre 2000, alors que ce texte énonce que le demandeur ne dispose du droit d'action en justice contre le FIVA que si sa demande d'indemnisation a été rejetée, si aucune offre ne lui a été faite dans le délai mentionné, ou s'il n'a pas accepté l'offre qui lui a été faite ?

Plutôt que de répondre précisément au premier moyen du pourvoi, qui faisait valoir en outre que la critique du formulaire était sur ce point de droit inopérante, la Deuxième chambre civile, réunie en formation plénière de chambre, a préféré adopter une position de principe ainsi énoncée dans son arrêt sous la forme d'un motif de pur droit substitué : « Attendu que lorsque l'offre formulée par le Fonds dans les conditions de l'article 53-IV de la loi du 23 décembre

2000 et par l'article 15 du décret du 23 octobre 2001 n'a pas été acceptée, la victime ou ses ayants-droit sont recevables à saisir la cour d'appel de toute demande d'indemnisation d'un chef de préjudice trouvant sa source dans la contamination par l'amiante ».

Elle a ainsi considéré que le droit d'action défini par le texte précité était général et que son exercice par la victime ne pouvait être mesuré au regard de la seule liste des chefs de préjudice que la victime avait demandé au FIVA d'indemniser. Ce faisant, mue par un souci de simplification, la Deuxième chambre civile a entendu permettre à la victime portant sa demande au contentieux, quelle que soit la pertinence du formulaire pré-imprimé établi par le conseil d'administration du FIVA à l'usage des demandeurs, d'obtenir, comme le prévoit la loi, la réparation intégrale des préjudices causés par l'amiante, fût-ce au titre d'un préjudice qui, pour une raison quelconque, n'avait pas été soumis au FIVA.

Indemnisation des victimes d'infraction – Indemnité – Montant – Fixation – Prestations et sommes mentionnées à l'article 706-9 du Code de procédure pénale

2e chambre civile, 20 octobre 2005 (Bull. no 263)

Au titre de l'indemnisation des victimes d'infractions, l'article 706-3 du Code de procédure pénale pose, sous certaines conditions, le principe de la réparation intégrale des dommages résultant des atteintes à la personne.

Faisant application du droit commun de la responsabilité civile, la Deuxième chambre civile a reconnu le droit d'être indemnisé, aussi bien des souffrances physiques et morales que des conséquences patrimoniales, tant aux victimes directes qu'indirectes. Elle a également appliqué le droit commun successoral à l'indemnisation des victimes d'infractions en accueillant le droit à réparation des ayants droit agissant en qualité d'héritiers.

En revanche, l'indemnisation des préjudices matériels a toujours été refusée comme ne résultant pas des atteintes à la personne (2e Civ., 22 avril 1992, Bull. no 131).

Saisi d'un pourvoi à propos de l'indemnisation des frais de déplacement des proches de la victime, la Deuxième chambre vient d'être conduite à statuer au regard des données suivantes : la victime, de nationalité française, grièvement blessée dans un accident de la circulation survenu en Bosnie-Herzégovine, ayant été hospitalisée un certain temps dans ce pays, ses parents demandaient l'indemnisation des frais de déplacement qu'ils avaient exposés pour rendre visite à leur fille.

Par arrêt du 20 octobre 2005, la chambre a censuré la cour d'appel qui avait rejeté cette demande au motif que le règlement des frais de déplacement n'est prévu ni par l'article 706-3 ni par l'article 706-14 du Code de procédure pénale.

La cour d'appel aurait dû rechercher si les suites de l'accident ne rendaient pas nécessaires, en l'espèce, les frais de déplacements exposés par les parents de la victime.

Cet arrêt s'inscrit dans la ligne des précédents arrêts qui tendent à donner son plein effet au principe de la réparation intégrale. Il conduit à admettre comme possible l'indemnisation des frais de déplacement dès lors que leur nécessité ressort des éléments et circonstances de fait tels qu'ils ont été retenus et souverainement appréciés par les juges du fond.

Agriculture – Accident du travail – Entraide – Accident impliquant un véhicule terrestre à moteur – Recours des ayants droit de la victime décédée – Fondement

2e chambre civile, 17 novembre 2005 (pourvoi no 03-20 551 à publier au bulletin)

En participant à une opération d'ensilage organisée par son fils M. J-C L... avec le concours de quatre autres agriculteurs, E... L..., alors qu'il ouvrait la porte d'une remorque remplie d'herbe attelée au tracteur de son fils, a été mortellement blessé par l'arrière d'un autre tracteur conduit par M. A...

Ses ayants-droit ont assigné en réparation M. A sur le fondement de la loi du 5 juillet 1985. Un tribunal de grande instance a accueilli leurs demandes, mais la cour d'appel les en a déboutés en relevant que l'accident s'était produit dans le cadre d'une action d'entraide agricole excluant tout droit à réparation selon le droit commun ou la loi du 5 juillet 1985.

Sur le pourvoi des consorts L..., la Deuxième chambre civile, réunie en formation plénière de chambre, a cassé l'arrêt attaqué (Caen, 30 septembre 2003), en énonçant sous forme de principe, au visa commun des articles 1er, 2 et 3 de la loi du 5 juillet 1985 et des articles L. 325-1 et L. 325-3 du Code rural, que « toute victime d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur a droit à l'indemnisation de son dommage dans les conditions de la loi du 5 juillet 1985, dont les dispositions sont d'ordre public ».

Cette assertion n'allait pas de soi : l'accident s'était en effet produit à l'occasion d'une prestation fournie par M. A... au titre de l'entraide agricole, définie par les articles L. 325-1 à L. 325-3 du Code rural (codification des dispositions de la loi du 8 août 1962), aux termes desquels le prestataire reste responsable des accidents survenus notamment à lui-même ou aux membres de sa famille. Or il était jugé depuis longtemps que la loi du 5 juillet 1985 n'avait pas abrogé les dispositions de la loi du 8 août 1962, et que chacune des victimes, prestataire ou bénéficiaire de l'entraide agricole, devait supporter les conséquences de l'accident et ne pouvait obtenir l'entière réparation de son préjudice que dans l'hypothèse où l'accident avait eu pour cause partielle l'action d'un tiers, lequel était en outre privé de tout recours contre l'agriculteur co-responsable (cf. Ass. Plén., 22 décembre 1988, Bull. no 9, ou encore Soc., 25 janvier 1990, Bull. no 33).

Ces textes, définissant un régime exorbitant du droit commun, que la jurisprudence appliquait tant au prestataire qu'au bénéficiaire de l'entraide en vertu d'un principe de symétrie justifié par la nature même de l'entraide agricole, qui consacre la spécificité de l'échange de prestations, de services et de moyens de travail entre agriculteurs, pouvaient-ils être écartés dans le cas de l'espèce, au bénéfice de la loi du 5 juillet 1985, dès lors qu'était impliqué dans l'accident un véhicule terrestre à moteur ?

La Deuxième chambre civile l'a ainsi décidé, en conférant explicitement aux dispositions de la loi du 5 juillet 1985, promulguée bien après la législation sur l'entraide agricole, un caractère d'ordre public supérieur, évinçant du même coup les textes précités du Code rural, dont le caractère d'ordre public n'est cependant pas contestable. Elle a préféré donner sa pleine mesure à la loi du 5 juillet 1985 en ce qu'elle est avant tout une loi d'indemnisation des victimes de dommages causés par la circulation des véhicules terrestres à moteur.

Le régime dérogatoire de l'entraide agricole institué par la loi du 8 août 1962 devait éviter de pénaliser les agriculteurs acceptant de collaborer entre eux, en laissant à la charge de chacun d'eux la responsabilité de ses propres dommages ou de ceux de sa famille ou de ses préposés et lui interdisant en conséquence d'exercer contre son partenaire une action en responsabilité de droit commun. Question d'état d'esprit, puisque l'entraide impliquait, au moins théoriquement, la réciprocité du service rendu, avec ses risques.

Or, l'entraide agricole, dont la pratique a toujours existé et existe toujours dans le monde rural, s'exerce depuis longtemps non plus sous la forme traditionnelle d'échanges de journées de travail d'hommes ou d'animaux de trait, mais sous la forme très fréquente d'une mise à disposition de matériels, outils et machines agricoles ayant assez souvent la nature de véhicules terrestres à moteur.

Il conviendra en conséquence de prêter attention aux conséquences pratiques de l'arrêt du 17 novembre 2005 sur le recours à l'entraide agricole, puisqu'il efface ce régime dérogatoire en cas d'accident causé par un VTAM, et impose au prestataire comme au bénéficiaire de l'entraide agricole la charge d'une indemnisation dont les textes du Code rural et la jurisprudence qu'ils avaient inspirée jusqu'ici les dispensaient mutuellement.

Intérêts moratoires – Point de départ – Sommation de payer – Dette d'une somme d'argent – Recours du tiers payeur

(Assemblée plénière, 4 mars 2005, Bull. n° 3 ; BICC n° 619, p. 29, rapport de M. Rognon et avis de M. Volff)

Le point de départ des intérêts moratoires, qui visent à réparer le préjudice résultant du retard dans le paiement d'une créance, est déterminé par les articles 1153 et 1153-1 du Code civil, qui distinguent selon que l'obligation a ou non un caractère indemnitaire. Si la créance a un caractère indemnitaire, les intérêts courent à compter du jour du jugement, le juge pouvant toutefois en décider autrement, de façon discrétionnaire. Pour les créances déjà liquidées avant toute intervention judiciaire, le point de départ des intérêts est celui de la sommation de payer, ou de tout acte en tenant lieu, excepté les cas où la loi les fait courir de plein droit. Le régime applicable est donc subordonné à la nature de la créance.

Les chambres civiles, sociale et criminelle de la Cour de cassation ont retenu que la créance des tiers payeurs de prestations versées aux victimes d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne, lorsqu'ils exercent un recours subrogatoire, tendant au remboursement des sommes versées, contre les personnes tenues à réparation ou leur assureur, n'est pas de nature indemnitaire et ont énoncé qu'une telle créance de 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 : 1re Civ, 9 mai 1990, Bull., I, n° 99 ; 2e Civ, 24 mai 1991 ; Bull., II, n° 160 ; Crim., 9 novembre 1994, Bull., n° 360 ; Soc, 16 novembre 1995, Bull., V, n° 300.

La 2e chambre civile ayant ensuite jugé que, le montant de la créance étant subordonné au lien de causalité à établir entre le service des prestations et le dommage subi par la victime, le point de départ du cours des intérêts doit être retardé au jour du jugement (2e Civ, 26 juin 1996, Bull., II, n° 188) puis constamment réaffirmé le caractère indemnitaire de la créance du tiers payeur, la question a été soumise à l'Assemblée plénière.

Au cas d'espèce, l'État poursuivait le responsable d'un accident causé à un de ses agents en remboursement des sommes versées à la victime, ainsi que son assureur. Les juges du fond avaient fixé au jour de la demande le point de départ des intérêts, ce que l'assureur contestait en se prévalant du caractère indemnitaire de la créance de l'État.

L'Assemblée plénière a approuvé les juges du fond en énonçant que la créance du tiers payeur, dont le recouvrement est poursuivi par subrogation dans le droit d'action de la victime, n'est pas indemnitaire et se borne au paiement d'une certaine somme. En effet, si l'exercice du recours dépend de l'existence d'un lien de causalité entre le service des prestations et le dommage subi par la victime, la créance, quant à elle, n'est pas fixée par le juge, puisqu'elle repose sur l'obligation légale pesant sur le tiers payeur de verser des prestations à la victime d'une atteinte à la personne.

Dans ces conditions, le délai existant entre la naissance de cette créance, fixée au jour du versement des prestations, et la date à laquelle le lien de causalité justifiant le bien-fondé de l'exercice du recours subrogatoire est établi, doit être, dans sa traduction monétaire, supporté par le responsable de l'accident ou son assureur, sans demeurer à la charge du tiers payeur, qu'il s'agisse de l'État ou des organismes de sécurité sociale.

VI – LA PROCÉDURE CIVILE ET L'ORGANISATION DES PROFESSIONS

A. Procédure civile

Appel civil – Mise en cause d'un tiers – Conditions – Evolution du litige – Définition – Portée

(Assemblée plénière, 11 mars 2005, Bull. nº 4 ; BICC nº 620 p. 15, rapport de Mme Betch et avis de M. Cédras)

La notion d'évolution du litige est la condition requise par l'article 555 du nouveau Code de procédure civile pour appeler un tiers en intervention forcée devant le juge d'appel. Dans l'affaire soumise aux juges du fond, la question qui était posée était celle de savoir si la majoration révélée par une expertise postérieure au jugement, du coût des travaux destinés à remédier à des malfaçons constatées et évaluées par une expertise effectuée avant le jugement, constituait un élément nouveau caractérisant une évolution du litige impliquant l'intervention forcée en appel de parties non appelées en première instance. Les faits de l'espèce étaient les suivants : une société civile immobilière avait confié des travaux de construction à une entreprise générale qui avait sous-traité les travaux de couverture à une autre société. Une première expertise judiciaire avait constaté des vices de construction et évalué les travaux de reprise nécessaires 24 005 francs, valeur prise en compte par les juges en première instance. Cependant, au cours de l'instance en appel, une nouvelle expertise avait estimé ces mêmes travaux de réfection à 465 400 francs. L'entreprise générale avait tenté de mettre en cause son assureur et le sous-traitant ainsi que l'assureur de ce dernier. La cour d'appel de Rennes, par un arrêt du 17 février 2000, avait déclaré irrecevables les demandes d'intervention forcée. La Deuxième chambre civile de la cour de cassation avait censuré cette décision au motif notamment que l'expertise en instance d'appel aurait déterminé des causes différentes des désordres. La cour d'appel de renvoi a statué dans le même sens que la cour d'appel de Rennes refusant d'admettre les interventions forcées.

Dans une décision du 11 mars 2005 rendue en assemblée plénière, la Cour de cassation énonce le principe suivant lequel l'évolution du litige permettant l'intervention forcée en appel suppose la révélation d'une circonstance de fait ou de droit, cette révélation devant résulter du jugement ou être postérieure à celui-ci et devant modifier0 les données juridiques du litige. Ainsi une simple modification d'ordre économique dans l'évaluation du dommage, exclusive de toute modification juridique, ne suffit donc pas en soi à caractériser une évolution du litige de nature à justifier une intervention forcée en cause d'appel.

Prescription quinquennale – Article 2277 du Code civil – Application – Action en exécution d'un jugement condamnant au paiement d'une somme payable à termes périodiques – Portée

(Assemblée plénière, 10 juin 2005, Bull. nº 6 ; BICC nº 624, p. 11, rapport de M. Mazars et avis de M. Gariazzo)

L'Office public d'habitation et de construction de Paris (OPAC) avait donné à bail un appartement dont il était propriétaire. Le locataire a mis les lieux à la disposition d'autres personnes. Un jugement, devenu irrévocable, du tribunal d'instance de Paris du 16 mars 1993 a notamment prononcé la résiliation du bail, ordonné l'expulsion du locataire et de toute personne de son chef, et fixé l'indemnité d'occupation au montant du loyer. L'OPAC a entrepris la procédure d'expulsion. Le juge de l'exécution du tribunal de grande instance de Paris a, par décision du 13 septembre 1994, accordé aux occupants un délai de six mois pour quitter les lieux. Ils en ont été expulsés le 24 juillet 1997.

L'OPAC, qui avait perdu la trace des occupants, les a retrouvés et, le 25 juin 2001, les a assignés devant le tribunal d'instance du 20e arrondissement de Paris pour obtenir le paiement des indemnités d'occupation comprises entre le 31 mars 1993 et le 31 juillet 1997. Par jugements des 12 novembre 2001 et du 9 avril 2002, ce tribunal a condamné les intéressés à payer les indemnités d'occupation. Sur recours des ex-occupants, la cour d'appel de Paris, par arrêt du 26 juin 2003, a infirmé cette décision et condamné les appelants à régler les indemnités pour les seuls mois de mai et juin 1997. Elle a considéré qu'une indemnité d'occupation avait été judiciairement fixée, que l'action en paiement de cette indemnité était soumise à la prescription quinquennale édictée par l'article 2277 du Code civil pour les créances à échéance périodiques et qu'aucune interruption ou suspension n'était intervenue.

L'OPAC a formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt. Il soutenait que dès lors qu'une décision de justice avait condamné un débiteur à payer des indemnités d'occupation, l'action entreprise visait à l'exécution de la décision et qu'en conséquence la prescription quinquennale n'avait plus vocation à s'appliquer et que la prescription était trentenaire.

La difficulté vient de ce que le jugement portant condamnation à paiement (s'il peut, le cas échéant, liquider des créances déjà échues) vaut surtout et très généralement pour l'avenir : il fixe dans leur principe et leur montant les créances qui seront périodiquement à la charge du débiteur. C'est le cas, par exemple, des décisions condamnant à payer des aliments, des intérêts moratoires, des loyers – ou des indemnités d'occupation : le jugement du 16 mars 1993 avait fixé le montant des créances à échoir. Quelle est alors la durée de prescription de ces créances ?

On sait que, si la prescription de droit commun est de trente ans, plusieurs textes diminuent cette durée, en particulier l'article 2277 du Code civil qui prévoit un délai de cinq ans pour les créances à échéance périodiques. Le législateur a ainsi voulu éviter que le débiteur soit ruiné par l'accumulation de dettes dont le créancier a négligé de réclamer le paiement. Selon une jurisprudence bien arrêtée, les indemnités d'occupation constituent de telles créances périodiques, qu'elles résultent d'un bail, d'une convention d'occupation (1re Civ., 5 mai 1998, Bull. nº 160 ; 3e Civ., 5 février 2003, Gaz. Pal., octobre 2003, p. 22, note Rémy) ou d'une décision de condamnation préalable au paiement (3e Civ., 10 octobre 2001, pourvoi nº 00-14 406). Dans

ces conditions, quelle prescription appliquer au paiement des créance périodiques fixées par jugement : celle de droit commun ou celle de l'article 2277 du Code civil ?

Aucun texte n'envisage cette situation. La doctrine est généralement peu diserte sur le sujet, se bornant à dire qu'il faut alors appliquer la prescription trentenaire, mais sans en expliquer les motifs, et se limitant le plus souvent à relever que la nature de la créance a changé du fait de l'intervention d'une décision de justice (R. Perrot, JCP Procédures, 1998, n° 217, obs. sous 1re Civ., 16 juin 1998, Bull. n° 214).

La jurisprudence des juridictions du fond comme de la Cour de cassation était quant à elle partagée. D'une manière traditionnelle et majoritaire, elle admettait que la prescription changeait après le jugement de condamnation (en ce sens : Civ. 23 juillet 1934, Gaz. Pal. 1934, 2, p. 523 ; 1re Civ., 16 juin 1998 précité, D. 1999, Jur., p. 386, note Massip ; 2e Civ., 27 septembre 2001, Bull. n° 214 ; Com., 16 avril 1996, pourvoi n° 93-17 695 ; Soc., 23 novembre 1989, Bull. n° 682). Ces formations estimaient généralement qu'après intervention d'un jugement de condamnation à paiement, il s'agissait d'exécuter cette décision et qu'alors seule la prescription trentenaire était applicable. Toutefois, d'autres chambres de la Cour se montraient réticentes pour appliquer l'interversion des prescriptions (3e Civ., 16 décembre 1998, Bull. n° 251, interprétation *a contrario* ; 5 février 2003, Bull. n° 29 ; 1re Civ., dans le cas des actions dérivant des contrats d'assurances soumises par le Code des assurances à la prescription biennale, ex. : 3 février 1998, Bull. n° 9). D'autres décisions des différentes formations révélaient une certaine hésitation ; ainsi : 2e Civ., 17 mai 2001, Bull. n° 97 ; 1re Civ., 11 février 2003, Bull. n° 43.

Deux arrêts de la Cour de cassation rendus le même jour en Chambre mixte (12 avril 2002) ont marqué une évolution sensible et commencé à amorcer une solution.. Dans celui publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre mixte, sous le n° 2, il a été jugé que « si l'action en paiement de charges locatives, accessoires au loyer, se prescrit par cinq ans, l'action en répétition des sommes indûment versées au titre de ces charges, qui relève du régime spécifique des quasi-contrats, n'est pas soumise à la prescription abrégée de l'article 2277 du Code civil ». Mais surtout un autre arrêt du même jour (Bull., Ch. mixte, n° 3) a jugé que la prescription de l'article 2277 était applicable à une créance qui, quoique exprimée en capital dans la convention intervenue entre propriétaires et son locataire, constituait une dette de loyers. Il se déduit de cette dernière décision que pour apprécier à quelle prescription est soumise une créance, il faut se référer à la nature des sommes qu'elle représente.

Dans l'affaire de l'OPAC, l'Assemblée plénière se trouvait ainsi en présence de trois possibilités :

1°) soit appliquer le principe de l'interversion des prescriptions et décider que le créancier peut, après avoir obtenu la condamnation au paiement, poursuivre l'exécution sur la totalité des créances en résultant, même postérieures au jugement de condamnation, pendant la durée d'exécution de la décision (trente ans en général), au nom d'une novation résultant de l'intervention du jugement ou en considérant qu'une action en exécution du jugement de condamnation s'est substituée à l'action en paiement initiale. C'était la position majoritaire de la doctrine et de la jurisprudence qui pose un critère relativement simple pour déterminer la prescription applicable. Cette solution renforçait la valeur du titre exécutoire, mais elle ouvrait un nouveau champ d'application à la prescription trentenaire au moment où celle-ci est très vivement

contestée, elle n'incitait pas les créanciers à agir vite et créait un risque important d'accumulation sur la tête d'un débiteur incapable d'y faire face.

2°) considérer que la prescription postérieure au jugement de condamnation à paiement reste celle applicable avant l'intervention de ce jugement, en l'espèce la prescription quinquennale. Cette solution s'inscrivait dans la suite d'un courant jurisprudentiel, mais elle avait pour effet de ne pas prendre en considération l'intervention d'un jugement et aboutissait à réduire les droits du créancier qui avait obtenu le jugement. En revanche, elle évitait tout risque d'accumulation de la dette.

3°) limiter la prescription abrégée aux créances échues après le jugement, celui-ci pouvant être exécuté pendant trente ans. Cette solution tenait compte des deux délais de prescription en jeu : celui relatif à l'exécution et celui relatif à la réclamation de la créance. Elle ménageait l'autorité de la décision judiciaire et les droits du créancier acquis par cette décision, mais elle obligeait celui-ci à agir rapidement pour les arrérages postérieurs et limitait le risque d'accumulation de la dette.

L'Assemblée plénière, adoptant cette dernière position, a confirmé l'arrêt attaqué, mais par substitution de motifs. Elle a décidé que « si le créancier peut poursuivre pendant trente ans l'exécution d'un jugement condamnant au paiement d'une somme payable à termes périodiques, il ne peut, en vertu de l'article 2277, applicable en raison de la nature la créance, obtenir le recouvrement des arriérés échus plus de cinq ans avant la date de sa demande ». Il s'ensuit que désormais, quand une décision judiciaire a condamné quelqu'un à payer dans l'avenir des créances périodiques, la durée de la prescription des créances échues au moment de la demande de recouvrement est commandée par la nature de cette créance. Si elle entre dans la liste de celles relevant d'une prescription abrégée, c'est celle-ci qui est applicable ; sinon elle relève de la prescription de droit commun. Le point de départ de cette prescription est la date de la demande de recouvrement des condamnations.

Cette solution, retenue ici dans le cas des indemnités d'occupation, vaut pour toutes les créances périodiques : les termes de l'arrêt sont en effet très généraux (son attendu de principe ne se limite pas à ces indemnités). Il restera à voir si elle vaut également pour les autres types d'actes exécutoires (actes notariés...).

L'éviction de la règle interdisant l'accès au juge supérieur

(Chambre mixte, 28 janvier 2005, Bull. n° 1 ; BICC n° 617, p. 27, rapport de M. Charruault et avis de M. Domingo)

Peut-on ouvrir, *contra legem*, une voie de recours ?

Autrement dit, peut-on, prétoriennement, autoriser l'accès au juge supérieur malgré la fermeture, temporaire ou définitive, de la voie qui habituellement y conduit ?

Si cette question a été posée à une Chambre mixte, c'est parce que les réponses qu'y apportaient les diverses chambres civiles de la Cour de cassation divergeaient.

Ainsi, par exemple, selon une jurisprudence constante et déjà ancienne, la Chambre commerciale posait en principe que « *la recevabilité de l'appel-nullité* (était) *conditionnée par l'exis-*

tence de griefs autonomes tels l'excès de pouvoir ou la violation d'un principe fondamental de procédure » (Com. 1er octobre 1997, Bull. IV nº 232) tandis que la première Chambre civile affirmait que l'appel-nullité n'était recevable qu'en cas d'excès de pouvoir, précisant que *« ne constituait pas un tel excès la violation du principe de la contradiction »* (Civ. 1, 28 avril 1998, Bull. I nº 151)

Si l'on ajoute que la Chambre commerciale voyait dans la violation de ce principe un cas de recevabilité de l'appel-nullité (Com. 14 février 1995, Bull. IV nº 45), la discordance ne pouvait être niée, ni limitée au seul appel-nullité dans la mesure où le raisonnement articulé pour justifier l'admission de celui-ci était identique à celui qui fondait l'admission immédiate du pourvoi différé.

Au vrai, la divergence de jurisprudence n'apparaissait qu'en arrière-plan.

Au premier plan, il y avait unanimité.

L'unanimité s'appuyait sur le socle de l'excès de pouvoir, lequel était regardé par l'ensemble des chambres civiles de la Cour de cassation comme emportant éviction de la règle prohibant l'accès au juge supérieur.

L'arrière-plan était éclairé par la jurisprudence de la Chambre commerciale, selon laquelle *« aucune disposition ne peut interdire de faire constater selon les voies de recours du droit commun la nullité d'une décision rendue en violation d'un principe essentiel de procédure »* (Com. 30 mars 1993, Bull. IV nº 132). C'était ajouter à l'excès de pouvoir un nouveau cas d'accès immédiat au juge supérieur.

L'arrêt commenté désavoue cette jurisprudence.

Usant d'un *obiter dictum*, il apporte à une question particulière une réponse générale.

La question particulière est celle de savoir s'il peut être dérogé à la règle prohibant le pourvoi immédiat à l'encontre de certains jugements en dernier ressort, tel, comme en l'espèce, la décision se bornant à refuser l'allocation d'une provision.

À cette question l'arrêt répond qu'*« il n'est dérogé à cette règle qu'en cas d'excès de pouvoir »*. Et, à l'effet d'embrasser l'ensemble des hypothèses dans lesquelles l'accès au juge supérieur est, temporairement ou définitivement, interdit, il ajoute que cette dérogation vise aussi *« toute autre règle interdisant ou différant un recours »*. En limitant ainsi le champ de ladite dérogation au seul excès de pouvoir, l'arrêt en exclut la violation d'un principe essentiel de procédure, tel le principe de la contradiction, dont se prévalaient les demandeurs au pourvoi pour prétendre à la recevabilité immédiate de celui-ci.

Jugements et arrêts – Mentions obligatoires – Nom du greffier – Indication – Effets – Etendue

(Chambre mixte, 21 octobre 2005, Bull. nº 6 ; BICC nº 631, p. 15, rapport de M. Gillet et avis de M. Guérin)

L'authenticité d'un jugement est garantie par la double signature, prévue à peine de nullité par l'article 456 du nouveau Code de procédure civile, du président de la formation qui le rend et du greffier qui assiste à son prononcé, cette dernière notion étant entendue selon les disposi-

tions des articles 450 et 451 du même code. Une authentification ne vaut que si l'acte permet de connaître le nom de l'agent qui le signe, tel le greffier quand il s'agit d'un jugement, car une telle condition est nécessaire à la vérification de l'aptitude de cet agent à signer. Bien que la lettre des articles 454 et 458 du nouveau Code de procédure civile n'assortisse pas de nullité l'exigence d'indication du nom du « secrétaire », l'absence d'une telle indication ruine l'authenticité de la décision. Il en résulte que la décision ne peut être valable que si en ressort le nom du greffier qui la signe.

L'arrêt de la Chambre mixte du 21 octobre 2005 règle, en énonçant une condition suffisante, la manière dont ce nom doit être indiqué. Le greffier signataire de l'arrêt est celui dont le nom figure dans la décision. La mention, dans le jugement, du nom d'un greffier signifie donc qu'il est le signataire de l'arrêt.

La seule limite à l'application du principe ainsi énoncé réside dans une possibilité d'inscription de faux. Seule une telle procédure peut en effet combattre l'authenticité attachée à la mention, dans le jugement, du nom d'un greffier.

Cette décision simplifie et consolide la jurisprudence antérieure qui empruntait au mécanisme d'une présomption simple le raisonnement par lequel elle déduisait, en cas de difficulté, l'identité du greffier signataire de celle du greffier mentionné à un autre titre et notamment comme greffier présent aux débats. Elle met fin, en les privant d'objet, aux appréciations éventuellement divergentes sur le jeu d'une telle présomption et sur les moyens de l'écarter. Elle laisse évidemment place à toute précision que peut donner, de façon opportune, le jugement ou l'arrêt sur le nom du greffier expressément mentionné comme signataire en complément de l'indication donnée sur celui du greffier présent aux débats, s'il est différent.

Chose jugée – Force de chose jugée – Effets – Limites – Détermination

(Chambre mixte, 16 décembre 2005, Bull. n° 8 ; BICC n° 634, p. 3, rapport de Mme Marais et avis de M. de Gouttes)

La Cour de cassation était saisie de la question de savoir à quel moment un arrêt rendu contradictoirement et ayant, par voie de conséquence, dès son prononcé, autorité et force de chose jugée, produit ses effets. Etait-ce ainsi que le soutenait le demandeur au pourvoi au jour de son prononcé ? Ou bien était-ce, comme le soutenait le défendeur, au jour de notification ?

La réponse à cette question était lourde de conséquences en raison des faits.

Le propriétaire d'un domaine agricole avait saisi le tribunal paritaire des baux ruraux en résiliation du bail consenti au preneur en place. Débouté de sa demande, il avait interjeté appel de la décision. Alors que l'affaire était pendante devant la cour d'appel, ce propriétaire avait conclu avec un tiers une promesse de vente portant sur les biens donnés à bail, sous la condition suspensive du non-exercice, par le preneur en place, du droit de préemption. Ce preneur ayant exercé son droit de préemption après que l'arrêt de la cour d'appel, infirmant le jugement de première instance, ait prononcé la résiliation du bail, mais avant qu'il lui ait été signifié, la vente avait été régularisée avec ce dernier. Se ravisant près de trois ans plus tard, le tiers a poursuivi la nullité de la vente en faisant valoir que le preneur en place avait été privé de son

droit de préemption dès le prononcé de l'arrêt, de sorte qu'il n'avait pu exercer ce droit postérieurement.

Le problème était d'autant plus délicat que la doctrine est loin de s'accorder sur les notions « d'autorité de la chose jugée », de « force de la chose jugée » et de « force exécutoire » et que les conséquences à tirer de la combinaison des articles 480, 500, 501 et 503 du nouveau Code de procédure civile sont discutées.

Deux thèses s'opposent principalement.

Une première thèse fait de la notification de la décision une formalité fondamentale incontournable sans laquelle le « jugement » (au sens large du terme) qui a force de chose jugée ne pourrait produire effet. Et c'est cette notification qui, en conférant à la décision revêtue ou passant en force de chose jugée, sa force exécutoire, lui permet de produire ses pleins effets. Cette thèse repose essentiellement sur un argument de texte (l'article 501 du nouveau Code de procédure civile dispose que « *le jugement est exécutoire sous les conditions qui suivent...* » conditions au nombre desquelles figure la notification) et sur des impératifs de loyauté et de sécurité juridique qui veulent qu'un jugement soit porté officiellement à la connaissance de celui au détriment duquel il a été rendu avant de pouvoir produire effet. Il est par ailleurs souligné que cette notification constitue une formalité essentielle, fondamentale, relevant des impératifs de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'autre thèse, à l'inverse, fait valoir que cette doctrine procède d'une confusion entre « force exécutoire » et « exécution », que les articles 500 et 501 du nouveau Code de procédure civile qui figurent au chapitre des conditions générales de l'exécution, ne concerne que l'exécution, et plus précisément l'exécution forcée, mais non les effets substantiels du jugement.

Quant à la jurisprudence, celle-ci s'était essentiellement prononcée en faveur de la notification dans des cas particuliers (astreinte, majoration de cinq points des intérêts au taux légal, saisie-attribution..) permettant de s'interroger sur la parfaite pertinence de ces décisions au regard du problème posé.

Dans son arrêt du 16 décembre 2005, la Chambre mixte mettant l'accent sur la « perte d'un droit » s'est prononcée en faveur de la notification de la décision pour des impératifs de loyauté et de sécurité juridique

La Chambre mixte, en énonçant que *la force de chose jugée attachée à une décision judiciaire dès son prononcé ne peut avoir pour effet de priver une partie d'un droit tant que cette décision ne lui a pas été notifiée,* a mis l'accent sur la « perte d'un droit » et s'est prononcée en faveur de la « notification » de la décision pour des impératifs de loyauté et de sécurité juridique.

La médiation judiciaire – Désignation d'un médiateur – Accord des parties – Voie de recours

1re chambre civile, 7 décembre 2005 (pourvois no 02-15 418 et 03-10 316)

La décision d'ordonner une médiation judiciaire, qui ne peut s'exécuter qu'avec le consentement des parties, est une mesure d'administration judiciaire non susceptible d'appel ni de recours devant la Cour de cassation.

Il est très rare que la Cour de cassation soit saisie d'une question de droit concernant la médiation judiciaire, dont la mise en œuvre relève principalement des juges du fond et de la seule volonté des parties.

En l'espèce, une partie au litige faisait grief à la cour d'appel d'avoir tranché une question de droit (détermination de la loi applicable à une succession) et ordonné une médiation judiciaire en soutenant que, si elle était d'accord pour cette mesure, elle n'avait pas accepté que le juge tranche, préalablement à la médiation, la question de droit. Le recours devant la Cour de cassation était-il recevable ?

On pouvait en douter car cette décision ne met pas fin à l'instance. Elle n'est pas susceptible d'appel (art. 131-15 du NCPC). Le juge demeure toujours saisi de l'entier litige. Cette absence de tout recours est la solution adoptée par la Cour de cassation pour les décisions du juge de l'exécution, qui dans le contentieux du surendettement, statue sur l'admission des créances ou sur des mesures de suspension des procédures d'exécution (C. consom, art. L. 331-5 et s.). Le pourvoi contre ces décisions non susceptibles d'appel est jugé irrecevable (Civ., 1re, 23 juin 1998 Bull. nº 226 ; Ass. plén. 5 décembre 1997, Bull. nº 1).

En matière de médiation judiciaire, il faut bien distinguer les litiges qui concernent la validité du protocole signé par les parties, susceptible d'être homologué par le juge, pour lesquels la nature et l'étendue de son contrôle font l'objet de discussions et de controverses en doctrine et les litiges affectant comme en l'espèce, la décision du juge d'ordonner cette mesure, celui-ci devant recueillir au préalable l'accord de toutes les parties ainsi que le prescrit la loi de 1995 (Art. 131-1 NCPC).

Par cet arrêt du 7 décembre 2005, la Première chambre civile affirme sans équivoque que la médiation judiciaire **est une mesure d'administration judiciaire**, insusceptible de recours, sauf celui de l'excès de pouvoir.

Procédure civile – Notification – Notification en la forme ordinaire – Lettre recommandée – Réception – Date – Date de présentation figurant sur l'avis de réception

2e chambre civile, 10 mars 2005 (Bull. nº 64)

Il est important de déterminer avec précision la date de réception des notifications effectuées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, puisqu'elles font notamment courir les délais de recours : l'article 669 du nouveau Code de procédure civile dispose qu'il s'agit de la date qui est apposée par La Poste lors de la remise de la lettre à son destinataire. Mais l'application de cette règle soulève parfois des difficultés.

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser (1re Civ., 4 février 1986, Bull. nº 3) que lorsque l'accusé de réception porte à la fois une date inscrite par le destinataire de la lettre et une autre apposée par La Poste, cette dernière doit seule être prise en considération.

Par ailleurs, alors que les avis de réception comportent deux mentions préimprimées, « *présenté le* » et « *distribué le* », il arrive que, sur l'avis, pourtant retourné revêtu de la signature du destinataire, seule ait été renseignée la première de ces mentions. L'arrêt de la Deuxième chambre du 10 mars 2005, rendu au visa de l'article 669, décide (après deux précédents non

publiés : 1re Civ., 10 décembre 2002, pourvoi nº 01-04 199 et 2e Civ., 21 octobre 2004, pourvoi nº 02-04 221) que la date ainsi mentionnée est celle de la présentation et non de la distribution de la lettre. Elle n'est donc pas, sauf autres éléments de preuve (voir Soc., 2 mars 1994, pourvoi nº 90-43 167), la date de réception de la notification.

En pratique, dans ces circonstances, il semble que la date retenue pour la réception de la notification ne pourra être que celle indiquée sur le cachet de réexpédition de l'avis de réception.

Pouvoirs des juges – Applications diverses – Preuve – Eléments de preuve – Eléments détenus par un tiers – Archives audiovisuelles de la justice – Communication aux autorités judiciaires

2e chambre Civile, 17 mars 2005 (pourvoi nº 02-14 514)

L'accès aux archives audiovisuelles de la justice est-il circonscrit par la loi du 11 juillet 1985, dont les dispositions ont été codifiées en 2004 aux articles L. 221-1 et suivants et L. 222-1 et suivants du Code du patrimoine, ou est-il permis à d'autres conditions ? Telle était la question posée en marge d'un procès civil en responsabilité et indemnisation opposant un témoin du procès de Maurice Papon à la société éditrice de la sténotypie de ce procès.

On sait que l'enregistrement des procès est en principe interdit. L'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 autorise les prises de vue seulement avant l'ouverture des débats. Le président de la cour d'assises a la faculté de déroger à cette interdiction, en application de l'article 308 du Code de procédure pénale dans sa rédaction issue de la loi du 9 mars 2004. L'article 706-52 du Code pénal prévoit également l'enregistrement de l'audition des mineurs victimes des infractions de nature sexuelle les plus graves, en cours d'enquête et d'instruction. La principale exception à la règle de l'interdiction des enregistrements est constituée par la constitution d'archives audiovisuelles de la justice.

L'article 1er de la loi du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice (article L. 221-1 du Code du patrimoine) dispose que « les audiences publiques devant les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire peuvent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel ou sonore dans les conditions prévues par la présente loi lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice. Sous réserve des dispositions de l'article 6, l'enregistrement est intégral ».

Selon l'alinéa 1er de l'article 6 de la loi, « les enregistrements sont réalisés dans des conditions ne portant atteinte ni au bon déroulement des débats, ni au libre exercice des droits de la défense. Ils sont effectués à partir de points fixes ». L'alinéa 2 du même article autorise le président à interrompre les enregistrements si les conditions légales ne se trouvent plus réunies. Cet enregistrement est assuré, conformément à l'article 12 du décret du 15 janvier 1986, par les services du ministère de la justice ou du ministère de l'intérieur ou selon une procédure d'appel d'offres. L'article 13 du décret précise que « la disposition des appareils d'enregistrement à l'intérieur de la salle d'audience est fixée en accord avec le président chargé de la police de l'audience ».

Les archives audiovisuelles ainsi constituées sont conservées, selon des modalités fixées par un arrêté en date du 19 janvier 1989 (JO 9 février 1989, p. 1856), par l'administration des archives de France, Centre historique des archives nationales.

Estimant devoir démontrer l'inexactitude de la transcription de son témoignage par la production d'une cassette d'enregistrement audiovisuel du procès, le témoin a présenté requête au juge de la mise en état qui l'a renvoyé à mieux se pourvoir.

Le témoin a présenté alors sa requête au président du tribunal de grande instance de Paris qui, au visa de la loi du 11 juillet 1985 et du décret d'application du 15 janvier 1986, a ordonné au ministère de la culture de remettre la copie de la cassette correspondant au témoignage afin de permettre d'en constater les termes.

Deux cassettes ont été remises au requérant qui en a sollicité le visionnage et la transcription auprès du juge de la mise en état.

Mais la société éditrice a demandé en référé et obtenu la rétractation de l'ordonnance sur requête. Le président du tribunal de grande instance et la cour d'appel ont retenu que la consultation, ainsi que la reproduction ou la diffusion des enregistrements ne pouvaient, quel qu'en soit le délai, avoir lieu qu'à des fins historiques ou scientifiques, et que les demandes présentées en vertu de ce texte devaient relever d'une démarche poursuivant avant tout un but d'intérêt collectif pour la nation et pour ses citoyens, comme le montrent les travaux préparatoires de la loi du 11 juillet 1985 et de la loi modificative du 13 juillet 1990. Ils avaient estimé que ce n'était pas le cas de la demande du témoin, qui tendait en réalité à se ménager la preuve des fautes imputées à la société éditrice dans l'action en responsabilité qu'il lui avait intentée, en sa seule qualité de témoin au procès de Maurice Papon, et non à établir la vérité de faits historiques dans un intérêt général.

La Cour de cassation s'est inspiré d'un précédent relatif au juge pénal pour décider que ces dispositions ne concernaient pas la communication des archives audiovisuelles de la justice au juge civil.

1. La communication des archives de la justice au juge pénal

Durant les débats du procès Papon, le président de la cour d'assises de Bordeaux avait usé de son pouvoir discrétionnaire pour faire diffuser à l'audience les séquences d'enregistrement de deux témoignages recueillis devant la cour d'assises de Lyon, dix ans auparavant, au cours du procès de Klaus Barbie. Ce procès avait été enregistré au titre des archives audiovisuelles de la justice. L'un des témoins concerné par la diffusion à l'audience était décédé, tandis que l'autre était dans l'impossibilité de se déplacer. La diffusion s'était déroulée sans incident, mais au stade de la procédure de cassation, elle avait été critiquée par un moyen fondé sur les articles 310 du Code de procédure pénale et 8 de la loi du 11 juillet 1985. Il s'agissait en substance de savoir si le pouvoir discrétionnaire du président de la cour d'assises pouvait être limité par la réglementation des archives audiovisuelles de la justice.

Par son arrêt du 11 juin 2004 [4], l'Assemblée plénière a décidé « que les dispositions de l'article 8 de la loi du 11 juillet 1985 modifié par la loi du 13 juillet 1990, devenu l'article L. 222-1 du Code du patrimoine, dont l'objet est de réglementer l'accès des tiers aux archives

4. Bull. crim., 2004, n° 1, Rapport annuel Cass. 2005 p. 391, Gaz. Pal., Rec. 2005, jur. p. 456, J. n° 32, 1er février 2005, p. 2, note Y. Monnet, D., 2004, IR p. 2010, note X.

audiovisuelles de la justice, notamment en soumettant à autorisation préalable la reproduction ou la diffusion, à des fins historiques ou scientifiques, des enregistrements audiovisuels des audiences d'un procès, ne s'imposent pas aux autorités judiciaires, lesquelles, tenues de procéder à tous actes utiles à la manifestation de la vérité, peuvent se faire communiquer ces documents en vertu des dispositions du Code de procédure pénale ». Elle en a déduit que le président de la cour d'assises n'avait pas excédé ses pouvoirs en organisant la diffusion des enregistrements d'archives sans suivre la procédure prévue par le décret du 15 janvier 1986.

Les pouvoirs du juge pénal étant ainsi consacrés, il restait à envisager leur extension au juge civil.

2. La communication des archives de la justice au juge civil

La Deuxième chambre civile a pu effectuer la transposition du pénal au civil sans difficulté majeure. Certes, la procédure civile n'est pas inquisitoriale. Mais l'affirmation de l'inapplicabilité de l'article 8 aux autorités judiciaires dépassait nécessairement le cadre pénal. Il n'y a pas de raison juridique de considérer le juge civil comme une autorité judiciaire amoindrie par rapport au juge pénal. Il n'est plus le juge « aux mains liées » de l'ancien Code de procédure civile. Il a des pouvoirs d'investigation et un devoir de recherche de la vérité comparables à ceux du juge pénal.

L'article 138 du nouveau Code de procédure civile prévoit que si au cours d'une instance, une partie entend faire état d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la production de la pièce.

L'arrêt rapporté s'est référé à ce texte pour juger que « les dispositions de l'article 8 de la loi du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice, modifiées par la loi du 13 juillet 1990 et reprises à l'article L. 222 -1 du Code du patrimoine, dont l'objet est de réglementer l'accès des tiers à ces archives, ne concernent que la consultation non publique et la communication au public, par reproduction ou diffusion, des enregistrements audiovisuels des audiences d'un procès » et « elles ne s'imposent pas aux autorités judiciaires, spécialement au juge de la mise en état et au tribunal de grande instance, qui peuvent se faire communiquer ces documents pour l'administration judiciaire de la preuve, en application de l'article 138 du nouveau Code de procédure civile ».

C'est donc à tort que le juge de la mise en état avait renvoyé le témoin à mieux se pourvoir. Il était en effet saisi de l'affaire, au sens de l'article 138 [5].

Le pouvoir reconnu au juge civil par ce texte est discrétionnaire [6], ce qui le rapproche du pouvoir du président de la cour d'assises. Il peut être combiné avec celui de l'article 11 du nou-

5. Cass. 2e civ. 16 juillet 1992, Bull. Civ. 1992, II no 213 ; Cass. 2e civ. 10 février 1993, Bull. Civ. 1933, II no 33

6. Cass. 2e civ. 14 nov. 1979, Bul. Civ. 1979, II no 261, D. 1980, jur. p. 365, note J. Lemet

veau Code de procédure civile [7], mais à la différence de ce dernier, il est indépendant de la prise en considération d'un empêchement légitime.

Si la décision du juge de la mise en état pouvait être considérée comme erronée, elle n'avait pas au principal, conformément à l'article 775 du nouveau Code de procédure civile, l'autorité de la chose jugée, de sorte qu'elle ne faisait pas obstacle à une substitution de motifs.

C'est en effet par substitution de motifs, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du nouveau Code de procédure civile, que l'arrêt rapporté a approuvé la rétractation de l'ordonnance sur requête du président du tribunal de grande instance de Paris.

Ainsi, le juge civil bénéficie d'un pouvoir égal à celui du juge pénal, celui d'ordonner et obtenir la communication des archives audiovisuelles de la justice à des fins judiciaires.

Absence de concours d'un avocat au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle – Portée

2e chambre civile, 17 novembre 2005 (pourvoi no 03-04 186)

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser, dans cet arrêt rendu par la formation plénière de la Deuxième chambre civile, les conséquences du défaut d'assistance d'une partie qui, ayant sollicité et obtenu l'aide juridictionnelle, n'avait néanmoins pas bénéficié du concours d'un avocat lors de l'audience.

Saisie du recours formé par un créancier à l'encontre de la décision d'une commission de surendettement des particuliers, qui avait déclaré recevable une demande d'élaboration d'un plan de redressement, un juge de l'exécution a déclaré cette demande irrecevable.

La débitrice, qui avait sollicité le bénéfice de l'aide juridictionnelle moins d'un mois avant l'audience du juge de l'exécution, a comparu seule à cette audience et a été avisée, au cours du délibéré, par le bureau, que l'aide juridictionnelle lui avait été accordée.

L'intéressée s'est pourvue en cassation et a soutenu que, dès lors qu'elle n'avait pas été assistée d'un avocat lors de l'audience, la décision du juge de l'exécution avait été rendue en méconnaissance des dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et des textes régissant l'aide juridictionnelle.

La Deuxième chambre, au visa de l'article 25 de la loi no 91-647 du 9 juillet 1991, a censuré le jugement attaqué, au motif que le juge de l'exécution avait statué sur le recours, alors que la défenderesse avait obtenu, avant le prononcé de la décision, l'aide juridictionnelle qu'elle avait sollicitée et qu'elle n'avait pas bénéficié du concours d'un avocat.

7. Cass. 1re civ. 4 février 1986, Bull. Civ. 1986, II no 4 ; Cas. 1re civ. 7 décembre 2004, Bull. Civ. 2004, II no 306

B. Procédures civiles d'exécution

Prescription civile – Interruption – Acte interruptif – Commandement – Commandement aux fins de saisie immobilière

2e chambre civile, 24 mars 2005 -2 arrêts (Bull no 85)

Selon l'article 2244 du Code civil, un commandement signifié à celui qu'on veut empêcher de prescrire interrompt la prescription ainsi que les délais pour agir.

Qu'en est-il de cet effet interruptif lorsque le commandement est un commandement aux fins de saisie immobilière qui n'a pas été publié dans le délai fixé par l'alinéa 3 de l'article 674 du Code de procédure civile ou qui, bien qu'ayant été publié dans ce délai, s'est ultérieurement trouvé périmé en l'absence de publication, dans les trois ans, d'un jugement d'adjudication ou d'un jugement prorogeant le délai d'adjudication ?

Telles étaient les questions posées par les affaires ayant donné lieu aux arrêts ci-dessus.

Dans des poursuites de saisie immobilières exercées à leur encontre par une banque, les débiteurs saisis avaient fait valoir que la créance de la banque était prescrite.

La discussion n'a porté que sur l'effet interruptif de prescription d'un précédent commandement.

Dans l'une des deux affaires, la banque avait en effet, quelques années auparavant, fait délivrer aux débiteurs un commandement aux fins de saisie immobilière mais elle ne l'avait pas fait publier de sorte que ce commandement était « périmé » au regard de la procédure de saisie immobilière : la banque ne pouvait reprendre les poursuites qu'en réitérant ce commandement (article 674 du Code de procédure civile).

La Cour de Cassation a jugé que cette absence de publication était sans incidence sur l'interruption de la prescription provoquée par la délivrance du commandement.

Dans l'autre affaire, la banque avait également, quelques années auparavant, fait délivrer aux débiteurs un commandement aux fins de saisie immobilière, qui avait été publié, mais la procédure de saisie immobilière n'avait pas été menée à son terme de sorte que, comme le prévoit l'article 694 du Code de procédure civile, le commandement avait cessé de produire effet.

Là encore, la Cour de Cassation a jugé que l'interruption de la prescription provoquée par la délivrance du commandement n'était pas affectée par l'absence de poursuite de la procédure de saisie immobilière.

Juge de l'exécution – Pouvoirs – Surendettement – Procédure – Mesures d'exécution en cours – Avis à tiers détenteur – Suspension – Possibilité

2e chambre civile, 15 décembre 2005 (pourvoi no 04-04 175 à publier au bulletin)

La question posée à la Cour de cassation dans cette affaire porte sur le point de savoir si le juge de l'exécution peut, sur le fondement de l'article L 331-5 du Code de la consommation, suspendre les effets d'un avis à tiers détenteur portant sur des allocations de chômage d'un débiteur en situation de surendettement et délivré antérieurement.

Pour éviter que certains créanciers ne compromettent les chances d'élaboration d'un plan conventionnel en procédant à des actes d'exécution forcée, l'article L. 331-5 du Code de la consommation dispose que le juge de l'exécution, saisi par la commission de surendettement des particuliers, peut suspendre les procédures d'exécution diligentées contre le débiteur, même celles exercés pour le recouvrement de créances fiscales ou de sécurité sociale (1re Civ., 2 octobre 2002, Bull. nº 232, 2e Civ., 23 octobre 2003, Bull. nº 327). Seules les voies d'exécution portant sur des créances alimentaires ne peuvent être suspendues. Sa décision peut faire l'objet d'une demande de rétractation de la part des créanciers.

Bien qu'elle ne résulte pas de plein droit de l'ouverture de la procédure et nécessite une décision spéciale du juge de l'exécution, la suspension de l'article L. 331-5 peut être comparée, quant à ses effets, au jugement d'ouverture d'une procédure collective qui, selon l'article L. 621-24 du Code de commerce, « *emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture* ».

Or, en ce domaine, la Chambre mixte de la Cour de cassation, mettant un terme à une divergence qui avait opposé la Deuxième chambre civile à la Chambre commerciale, considère que la saisie attribution – dont les effets sont identiques à ceux de l'avis à tiers détenteur – d'une créance à exécution successive, pratiquée à l'encontre de son titulaire avant la survenance d'un jugement portant ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires de celui-ci, poursuit ses effets sur les sommes échues en vertus de cette créance, après ledit jugement. Dès lors, une cour d'appel, qui retient que la saisie à définitivement produit son effet attributif avant le jugement prononçant la mise en liquidation judiciaire de la société, décide, à bon droit, qu'il n'y a pas lieu d'en ordonner la mainlevée (Ch. mixte, 22 novembre 2002, Bull. nº 7 – solution depuis adoptée par la Chambre commerciale, 8 juillet. 2003, Bull. nº 132).

La question posée à la Deuxième chambre civile portait donc sur le point de savoir si la généralité des termes de cet arrêt et l'analogie entre les procédures de traitement du surendettement des particuliers et de redressement et de liquidation judiciaire des entreprises en difficulté devaient la conduire à transposer cette jurisprudence en matière de surendettement en ce qui concerne la saisie des allocations de chômage. Autrement dit, dès lors qu'il a été jugé que l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du redevable postérieurement au jour de la réception par le tiers saisi de l'avis à tiers détenteur ne remettait pas en cause l'effet d'attribution immédiate de l'avis sur la créance saisie à exécution successive, pouvait-on admettre une solution différente en matière de surendettement ?

Le propre de cette procédure est de permettre à un débiteur de payer ses dettes tout en conservant un minimum de ressources pour satisfaire à ses besoins personnels essentiels. À cet égard, la commission, ou le juge en cas d'opposition des parties, dispose, en vertu des articles L. 331-7 et L. 331-7-1 du Code de la consommation, de la faculté de réaménager les dispositions contractuelles de telle sorte que la part des ressources du débiteur affectées au remboursement des dettes soit inférieure ou égale à la quotité saisissable du salaire telle que résultant de l'article R 145-2 du Code du travail. Ainsi, le montant des remboursements ne peut excéder la somme résultant de l'application d'un coefficient déterminé selon un barème de saisie des rémunérations fixé par l'article R. 145-2 du Code du travail à l'ensemble des ressources du débiteur.

La somme résultant de ce calcul est en outre plafonnée à la différence entre le montant des ressources mensuelles réelles de l'intéressé et le montant du revenu minimum d'insertion, majoré de 50 % dans le cas d'un ménage (article R 331-15-1), ce qui revient à laisser au débiteur pour ses besoins personnels l'équivalent au moins du RMI, et la loi du 18 janvier 2005 est venue ajouter que la part de ressources laissée à la disposition du débiteur devait intégrer le montant des dépenses de logement, de nourriture et de scolarité, dans la limite d'un plafond dont les modalités sont définies par décret (décret non paru à ce jour). Enfin, selon la Cour de cassation, ce « minimum vital » constitue un plancher que le juge, qui apprécie souverainement les facultés contributrices résiduelles des débiteurs au regard de leurs charges et ressources mensuelles, peut décider d'augmenter (1re Civ., 4 décembre 2001, Bull. nº 309).

L'article L 331-8 du Code de la consommation précise que les mesures de redressement recommandées par la commission ou ordonnées par le juge sont opposables aux créanciers qui ne peuvent exercer des procédures d'exécution à l'encontre des biens du débiteur pendant la durée d'exécution de ces mesures.

La Première chambre civile en a déduit, certes avant l'arrêt de la Chambre mixte du 22 novembre 2002, que le plan de redressement recommandé par la commission suspendait les effet de la saisie-attribution pratiquée avant l'ouverture de la procédure sur une créance à exécution successive – en l'espèce une pension (1re Civ., 14 mars 2000, Bull. nº 94).

Or, s'il est considéré qu'en raison de l'effet d'attribution immédiate de la créance au profit du saisissant, l'avis à tiers détenteur ne peut voir ses effets suspendus par le juge sur le fondement de l'article L. 331-5, il doit également être considéré qu'il ne peut se voir affecté davantage par les mesures de redressement recommandées par la commission de surendettement. Autrement dit, si la Deuxième chambre décidait, au regard de la solution dégagée par la Chambre mixte, d'interdire au juge de l'exécution de suspendre les effets de l'avis à tiers détenteur, elle devrait, logiquement, exclure des mesures de redressement pouvant être recommandées par la commission de surendettement les créances ayant fait l'objet antérieurement d'une telle voie d'exécution.

Mais, dans une telle hypothèse, se poserait nécessairement la question de savoir comment mettre en place un plan de redressement viable en présence d'un avis à tiers détenteur ou d'une saisie-attribution puisque, en ce cas, la commission, ou le juge, ne pourrait plus diminuer, et encore moins supprimer, la ponction réalisée sur les revenus du débiteur pour lui permettre de faire face à ses dépenses les plus vitales. Par conséquent, les mesures des articles L. 331-7 et L. 331-7-1 seraient sans effet face à un avis à tiers détenteur ou une saisie-attribution délivré antérieurement.

C'est pour ces raisons que la Deuxième chambre civile, prenant en compte la spécificité de la procédure de surendettement, inspirée d'une logique plus sociale que strictement juridique, dans laquelle l'esprit de solidarité l'emporte sur les principes généraux du droit des contrats, a considéré que, par exception au droit commun, les voies d'exécution qui emportent attribution immédiate de la créance, à exécution successive, peuvent être suspendues sur le fondement de l'article L. 331-5 du Code de la consommation. Par conséquent, le juge de l'exécution, qui tient de ce texte le pouvoir de suspendre les mesures d'exécution en cours pour le recouvrement de dettes fiscales, peut ordonner la suspension d'un avis à tiers détenteur délivré auprès de

l'ASSEDIC pour obtenir, en vue du recouvrement d'impôts sur le revenu impayés, l'attribution des allocations de chômage servies à un débiteur en situation de surendettement.

Cette décision ne doit cependant pas s'analyser comme un revirement par rapport à la solution dégagée par l'arrêt de la Chambre mixte du 22 novembre 2002 qui demeure d'actualité en dehors de la procédure très spécifique du traitement du surendettement.

C. Organisation des professions

Avocat – Honoraires – Contestation – Honoraires de résultat – Convention expresse préalable – Exclusion – Cas

2e chambre civile, 10 novembre 2005 (pourvoi no 04-15 661)

Par un arrêt remarqué du 10 mars 2004 (Bull. no 102), la Deuxième chambre civile, saisie de la question de savoir si l'honoraire de résultat fixé entre un avocat et son client dans le cadre d'une convention préalable d'honoraires était exigible dès lors qu'un acte, juridictionnel ou autre, avait obtenu le résultat convenu, avait énoncé que « l'honoraire de résultat prévu par convention préalable n'est dû par le client à son avocat que lorsqu'il a été mis fin à l'instance par un acte ou une décision juridictionnelle irrévocable ».

Cette jurisprudence, quoique controversée en raison de sa rigueur, jugée excessive, et de son caractère prétorien (cf. R. Martin JCP 14/07/2004 no 10 114 page 1328, et JP. Maisonnas Gaz. Pal. 6/8 Juin 2004 page 8), a été confirmée par l'arrêt du 10 novembre 2005, qui approuve le premier président d'une cour d'appel d'avoir débouté de sa demande un avocat bénéficiant d'un honoraire de résultat contractuel, mais qui, après qu'il avait obtenu, dans le cadre d'un litige en réparation des suites d'un accident de la circulation, une expertise médicale de la victime et le versement d'une provision indemnitaire, avait été ultérieurement dessaisi par ses clients. Ceux-ci, avec le concours de leur nouveau conseil, avaient obtenu au fond le résultat escompté. L'avocat dessaisi avait alors plaidé, dans le cadre d'une instance en contestation d'honoraires, qu'ayant, durant son mandat, obtenu au profit de ses clients un résultat partiel, les stipulations de la convention préalable d'honoraires auraient dû conduire le premier président à lui reconnaître le droit au paiement d'un honoraire de résultat partiel.

La Deuxième chambre civile, dans l'arrêt commenté, a donc réitéré la formule de principe dégagée dans l'arrêt du 10 mars 2004, en relevant qu'il ressortait des constatations de l'ordonnance attaquée « qu'à la date du dessaisissement de l'avocat, il n'avait pas été mis fin à l'instance en réparation par un acte ou une décision juridictionnelle irrévocable », et qu'en conséquence le premier président avait à bon droit évalué les honoraires correspondant à la mission partielle effectuée par l'avocat jusqu'à cette date en appliquant les critères d'appréciation énoncés à l'article 10 alinéa 2 de la loi modifiée du 31 décembre 1971.

Ainsi est-il rappelé avec force que, sauf à ce que les parties à la convention le prévoient expressément, et dans la mesure où la règle énoncée par l'arrêt du 10 mars 2004 ne serait pas jugée d'ordre public, l'avocat contractuellement bénéficiaire d'un honoraire de résultat, ne peut, lorsqu'il est dessaisi par son client en cours de mandat, se prévaloir d'un droit au paiement, même partiel de cet honoraire. Ce que l'avocat ayant poursuivi son mandat ne peut obte-

nir après résultat atteint tant que celui-ci n'est pas définitivement acquis au client, est évidemment impossible, lorsque, par suite de son dessaisissement, le résultat escompté n'a pas été encore atteint.

D. Responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice – Séparation des pouvoirs

1re chambre civile, 22 mars 2005 (Bull. no 149)

Cet arrêt tranche, pour la première fois, la question de savoir si le juge judiciaire saisi d'une action en responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice, à raison de la lenteur excessive d'une procédure, peut prendre en considération l'ensemble de ses phases, lorsqu'elle s'est déroulée à la fois devant les juridictions administratives et judiciaires, ou s'il doit, au contraire, se limiter à l'appréciation de la durée de la phase judiciaire.

Le demandeur ne remettait pas en cause l'inapplicabilité de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire à la juridiction administrative, mais soutenait, en invoquant notamment les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatifs à la notion de délais raisonnables et de recours effectifs, que seule une évaluation globale de la durée de la procédure, prenant en compte l'ensemble des actions conduites à l'occasion d'un même litige devant des juridictions distinctes, même relevant d'ordres juridictionnels différents, permettrait d'apprécier le caractère raisonnable ou non du délai.

La Première chambre civile a jugé que, le principe de dualité de juridiction, qui caractérise notre organisation juridictionnelle, interdisant au juge judiciaire d'apprécier le fonctionnement de la juridiction administrative, celui-ci ne peut prendre en considération l'ensemble des phases d'une procédure qui s'est déroulée devant les deux ordres de juridictions pour apprécier la lenteur excessive de celle-ci.

VII – LE DROIT PÉNAL ET LA PROCÉDURE PÉNALE

A. Droit pénal spécial

Le choix a été fait de présenter dans cette rubrique, d'une part, les arrêts rendus à propos des nouvelles incriminations issues soit de la loi nº 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure, soit de celle nº 2004-204 du 9 mars 2004 d'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, d'autre part, ceux qui concernent les délits commis au moyen d'Internet et, plus généralement, liés aux nouvelles technologies.

1. Privation de soins envers un mineur

Chambre criminelle, 12 octobre 2005 (nº 05-81 191, Bull. nº 259 et nº 05-81 192, non publié)

L'article 227-15 du Code pénal, modifié par l'ordonnance nº 2005-759 du 4 juillet 2005, incrimine le fait, par un ascendant ou toute autre personne exerçant l'autorité parentale ou ayant autorité sur un mineur de quinze ans, de le priver d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé. L'alinéa 2 de ce texte, issu de la loi du 18 mars 2003, précise que constitue « notamment » une privation de soins le fait de maintenir sciemment un enfant de moins de six ans sur la voie publique ou dans un espace affecté aux transports collectifs de voyageurs dans le but de solliciter la générosité des passants.

Compte tenu de la rédaction de cette nouvelle disposition, la question s'est posée à la chambre de savoir si le législateur avait entendu créer une infraction autonome, distincte de celle prévue par l'alinéa 1er, ou si, par la présence de l'adverbe « notamment », il avait au contraire entendu établir un lien indissociable entre ces deux paragraphes et, ainsi, faciliter les poursuites en posant une présomption de privation de soins lorsqu'un enfant de moins de six ans est maintenu sur la voie publique dans le but de solliciter la générosité des passants. Cette seconde interprétation semble avoir les faveurs d'une majorité de la doctrine.

Critiquant l'arrêt ayant prononcé une relaxe, le procureur général à l'initiative du pourvoi soutenait que par le choix du terme « compromettre » le législateur avait entendu exclure la notion de résultat et n'avait pris en compte que celle de risque, lequel était constitué par l'exposition du mineur dans un environnement néfaste « au point de » compromettre sa santé ce qui, dans cette interprétation, excluait la nécessité d'apprécier, non seulement, si l'état de santé de l'enfant avait ou non été effectivement altéré mais, encore, s'il n'avait même été que compromis par l'exposition à laquelle il avait été soumis.

Ayant eu à se prononcer sur des pourvois concernant l'application du délit prévu par l'article 227-17 du code pénal, disposition rédigée en termes quasiment identiques, la Chambre criminelle avait alors jugé que, pour être constituée, l'infraction n'exigeait pas que le comportement imputé aux parents ait eu pour effet de porter atteinte d'une manière irréversible à la santé, la moralité ou la sécurité de l'enfant (Crim., 11 juillet 1994, Bull. crim., nº 269 et 17 octobre 2001, Bull. crim., nº 214).

Dans les deux arrêts rapportés, qui ont été rendus contrairement aux conclusions de l'avocat général, la chambre a considéré que la relaxe était justifiée dès lors que la cour d'appel avait souverainement apprécié que la santé de l'enfant n'avait pas été compromise.

2. Racolage

Chambre criminelle, 25 mai 2005 (pourvoi n° 04-84 769, non publié)

Sans abroger l'ancienne contravention prévue par l'article R. 625-8 du Code pénal qui incrimine « le fait, par tout moyen, de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles », la loi du 18 mars 2003 a introduit un nouvel article 225-10-1 dans le Code pénal qui incrimine explicitement le racolage passif.

Les arrêts rendus par la Chambre criminelle sous l'empire des dispositions antérieures révélaient qu'elle se montrait très exigeante sur la motivation des décisions de condamnation, considérant qu'étaient insuffisantes des considérations générales sur le prévenu, sa tenue vestimentaire ou son attitude (Crim., 2 novembre 1950, Bull. crim., n° 248 ; 9 mars 1961, Bull. crim., n° 156 ; 16 mai 1962, Bull. crim., n° 196 ; 3 novembre 1971, Bull. crim., n° 297 ; 22 juin 1983, Bull. crim., n° 194 ; 9 décembre 1992, Bull. crim., n° 415).

Dans le présent arrêt, où la Chambre criminelle était saisie du pourvoi formé par un procureur général contre un arrêt de relaxe, elle a maintenu ce niveau d'exigence. Reprenant les énonciations de l'arrêt selon lesquelles « le fait, au mois de juillet, vers minuit, de se trouver même dans un endroit connu pour la prostitution, légèrement vêtue et en stationnement au bord du trottoir et que c'était le client qui avait pris l'initiative d'aborder la prévenue en vue d'avoir des relations sexuelles avec elle », elle a considéré que les juges avaient souverainement apprécié que le comportement décrit était insuffisant pour caractériser le délit de racolage passif poursuivi.

3. Diffusion de messages pornographiques susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur

Chambre criminelle, 5 janvier 2005 (Bull. n° 9)
Chambre criminelle, 2 février 2005 (pourvoi n° 04-85 521, non publié)
Chambre criminelle, 28 septembre 2005 (Bull. n° 248)
Chambre criminelle, 12 octobre 2005 (Bull. n° 258)

L'article 227-23 du Code pénal incrimine, en son alinéa 1er, « le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique », en son alinéa 2, « le fait d'offrir ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter » et, en son alinéa 4, « le fait de détenir une telle image ou représentation ». Il prévoit, en outre, des pénalités aggravées dans un certain nombre d'hypothèses.

Par le premier des arrêts rapportés, la chambre a considéré qu'était justifiée une décision de relaxe rendue au profit d'un prévenu qui s'était connecté, au moyen d'un ordinateur mis par une commune à la disposition du public, à des sites pédophiles pour regarder des images de

mineurs présentant un caractère pornographique, dès lors que les images observées n'avaient été ni imprimées ni enregistrées sur un support quelconque et que la simple consultation des sites en cause ne suffisait pas à caractériser le délit prévu par l'alinéa 4 de ce texte.

En revanche, elle a considéré qu'était caractérisé le délit prévu par les deux premiers alinéas de ce texte à la charge d'un prévenu qui avait mis en place, sur le réseau Internet, un serveur proposant l'envoi de représentations à caractère pornographique de mineurs en échange de la fourniture d'images du même type (Chambre criminelle, 2 février 2005), qu'il en était de même du prévenu, instituteur, qui avait pris lui-même les clichés photographiques incriminés qu'il avait ensuite transférés sur un ordinateur de l'établissement scolaire où ils pouvaient être vus par tout utilisateur du réseau informatique de l'établissement, et notamment par des mineurs (Chambre criminelle, 12 octobre 2005). Elle a également jugé qu'était coupable de recel de ce délit le prévenu, instituteur, qui avait conservé de telles images dans un fichier enregistré sur le disque dur d'un ordinateur de l'école (Chambre criminelle, 28 septembre 2005).

4. Nouvelles technologies – Fourniture de logiciel et tromperie

Chambre criminelle, 8 mars 2005 (Bull. n° 76)
Chambre criminelle, 2 novembre 2005 (pourvoi n° 04-86 592, en cours de publication)

Les faits concernés par le premier de ces arrêts étaient les suivants : le prévenu avait été condamné pour avoir proposé des schémas, des logiciels, des programmes, des clés et des fichiers destinés à fabriquer des programmateurs et des cartes permettant d'accéder aux programmes proposés par des chaînes de télévision à péage, délit prévu et réprimé par l'article 79-2 de la loi du 30 septembre 1986 ; les juges du fond, après avoir reconnu l'existence d'un préjudice économique subi par une société de télévision par satellite qui s'était constituée partie civile, avaient néanmoins refusé de l'indemniser au motif que le mode de calcul qu'elle proposait était hypothétique.

Par cet arrêt, la Chambre criminelle, après avoir rappelé qu'il appartient aux juridictions du fond de réparer le préjudice dont elles ont reconnu le principe, énonce qu'il devait en être ainsi dans cette affaire et casse l'arrêt qui, après avoir reconnu l'existence d'un préjudice, refuse néanmoins de l'indemniser.

Par le second arrêt, elle a répondu, par l'affirmative, à la question de savoir si le délit de tromperie était applicable à la fourniture d'un logiciel informatique.

Ayant acquis auprès d'un distributeur informatique, un logiciel de comptabilité qui n'intégrait pas la spécificité essentielle précisée dans l'appel d'offres, une société a porté plainte avec constitution de partie civile du chef de tromperie.

Le directeur commercial de la société informatique, condamné pour ce délit par la cour d'appel, a formé un pourvoi aux termes duquel il a fait valoir que les dispositions de l'article L. 213-1 du Code de la consommation, en ce qu'elles visent limitativement les marchandises et les produits, qui sont des biens corporels, ne pouvaient s'appliquer à la vente d'un logiciel qui a

pour unique objet la cession du droit d'utilisation d'un programme informatique, qui est un droit incorporel.

La chambre n'a pas retenu cette argumentation et, pour rejeter le pourvoi, elle a jugé « *que tout logiciel, quelle que soit la portée de sa diffusion, constitue pour l'utilisateur un bien ou une marchandise entrant dans les prévisions de l'article L. 213 du Code de la consommation* », faisant ainsi une application implicite de l'article L. 216-1 dudit Code, selon lequel les dispositions de l'article L. 213 sont applicables aux prestations de service.

5. Santé publique : VIH et administration de substances nuisibles

Chambre criminelle, 10 janvier 2006 (pourvoi nº 05-80 787, en cours de publication)

La chambre s'est prononcée, pour la première fois, sur l'application du délit d'administration de substances nuisibles à la transmission, par voie sexuelle, du VIH.

Elle a approuvé les motifs de la décision d'une cour d'appel qui, pour déclarer un prévenu coupable de ce délit, a retenu que, sachant depuis 1998 qu'il était porteur du VIH, il avait multiplié les relations sexuelles non protégées avec plusieurs jeunes femmes auxquelles il dissimulait volontairement son état de santé, et ainsi contaminé par la voie sexuelle les plaignantes, désormais porteuses d'une affection virale constituant une infirmité permanente.

Cet arrêt peut être éclairé par un précédent aux termes duquel la chambre avait cassé une décision qui avait renvoyé un prévenu devant la cour d'assises sous l'accusation d'empoisonnement au motif que, connaissant le mode de transmission du VIH, « *virus d'une maladie mortelle* », il avait délibérément contaminé sa compagne. Elle avait énoncé que *« la seule connaissance du pouvoir mortifère de la substance administrée ne (suffisait) pas à caractériser l'intention homicide »*.

B. Droit pénal économique et financier

1. Publicité – Publicité de nature à induire en erreur – Annonceur – Association à but non lucratif – Conditions – Fourniture d'un bien ou d'un service

(Assemblée plénière, 8 juillet 2005, Bull. nº 9 ; BICC nº 626, p. 31, rapport de M. Laurans et avis de M. Mouton)

Par cet arrêt, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a statué sur le pourvoi formé par M. X... contre un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 29 avril 1997 renvoyé devant elle par la commission de réexamen d'une décision pénale, en application des dispositions des articles 626-1 à 626-7 du Code de procédure pénale relatives au « réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne ».

Dans la présente espèce, la Cour européenne des droits de l'homme, par arrêt du 26 juin 2003, a condamné la France pour violation de l'article 6.1 de la Convention en ce que la cause du requérant n'avait pas été entendue d'une manière équitable faute pour celui-ci d'avoir eu accès au rapport du conseiller rapporteur dont l'avocat général avait eu connaissance.

L'Assemblée plénière a déclaré le pourvoi recevable en précisant que l'amnistie acquise après paiement de l'amende ne rend pas sans objet le pourvoi, la condamnation ayant perdu son caractère définitif dès lors que la commission de réexamen a ordonné le réexamen du pourvoi.

Sur le fond, l'Assemblée plénière a cassé sans renvoi l'arrêt attaqué, jugeant que si aucune disposition de la loi du 27 décembre 1973, incriminant la publicité trompeuse, n'écarte de son champ d'application les associations à but non lucratif, dès lors qu'elles proposent un bien ou un service, en l'espèce, aucun service au sens de la loi précitée n'était proposé par le tract incriminé.

2. Impôts et taxes

Chambre criminelle 1er juin 2005 (Bull. no 170, deux arrêts)

Pour bien mesurer la portée de ces deux arrêts, il est nécessaire d'avoir présent à l'esprit l'état de la jurisprudence antérieure relative à l'article L. 47 du Livre des procédures fiscales. Les deux premiers paragraphes de cet article disposent qu'« un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle d'une personne physique au regard de l'impôt sur le revenu ou une vérification de comptabilité ne peut être engagée sans que le contribuable en ait été informé par l'envoi ou la remise d'un avis de vérification. Cet avis doit préciser les années soumises à vérification et mentionner expressément, sous peine de nullité de la procédure, que le contribuable a la faculté de se faire assister par un conseil de son choix ». Depuis un arrêt du 4 décembre 1978 (Bull. no 340), la Chambre criminelle juge que la violation de l'article L. 47 du Livre des procédures fiscales (il s'agissait, à l'époque, de l'article 1649 *septies* du Code général des impôts), est susceptible d'entraîner non seulement la nullité de la procédure administrative tendant à fixer l'imposition mais encore celle de la procédure pénale, du moins lorsque celle-ci trouve son fondement dans les constatations des vérificateurs. Doivent en conséquence être annulées les poursuites fondées sur une vérification de comptabilité à laquelle le vérificateur procède, hors la présence du contribuable, dans les locaux de l'administration où il a emporté les documents comptables (Crim., 23 novembre 1992, Bull. no 384) ou sur une vérification effectuée sans que le contribuable ait été avisé de ce qu'il avait la faculté de se faire assister d'un conseil de son choix (Crim., 8 décembre 1980, Bull. no 336).

Cette jurisprudence n'est pas mise en cause par les présentes décisions, qui portent seulement sur la question de savoir à qui l'avis de vérification doit être adressé. Dans deux arrêts du 1er mars 2000 (Bull. no 99), la Chambre criminelle a jugé que, « lorsque la vérification porte sur une société en liquidation judiciaire, les dispositions de l'article L. 47 du Livre des procédures fiscales et le principe d'un débat oral et contradictoire au cours de la vérification doivent bénéficier tant au liquidateur désigné dans la procédure qu'au dirigeant de la société, pénalement responsable du délit de fraude fiscale ». Le dirigeant de fait étant pénalement responsable, il s'en déduisait que, lorsque sa qualité était connue de l'administration des douanes au moment de la notification, cette dernière devait, à peine de nullité, lui notifier l'avis de vérification (second des deux arrêts précités). Cette jurisprudence avait une certaine cohérence dès lors que, pour la Chambre criminelle, l'obligation d'instaurer un débat contradictoire se rattachait aux droits de la défense qui doivent être respectés dans le procès pénal (V. l'arrêt du

4 décembre 1978, précité). Or, c'est ce fondement que contestait notamment l'administration des Impôts dans la présente affaire, en demandant à la Chambre criminelle de revenir sur sa jurisprudence. Elle faisait valoir que l'exigence de notifier l'avis de vérification au dirigeant de fait lorsque sa situation est connue de l'Administration n'est pas prévue par l'article L. 47, lequel ne mentionne que le « contribuable », et qu'elle s'accorde mal avec la finalité de ce texte, qui est d'établir l'impôt et non de déterminer la responsabilité des personnes physiques qui étaient à la tête de l'entreprise lors de la période concernée par la vérification. Les pièces comptables dont le vérificateur peut avoir besoin pour établir l'impôt ne pouvant être fournies que par la personne qui représente la société au moment où la vérification a lieu, il n'y a pas lieu, selon l'Administration, de notifier la vérification à d'autres personnes, lesquelles n'ont aucun droit sur lesdites pièces.

Cette argumentation a probablement convaincu la Chambre criminelle puisque, dans les décisions du 1er juin 2005, elle revient sur sa jurisprudence antérieure et énonce que la vérification de comptabilité « n'implique pas l'envoi ou la remise de l'avis de vérification à une personne autre que le redevable de l'impôt ou son représentant légal ». Aussi casse-t-elle, dans la première affaire, un arrêt qui, pour annuler des poursuites engagées pour fraude fiscale à l'encontre du dirigeant de fait d'une société, relevait que l'avis de vérification de comptabilité n'avait pas été notifié à ce dernier, dont la qualité était pourtant connue de l'Administration. Dans le second arrêt, la Chambre criminelle approuve une décision qui avait statué en sens contraire. Cette solution présente un avantage pratique incontestable, en ce qu'elle déchargera les juges du fond de la tâche, toujours difficile, de déterminer si la qualité de gérant de fait du prévenu était connue de l'Administration au moment de l'envoi de l'avis de vérification et, en amont, dispensera les agents du fisc de s'interroger sur une situation qui ne relève pas de leurs attributions. Par ailleurs, elle s'harmonise avec la jurisprudence relative à la procédure devant la commission des infractions fiscales. La Chambre criminelle juge en effet que l'article L. 228 du Livre des procédures fiscales, qui prévoit que le contribuable doit être avisé de la saisine de cette commission et invité à lui communiquer les informations qu'il jugerait nécessaires, n'est applicable qu'au redevable de l'impôt (ou à celui qui en est mandataire social s'il s'agit d'une personne morale), et non aux autres personnes pénalement impliquées dans la fraude (Crim., 2 mai 1984, Bull. nº 151). La Chambre criminelle écarte notamment l'idée que la communication de l'avis de la saisine de la commission des infractions fiscales puisse constituer une garantie des droits de la défense et juge que ceux-ci demeurent entiers devant le juge répressif. Ce raisonnement est transposable au problème de la vérification de comptabilité. Rien n'empêche la personne poursuivie qui n'a pas assisté à la vérification de comptabilité d'en contester les résultats devant le tribunal correctionnel. D'ailleurs, si l'on devait considérer que la notification de l'avis de vérification relève des droits de la défense, il apparaîtrait logique d'en faire bénéficier non seulement le gérant de fait mais encore les gérants antérieurs ou les complices susceptibles d'être poursuivis, ce que la Chambre criminelle n'a jamais décidé. Enfin les deux présentes décisions mettent fin à une divergence entre la jurisprudence de la Chambre criminelle et celle des juridictions administratives, qui considèrent que la procédure est régulière dès lors qu'elle s'est déroulée en présence ou avec la mise en cause du représentant légal de la société (V. CAA Bordeaux, 18 janvier 2000, Ministère de l'Economie c/Société Syrdrec, Req. nº 98BX00608).

3. Prise illégale d'intérêts

Chambre criminelle, 9 février 2005 (Bull. nº 48)
Chambre criminelle, 9 mars 2005 (Bull. nº 81)
Chambre criminelle, 21 septembre 2005 (Bull. nº 233)
Chambre criminelle, 29 juin 2005 (Bull. nº 198)

Quatre affaires ont permis à la Chambre criminelle d'apporter des précisions sur les éléments constitutifs du délit de prise illégale d'intérêts. La première concernait un marché public relatif à la construction d'une route départementale qui avait été attribué à une entreprise dirigée par les enfants du président du conseil général. Condamné pour prise illégale d'intérêts, ce dernier faisait valoir, devant la Cour de cassation, que, bien qu'ayant présidé la commission d'appel d'offres, il n'avait pas pris part au vote et qu'il avait même eu une « attitude de retrait ». Pour rejeter cet argument, la Chambre criminelle se fonde sur l'article L. 3221-3 du Code général des collectivités territoriales, dont il résulte que le président du conseil général a seul l'administration de l'ensemble des affaires du département et notamment de celles relevant de ses pouvoirs de préparation et d'exécution des décisions de la commission d'appel d'offres qu'il préside. Le simple fait que cette commission a attribué, sous sa présidence, des marchés publics à une société dans laquelle il avait un intérêt, fût-ce un intérêt purement moral, suffit à caractériser l'élément matériel de l'infraction. La circonstance que le président n'a pas lui-même participé au vote est donc sans incidence. La Chambre criminelle réaffirme ici un principe qu'elle avait déjà énoncé (Crim., 21 juin 2000, Bull. nº 239). Mais la Chambre criminelle indique également, et pour la première fois, que le président du Conseil général ne saurait non plus se dégager de sa responsabilité en arguant de ce qu'il avait consenti une délégation de signature à un fonctionnaire, une telle délégation laissant subsister la compétence du délégant. La question reste posée de savoir si la situation serait différente en présence d'une délégation de pouvoirs.

La deuxième affaire met également en cause la notion d'administration ou de surveillance d'une opération, au sens de l'article 432-12 du Code pénal. Le maire adjoint d'une commune avait transmis, en émettant un avis favorable, une demande de subvention présentée par une association. Trois mois après avoir reçu la subvention, l'association l'a reversée à une société gérée par le maire adjoint, en règlement d'une facture de fourniture de papier d'un montant légèrement supérieur. Pour déclarer ce dernier coupable de prise illégale d'intérêts, les juges du fond ont relevé que le fait que le versement effectué par l'association au vu d'une facture de fourniture de papier soit intervenu à un moment où cette association connaissait des difficultés financières démontrait qu'il avait été effectué non pas dans son intérêt mais dans celui de la société, qui se trouvait en état de cessation de paiement, dans le but de lui procurer artificiellement de la trésorerie. Cette motivation est approuvée par la Chambre criminelle, qui énonce que la surveillance d'une opération peut se réduire au simple pouvoir d'émettre un avis en vue de décisions prises par d'autres. Cet arrêt est en parfaite harmonie avec la jurisprudence antérieure (Crim., 19 novembre 2003, pourvoi nº 02-87 336).

Le troisième arrêt fournit des précisions quant à la notion de personne chargée d'une mission de service public en reconnaissant cette qualité au président d'un conseil régional des notaires, établissement d'utilité publique auquel a été confiée, par le Conseil supérieur du Notariat, établissement également reconnu d'utilité publique, la mission d'intérêt général de

faciliter l'obtention de stages aux futures notaires. En l'espèce, le président avait fait bénéficier son propre fils d'un système de stage financé par le conseil régional des notaires.

Enfin, par le dernier arrêt, la Chambre criminelle précise que le 2e alinéa de l'article 432-12 du Code pénal, qui permet aux maries des communes de moins de 3 500 habitants de traiter avec la commune dont ils sont élus dans la limite d'un plafond annuel, ne permet pas au maire de conclure lui-même avec un tiers, au nom de la commune, un contrat dans lequel il prend un intérêt. En l'espèce, le maire avait attribué à son beau-frère un marché de maîtrise d'œuvre pour l'extension et la rénovation d'un bâtiment communal.

4. Douane

Chambre criminelle, 29 juin 2005 (Bull. no 201)
Chambre criminelle, 9 mars 2005 (Bull. no 83)
Chambre criminelle, 23 février 2005 (Bull. no 71)
Chambre criminelle, 5 octobre 2005 (pourvoi no 05-80 758)
Chambre criminelle, 21 septembre 2005 (pourvoi no 04-86 196)
Chambre criminelle, 7 juillet 2005 (Bull. no 205)

Comme en 2004, la Chambre criminelle a été confrontée, à plusieurs reprises, à des questions relatives à la portée des citations en matière douanière. Il résulte de l'article 365 du Code des douanes que le régime applicable est celui que prévoit le Code de procédure pénale et notamment son article 551. La citation doit donc énoncer les faits poursuivis avec une précision qui permette au prévenu de préparer sa défense. Les circonstances de l'espèce ne sont pas indifférentes à l'appréciation du caractère suffisamment précis de la citation. S'agissant notamment de citations adressées à des commissionnaires en douane, appelés à procéder aux opérations de dédouanement pour de nombreux importateurs, la Chambre criminelle juge qu'elles ne répondent pas aux exigences de l'article 551 lorsqu'elles se bornent à énoncer que les intéressés sont poursuivis pour diverses infractions douanières commises sur une période de cinq ans à l'occasion d'opérations d'importation, sans préciser les dates ou numéros de référence des opérations en cause ni la nature des marchandises sur lesquelles elles ont porté (premier arrêt). L'imprécision de la citation peut toutefois être compensée par les procès-verbaux qui lui sont joints. Mais ceux-ci ne sauraient en étendre la portée. Ainsi les juges ne sont pas saisis des faits commis pendant une période de temps qui n'est pas visée dans la citation, même si les procès-verbaux s'y réfèrent (deuxième arrêt). En outre, seuls les procès-verbaux qui sont joints à la citation peuvent en préciser l'objet (même arrêt). La Chambre criminelle poursuit ainsi un infléchissement qu'elle avait entamé avec un arrêt du 19 mai 2004 (Bull. no 127) qui, revenant sur la jurisprudence antérieure (Crim., 20 avril 1972, Bull. no 135), avait jugé que, lorsque la juridiction est saisie à la requête du seul ministère public, l'étendue des poursuites est fixée par la seule citation.

S'agissant des éléments constitutifs des infractions douanières, la Chambre criminelle a dû trancher, pour la première fois, la question de savoir si la TVA doit être prise en compte pour apprécier le caractère fortement taxé d'une marchandise. L'enjeu est important puisqu'un même comportement (par exemple une importation sans déclaration) constitue une contravention lorsqu'il porte sur des marchandises non prohibées ni fortement taxées et un délit dans les autres cas. Selon l'article 7 du Code des douanes et l'arrêté ministériel pris pour son application, sont considérées comme fortement taxées les marchandises pour lesquelles l'ensemble

des droits de douane, prélèvements et taxes diverses applicables à l'importation représente plus de 20 % ou, dans certains cas, 25 % de leur valeur. En raison de l'abaissement général des taux applicables aux droits de douane, de nombreuses marchandises ne peuvent être considérées comme fortement taxées que si l'on tient compte de la TVA à laquelle elles sont soumises. Se fondant sur l'article 291 du Code général des impôts, selon lequel « les importations de biens sont soumises à la TVA » et de l'article 1695 du même code, selon lequel « la TVA est perçue, à l'importation, comme en matière de douane », la Chambre criminelle a jugé que la TVA perçue sur un produit importé constitue une taxe applicable à l'importation au sens de l'article 7 du Code des douanes (troisième arrêt).

Enfin la Chambre criminelle a dû se pencher à plusieurs reprises sur la question récurrente de la bonne foi des opérateurs économiques qui font l'objet de poursuites. Le Code des douanes institue, à l'égard des déclarants en douane, des détenteurs de marchandises de fraude, des transporteurs, etc. de nombreuses présomptions de culpabilité que les intéressés peuvent combattre en établissant leur bonne foi. Si l'appréciation de la bonne foi relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (Crim., 1er octobre 1990, Bull. nº 324), la Chambre criminelle veille à ce que ces derniers ne renversent pas la charge de la preuve et qu'ils justifient leur décision après avoir, le cas échéant, procéder aux recherches nécessaires. A ainsi été censurée la décision qui, pour relaxer du chef d'importation sans déclaration de marchandises prohibées le chauffeur d'un camion dans lequel avaient été trouvés plus de 200 kg de cannabis dissimulés dans les pneus, relève que la relaxe du prévenu, au bénéfice du doute, du chef d'infraction à la législation sur les stupéfiants, ainsi que sa totale collaboration à l'enquête impliquent qu'il n'était pas de mauvaise foi (quatrième arrêt). De même doit être cassée la décision qui, après avoir relevé que les prévenus ont manqué de vigilance, les relaxe au motif qu'il n'est pas établi qu'ils ont commis une faute personnelle (cinquième arrêt).

Quant à la bonne foi du propriétaire des objets ayant servi à masquer une fraude douanière, elle ne saurait empêcher que les juges prononcent la confiscation desdits objets en application de l'article 414 du Code des douanes (sixième arrêt). Ce principe, que la Chambre criminelle énonce ici pour la première fois, découle de l'article 376.1 du Code des douanes, qui dispose que les objets saisis ou confisqués ne peuvent être revendiqués par les propriétaires. Considérant que la confiscation est une mesure à caractère réel, destinée à garantir l'indemnisation du Trésor pour le préjudice subi du fait de l'infraction, la Chambre criminelle juge implicitement qu'une telle mesure n'est pas contraire aux articles 6 (qui pose le droit à un procès équitable), 7 (relatif au principe de légalité), 13 (qui reconnaît le droit à un recours effectif) et 14 (qui interdit les discriminations) de la Convention européenne des droits de l'homme, et 1er du 1er Protocole additionnel à cette Convention (relatif au respect des biens). S'agissant plus particulièrement de ce dernier texte, il convient d'avoir à l'esprit que l'article 376.1 réserve le droit du propriétaire d'exercer un recours contre l'auteur de la fraude.

5. Responsabilité pénale – Homicide et blessures involontaires

Plusieurs affaires ont permis à la chambre de compléter sa jurisprudence relative à l'application de la loi du 10 juillet 2000.

f) Lien de causalité

Chambre criminelle, 6 septembre 2005 (pourvoi n° 05-80 515, non publié)

Cet arrêt démontre l'attachement de la chambre au critère de la continuité de l'enchaînement causal.

Est ainsi censurée une décision qui n'a pas retenu l'existence d'un lien de causalité entre l'accident dont a été victime une personne âgée et le décès de celle-ci, alors qu'entre-temps l'état de santé physique et mentale de cette personne, qui jouissait jusqu'alors d'une parfaite autonomie, s'était dégradé de façon rapide et continue. La victime avait certes subi, après son hospitalisation, une sévère dépression mais celle-ci ne constituait pas un événement extrinsèque suffisant pour provoquer une rupture du lien de causalité entre son décès et la faute de conduite, cause directe des blessures.

g) Causalité directe

Chambre criminelle, 5 avril 2005 (pourvoi n° 04-85 503, non publié)

La chambre a admis que les médecins qui ont persisté, d'un commun accord, dans un même laps de temps, sans demander l'avis du médecin réanimateur, à différer l'opération chirurgicale d'un patient qui aurait permis d'éviter l'hypoxémie qui a provoqué l'arrêt cardio-respiratoire, survenu quelques heures plus tard, à l'origine d'une décérébration irréversible, ont commis des fautes essentielles et déterminantes, causes directes du décès.

Cet arrêt démontre que la cause directe ne se réduit pas à la cause immédiate ou exclusive du dommage mais que plusieurs fautes, commises ensemble et au même moment, à l'occasion de l'exercice d'une même activité, peuvent causer directement le dommage, si elles ne sont pas séparées de celui-ci par un événement, qu'elles n'ont pas induit, imputable à la victime ou à un tiers.

h) Causalité indirecte

Chambre criminelle, 8 mars 2005 (Bull. n° 80)
Chambre criminelle, 5 avril 2005 (pourvoi n° 04-83 922, non publié)
Chambre criminelle, 6 septembre 2005 (Bull. n° 218)
Chambre criminelle, 20 septembre 2005 (pourvoi n° 04-82 847, non publié)
Chambre criminelle, 4 octobre 2005 (Bull. n° 251)
Chambre criminelle, 29 novembre 2005 (pourvoi n° 05-80 017, non publié)

La chambre a approuvé les juges du fond qui ont qualifié de faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité les agissements :
– d'un bailleur qui a installé lui-même une chaudière à gaz dont les aérations étaient insuffisantes et qui l'a raccordée à la conduite alimentant en propane son propre logement sans faire vérifier, par un professionnel agréé, la conformité de la nouvelle installation aux normes de sécurité en vigueur et sans prendre de mesure après avoir été averti par les locataires de son mauvais fonctionnement (Crim., 5 avril 2005, pourvoi n° 04-83 922) ;
– d'un instituteur qui connaissant le danger, pour les enfants, de l'ouverture des fenêtres de la classe, n'a pas refermé celles-ci à leur arrivée dans les lieux après la récréation, ce qui aurait

permis d'éviter le dommage résultant de la chute d'une élève qui s'était assise, à son insu, sur le rebord de la fenêtre ouverte (Crim., 6 septembre 2005, pourvoi n° 04-87 778) ;
– du capitaine d'un navire qui procède, dans une mer houleuse, à une manœuvre d'accostage alors que la victime, qui était dans son champ de vision, était placée sur le navire accosté, dans un couloir dont l'étroitesse ne lui permettait aucun repli (Crim., 20 septembre 2005, pourvoi n° 04-82 847) ;
– d'un professeur d'éducation physique qui exerce seul, avec une collègue non qualifiée, la surveillance d'un groupe de 21 enfants dépourvus d'expérience de la navigation, embarqués sur 11 dériveurs remorqués par l'embarcation à moteur qu'il pilotait, situation qui ne lui a pas permis de prendre, avec une rapidité suffisante, les mesures permettant d'éviter la noyade d'un enfant (Crim. 4 octobre 2005, pourvoi n° 04-84 199) ;
– d'un président d'association de chasse après qu'un chasseur a été mortellement blessé par un tir horizontal en sa direction, alors que la traque avait été sonnée en méconnaissance des consignes de l'office national de la chasse, s'agissant d'une chasse au chevreuil pour laquelle les munitions sont constituées par des balles à fort pouvoir de pénétration (Crim., 8 mars 2005, pourvoi n° 04-86 208) ;
– d'un médecin anesthésiste-réanimateur qui s'est abstenu de rendre visite et de procéder à l'examen clinique d'une patiente dont l'état avait été particulièrement signalé par le chirurgien et l'infirmière, cette faute lui ayant interdit de diagnostiquer et de traiter une complication post-opératoire d'origine non chirurgicale qui a entraîné une défaillance cardio-respiratoire dont la victime a succombé (Crim., 29 novembre 2005, pourvoi n° 05-80 017).

6. Intérêts civils

Chambre criminelle, 31 mai 2005 (Bull. n° 164, deux arrêts)
Chambre criminelle, 20 septembre 2005 (pourvoi n° 04-87 453, non publié)

La Chambre criminelle, statuant sur les intérêts civils, a rendu plusieurs décisions relatives à l'application de l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985 selon lequel le conducteur du véhicule impliqué, s'il est victime, peut se voir opposer sa propre faute, celle-ci ayant pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages qu'il a subis.

Dans un arrêt fondateur, la chambre a posé le principe selon lequel la faute du conducteur victime ne devait s'apprécier qu'en sa personne et non en celle du conducteur impliqué (Crim., 22 mai 1996 Bull. n° 211).

La Chambre mixte a consacré cette jurisprudence (28 mars 1997, Bull. n° 1) et mis fin à une divergence avec la Deuxième chambre civile (18 octobre 1995, Bull. n° 241) en jugeant que *« lorsque plusieurs véhicules sont impliqués dans un accident de la circulation, chaque conducteur a droit à l'indemnisation des dommages qu'il a subis, directement ou par ricochet, sauf s'il a commis une faute ayant contribué à la réalisation de son préjudice ; qu'il appartient alors au juge d'apprécier souverainement si cette faute a pour effet de limiter l'indemnisation ou de l'exclure »*.

Il en résulte que, lors d'un accident dans lequel deux véhicules sont impliqués, le conducteur victime a droit à indemnisation, sans que soit recherchée la cause de l'accident. Seule sa propre faute, si elle a contribué à la réalisation de son dommage, peut diminuer ou exclure son indemnisation, indépendamment de la faute commise par le conducteur impliqué.

La chambre avait cependant, dans un premier temps, admis que les juges du fond puissent se référer, de façon surabondante, à l'absence de faute du conducteur impliqué pourvu qu'ils fondent la limitation ou l'exclusion du droit à indemnisation du conducteur victime sur sa propre faute (Crim. 2 juin 2004, Bull. nº 142).

De même, elle a rejeté un pourvoi contre un arrêt qui avait déclaré le conducteur impliqué entièrement responsable du préjudice subi par le conducteur victime au motif que la faute commise par le premier était la cause exclusive de l'accident (Crim. 27 janvier 2004, pourvoi nº 02-88 293).

Elle adopte désormais une position plus rigoureuse, en harmonie avec la jurisprudence de la Deuxième chambre civile depuis un arrêt du 11 juillet 2002 (Bull. nº 159) et censure les décisions des juges du fond qui se réfèrent à la cause exclusive de l'accident, que ce soit pour exclure toute réparation du conducteur victime (Crim., 31 mai 2005, Bull. nº 164 ; 20 septembre 2005, pourvoi nº 04-87 453) et même, à l'inverse, pour l'indemniser totalement (Crim., 14 décembre 2004, pourvoi nº 04-84 744 ; 31 mai 2005, Bull. nº 164 ; Crim., 18 octobre 2005, pourvoi nº 05-81 384) considérant que « *la faute de la victime ayant contribué à la réalisation de son préjudice doit être appréciée en faisant abstraction du comportement de l'autre conducteur du véhicule impliqué dans l'accident* ».

C. Procédure pénale

1. Cour d'assises – Questions – Forme – Question principale – Omission d'un élément constitutif de l'infraction – Viol – Violence, contrainte ou surprise

(Assemblée plénière, 8 juillet 2005, Bull. nº 8 ; BICC nº 626, p. 19, rapport de M. Laurans et avis de Mme Commaret)

Par cet arrêt, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a statué sur le pourvoi formé par M. X.... contre un arrêt de la cour d'assises de la Sarthe du 5 mai 1999, l'ayant condamné pour viols aggravés, renvoyé devant elle par la commission de réexamen d'une décision pénale, en application des dispositions des articles 626-1 à 626-7 du Code de procédure pénale relatives au « réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne ».

Dans la présente espèce, la Cour européenne des droits de l'homme, par arrêt du 1er avril 2004, a condamné la France pour violation de l'article 6-1 de la Convention en ce que la cause du requérant n'avait pas été entendue d'une manière équitable faute pour celui-ci d'avoir eu accès au rapport du conseiller rapporteur dont l'avocat général avait eu connaissance, et ce dernier ayant assisté au délibéré.

L'Assemblée plénière, après avoir déclaré le pourvoi recevable, remédiant ainsi à la violation constatée par la Cour européenne des droits de l'homme, a procédé au réexamen du pourvoi tel que soumis à la Chambre criminelle en 2000.

Sur le fond, l'Assemblée plénière a rejeté les moyens, tirés du non-respect de l'article 331 du Code de procédure pénale, jugeant qu'à défaut de constatations contraires dont il n'a pas été demandé acte, il résulte du procès-verbal des débats que les témoins ont été entendus, séparément, sans avoir été interrompus dans leur déposition.

Elle a, soulevé d'office un moyen de cassation pris de la violation de l'article 349 du Code procédure pénale et de l'article 332 ancien du Code pénal et cassé l'arrêt attaqué, la question nº 1 à laquelle la Cour et le jury ont répondu affirmativement, ne caractérisant pas tous les éléments constitutifs du crime de viol, en ne mentionnant pas que l'acte de pénétration sexuelle a été commis par violence, contrainte ou surprise, alors qu'en application de l'article 349 du Code procédure pénale, la cour d'assises doit être interrogée sur tous les éléments constitutifs de l'infraction retenue par la décision de renvoi.

2. Juridictions correctionnelles – Débats – Témoins – Cour d'appel – Audition – Demande – Forme – Inobservation – Portée

(Assemblée plénière, 2 décembre 2005, Bull. nº 10 ; BICC nº 632, p. 35, rapport de Mme. Nocquet et avis de M. Charpenel substituant M. Finielz)

Renvoyé le 23 février 1994 devant le tribunal correctionnel d'Albertville, Hubert Morel a été condamné contradictoirement, pour travail clandestin, publicité mensongère, faux et usage de faux, d'abord le 10 octobre 1994 par cette juridiction, puis le 18 octobre 1995 par un arrêt de la cour d'appel de Chambéry qui lui a notamment infligé 2 ans d'emprisonnement, dont 14 mois avec sursis et mise à l'épreuve, et qui a fait l'objet d'un pourvoi en cassation régulièrement formé, mais dont le demandeur a été déchu le 2 décembre 1997, faute de s'être constitué prisonnier avant l'audience.

Par arrêt du 12 février 2004, la Cour de Strasbourg a considéré, au visa de l'article 6 § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme, que cette déchéance avait fait subir à Hubert Morel une entrave excessive à son droit d'accès à un tribunal et à son droit à un procès équitable. Saisie par la commission de réexamen d'une décision pénale, la Cour de cassation, siégeant en Assemblée plénière a, par arrêt du 2 décembre 2005, statué sur le pourvoi, qui a été rejeté.

On observera que dans leurs arrêts des 12 février 2004 et 2 décembre 2005, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation ont l'une et l'autre, mais sur des fondements juridiques différents, estimé non fondé un moyen dont elles ont été saisies, pris de la violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 427 et 593 du Code de procédure pénale et reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir, lors de son audience, procédé à l'audition de témoins qui lui avait été demandée par le prévenu dans une simple lettre.

Pour écarter ce moyen, l'arrêt de la Cour de Strasbourg relève que, si le courrier d'Hubert Morel peut *« être assimilé à des conclusions écrites allant dans le sens d'une demande d'audition de témoins devant la cour d'appel »*, les juges ont pu, sans violer les droits de la défense, *« estimer que les auditions... s'avéraient peu utiles »*. La Cour de cassation, quant à elle, énonce que la cour d'appel n'est pas tenue de répondre à une demande d'audition de témoins dont elle n'a pas été régulièrement saisie dans les formes prévues par l'article 459 du Code de procédure pénale.

L'arrêt de l'Assemblée plénière confirme la jurisprudence de la Chambre criminelle selon laquelle les juges d'appel sont tenus, conformément aux prescriptions de l'article 6 § 3. d de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, de répondre aux demandes d'audition de témoins, mais à la condition d'en avoir été « *légalement requis* » (Crim. 2 juin 2004, nº 03-87 048 et 11 mai 2000, nº 99-80 535) ou « *régulièrement saisis* » dans les formes prévues par l'article 459 du Code de procédure pénale relatif aux conclusions déposées par les

parties et leurs avocats (Crim. 13 mars 2002, nº 01-81 655 ; 12 septembre 2000, nº 99-84 648 ; 15 octobre 1998, nº 97-83 745 ; 5 avril 1995, nº 94- 81 749 ; 17 janvier 1994, nº 92-86 205 ; 3 février 1993, nº 92-81 170).

Ce problème de la suite à réserver aux demandes d'audition ne devrait plus guère se poser avec la possibilité de citer les témoins devant la cour d'appel qui a été donnée aux parties par l'article 513 alinéa 2 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000.

3. Perquisition au cabinet ou au domicile d'un avocat

Chambre criminelle, 22 juin 2005 (Bull. nº 190)

L'article 56-1 du Code de procédure pénale, issu de la loi nº 2000-516 du 15 juin 2000, organise une procédure spécifique concernant le contentieux de la saisie effectuée au cours d'une perquisition dans le cabinet ou au domicile d'un avocat. On a pu qualifier cette procédure de « référé-confidentialité » par analogie avec d'autres procédures concernant la détention.

Dans l'affaire ayant fait l'objet de l'arrêt rapporté, la perquisition avait été effectuée au cabinet d'un avocat situé à Toulouse par un juge d'instruction d'Orléans ; le bâtonnier de Toulouse s'était opposé à la saisie de certains documents et se posait la question de savoir quel était le juge des libertés et de la détention compétent pour statuer sur la requête de l'intéressé.

La chambre a jugé qu'aucun principe ni aucune disposition légale ne faisaient obstacle à ce que le juge des libertés et de la détention appartenant à la même juridiction que le juge d'instruction en charge de l'information et ayant procédé à la perquisition litigieuse, en l'espèce Orléans, soit compétent pour statuer sur ce contentieux en application de l'article 56-1 précité, quant bien même la perquisition aurait été effectuée dans un autre ressort.

En effet, le contentieux de l'incident de saisie, loin d'être détaché de l'instruction, en fait au contraire intégralement partie et le contrôle dévolu au juge des libertés et de la détention n'est pas de pure forme mais le conduit nécessairement à porter une appréciation de fond sur l'instruction, et notamment sur l'utilité, voire la nécessité, et la proportionnalité des saisies contestées ; au cours du débat qui s'instaure devant le juge des libertés et de la détention, les participants vont d'ailleurs discuter, le plus souvent, de la justification de la mesure dans le dossier considéré et non pas de la régularité de celle-ci dont le contrôle est de la compétence normale de la chambre de l'instruction.

Une telle solution apparaît, en outre, conforme à une bonne administration de la justice dans la mesure où il paraît logique de confier à un même juge des libertés et de la détention l'examen des incidents de saisie qui peuvent survenir à l'occasion de différentes perquisitions opérées dans un même dossier, d'autant qu'en application de l'art. 137-1 du Code de procédure pénale, ce magistrat peut, en application de l'art. 93 du même code, se transporter avec son greffier sur toute l'étendue du territoire national, ce qui prive d'argument le recours au juge « de proximité ».

4. Mise sous écoutes téléphoniques d'un membre du parlement européen

Chambre criminelle, 16 mars 2005 (Bull. nº 97)

L'article 100-7, alinéa 1er, du Code de procédure pénale prévoit qu'aucune interception sur la ligne téléphonique d'un député ou d'un sénateur ne peut avoir lieu sans que le président de l'assemblée à laquelle appartient ce parlementaire n'en soit informé par le juge d'instruction.

La question a été posée à la Chambre criminelle de savoir si cette disposition était également applicable au cas d'un représentant au parlement européen et, par l'arrêt rapporté, la chambre a jugé qu'aucun texte légal ou conventionnel ni aucun principe constitutionnel ne permettait d'étendre à ces parlementaires les dispositions de ce texte qui sont applicables aux seuls députés de l'Assemblée nationale et aux sénateurs de la République.

5. Contrôle d'identité – Raison plausible de soupçonner la commission d'une infraction – Dénonciation anonyme de séjour irrégulier d'un étranger, non corroborée par des vérifications apportant d'autres éléments précis et concordants – Nullité de la procédure

1re chambre civile, 31 mai 2005 (Bull. nº 234)

L'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle. Aussi, est-ce par une décision de principe que, saisie du pourvoi formé par le procureur général près une cour d'appel, la Première chambre civile, statuant en matière de rétention administrative d'une ressortissante étrangère, a eu l'occasion de poser clairement la règle selon laquelle une dénonciation anonyme non corroborée par d'autres éléments d'information ni confortée par des vérifications apportant des éléments précis et concordants ne constitue pas une raison plausible de soupçonner qu'une personne a commis ou tenté de commettre une infraction, permettant à des officiers de police judiciaire ou, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, à des agents de police judiciaire, de procéder à son contrôle d'identité sur le fondement de l'article 78-2, alinéa 1er, du Code de procédure pénale.

Alignant le droit interne sur l'article 5 c) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'actuelle rédaction de l'article 78-2, alinéa 1er, du Code de procédure pénale, issue de la loi nº 2003-239 du 18 mars 2003, exige (tout comme les articles 62, 63, 77, 78 et 154 pour les gardes à vue) « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner* » – et non plus comme auparavant un « *indice faisant présumer* » – que la personne contrôlée a commis ou tenté de commettre une infraction.

En l'espèce, était spécialement posée la question de savoir si une dénonciation téléphonique anonyme, comportant certains détails (identité complète de la personne visée avec date et lieu de naissance, nationalité, profession, adresse précise, infraction dénoncée,...), mais non confortée par des vérifications apportant des éléments précis et concordants ni corroborée, avant le contrôle d'identité, par d'autres éléments d'information ou indices, pouvait correspondre à ce concept juridique.

Or, que fallait-il entendre par l'expression « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis ou tenté de commettre une infraction* » ? Alors qu'une certaine controverse s'était notamment manifestée dans les rapports du Sénat et de l'Assemblée nationale

déposés à l'occasion du vote de cette réforme (cf. rapp. Sénat, 1re lecture, nº 208, p. 24), devait-on estimer, comme le rapporteur de l'Assemblée nationale (Rapp. Ass. Nat., nlle lecture, nº 3608, p. 6), que la notion de « *raisons plausibles de soupçonner* » est plus précise que la notion d'indices car elle englobe, avec certitude, tant des présomptions matérielles que des éléments d'une autre nature, plus subjectifs, comme de simples témoignages ?

La Deuxième chambre civile, statuant en matière de rétention administrative des étrangers, avait déjà pu admettre, par le passé, que certaines « dénonciations » justifiaient un contrôle d'identité. Pour autant, il s'était toujours agi de dénonciations officielles faites au procureur de la République ou à un officier de police judiciaire, par des agents investis de missions de service public tels qu'un maire agissant en sa qualité d'officier de l'état civil et devant procéder à un mariage ou un inspecteur de l'Urssaf enquêtant sur des activités de travail dissimulé (2e Civ., 10 novembre 1999, Bull., II, nº 168 ; 14 décembre 2000, Bull., II, nº 170 ; 29 mars 2001, pourvoi nº 00-50 019).

Sous l'empire de la législation nouvelle, un arrêt inédit avait également eu l'occasion, de manière récente, d'admettre la validité de contrôles d'identité opérés à la suite d'un appel téléphonique anonyme, après mise en place d'un dispositif de surveillance aux fins de vérifier le bien fondé du renseignement, qui avait permis de vérifier l'exactitude des éléments et de mettre en évidence le comportement suspect des individus corroborant le renseignement anonyme, ce qui constituait l'existence de raisons plausibles de soupçonner que les personnes surveillées avaient commis ou se préparaient à commettre un crime ou un délit autorisant les gendarmes à procéder à la vérification d'identité (Crim., 14 septembre 2004, pourvoi nº 04-83 793), la Chambre criminelle posant ainsi l'exigence de la corroboration du renseignement anonyme par d'autres éléments, et ce en conformité avec sa jurisprudence relative à d'autres domaines tels que le placement en garde à vue (rappr., Crim., 8 octobre 2003, pourvois nº 02-86 351 et 01-86 667) ou l'autorisation judiciaire de visites domiciliaires en matière fiscale (Crim., 10 octobre 2001, pourvois nº 00-30 076 à 00-30 079).

Or, en l'espèce, ainsi que cela résultait du procès-verbal de police, les vérifications au fichier national des étrangers avaient été faites par les fonctionnaires de police postérieurement au contrôle d'identité effectué après transport des policiers au domicile de la personne dénoncée.

La Première chambre civile a, dès lors, jugé que c'était à bon droit que, pour prononcer la nullité du contrôle d'identité de l'intéressée, l'ordonnance du premier président avait retenu que sur une dénonciation anonyme de sa présence à l'adresse indiquée, les fonctionnaires de police avaient procédé à un contrôle d'identité sur la personne qui leur avait ouvert la porte, sans procéder à la recherche préalable de renseignements administratifs concernant l'identité de la personne dénoncée et que, dans ces conditions, il n'existait pas, en l'état de la seule dénonciation anonyme et les premières vérifications administratives étant seulement postérieures au contrôle d'identité, de raisons plausibles de soupçonner que cette ressortissante étrangère commettait le délit de séjour irrégulier en France.

VIII – L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE ET DU DROIT INTERNATIONAL

A. Droit communautaire

Les arrêts rendus dans cette matière sont commentés à la rubrique « Droit pénal économique et financier ».

B. Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Article 8 : droit au respect de la vie privée et familiale

Chambre criminelle, 7 décembre 2005 (pourvoi nº 05-85 876)

Selon une doctrine constante résultant de ses arrêts des 6 octobre 1999 (Bull. nº 210), 16 mai 2000 (Bull. nº 190), 15 janvier 2003 (Bull. nº 10) et 10 mai 2005 (pourvoi nº 05-81 097), la chambre considérait, d'une part, que la chambre de l'instruction n'avait pas à statuer sur la régularité de pièces en provenance d'une procédure étrangère au dossier qui lui est soumis et, d'autre part, qu'aucune disposition légale ou conventionnelle n'interdisait d'annexer à une procédure en cours les transcriptions d'écoutes téléphoniques pratiquées dans une autre procédure et de nature à éclairer le juge sur les faits dont il est saisi.

Cette doctrine, sur son premier aspect, a été remise en cause par l'arrêt *Matheron c/ France* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 29 mars 2005 qui, après avoir énoncé que les communications téléphoniques constituent une ingérence dans la vie privée au regard de l'article 8 de la Convention, constate que le requérant n'a pas disposé d'un recours efficace dès lors que la Cour de cassation a refusé d'examiner la régularité de l'écoute incriminée au motif qu'elle avait été ordonnée dans une procédure à laquelle il n'était pas partie. Ce faisant, la Cour européenne se réfère explicitement à l'arrêt *Amann c/ Suisse* du 16 février 2000 rendu à propos d'une écoute ordonnée par l'autorité administrative et qui condamne la Suisse du fait que sa loi interne n'a pas prévu les précautions devant être prises à l'égard des personnes écoutées « par hasard » dans le cadre d'une procédure qui leur est étrangère.

Ainsi, les principes posées par l'arrêt *Matheron c/ France*, et la condamnation à l'unanimité de la France qu'il avait prononcée, amenaient nécessairement à se poser la question de la pertinence et du maintien de la doctrine actuelle de la Chambre criminelle. D'autant que la porte avait été entrouverte par un précédent arrêt dans lequel la chambre avait énoncé que « *toute personne mise en examen dont les conversations téléphoniques ont été enregistrées et retranscrites a qualité, au sens de l'article 171 du Code de procédure pénale, pour contester la régularité de ces mesures* » (Crim., 15 janvier 2003, nº 02-87 341, non publié).

L'occasion a été donnée à la chambre de statuer sur cette question à l'occasion d'un pourvoi formé dans une affaire dans laquelle la régularité du versement d'une retranscription d'écoute téléphonique ayant été critiquée devant la chambre de l'instruction, cette dernière, respectant

scrupuleusement les exigences de l'arrêt *Matheron*, avait, dans un premier temps, ordonné un supplément d'information afin de se faire communiquer par le juge d'instruction en charge de la procédure initiale l'intégralité des pièces concernant l'écoute ordonnée et, après s'être livré à un contrôle approfondi portant successivement sur la finalité des interceptions téléphoniques ordonnées, la régularité formelle des écoutes, leur nécessité et la proportionnalité de l'atteinte portée à la vie privée du requérant au regard de l'article 8, avait estimée régulière tant la décision d'ordonner l'écoute que son versement dans le second dossier. L'intéressé s'était pourvu.

Par l'arrêt rapporté, la Chambre criminelle, revenant sur sa doctrine antérieure, a admis qu'il pouvait contester la régularité de l'écoute dans le dossier dans lequel elle avait été versée. Pour rejeter le pourvoi, elle a cependant relevé qu'en l'espèce le placement sur écoutes et la transcription des conversations avaient été légalement ordonnés et qu'ils étaient justifiés par la nécessité de vérifier l'existence d'un trafic international de stupéfiants, d'en rechercher l'organisation, d'en identifier les participants et de prévenir la commission de nouvelles infractions, considérant qu'il s'ensuivait que l'ingérence opérée dans la vie privée du demandeur était, non seulement, prévue par la loi mais, encore, qu'elle avait une finalité légitime, qu'elle était proportionnée à la gravité des infractions commises ou en cours de commission et qu'elle avait été strictement limitée aux nécessités de la manifestation de la vérité.

C. Conflit de lois

Application de la loi étrangère – Mise en œuvre par le juge français – Office du juge – Charge de la preuve du droit étranger

1re chambre civile, 28 juin 2005 (Bull. no 289)
Chambre commerciale, 28 juin 2005 (Bull. no 138)

Il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger.

Doit être cassé l'arrêt qui, pour faire application de la loi française à titre subsidiaire au lieu d'une loi étrangère qu'il reconnaissait pourtant applicable, retient que la partie au litige ne rapportait pas la preuve de la teneur du droit étranger.

La condition procédurale de la loi étrangère a donné lieu récemment en jurisprudence à de nombreuses décisions et en doctrine à de vives discussions. Beaucoup d'auteurs marquaient leurs oppositions à la distinction faite entre droits disponibles et droits indisponibles et soulignaient la divergence de jurisprudence entre la Première chambre civile et la Chambre commerciale en ce qui concerne l'office du juge pour l'application de la loi étrangère en matière de droits disponibles.

Les deux arrêts rapportés de la Première chambre civile et de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du même jour, le 28 juin 2005, énonçant un même principe au visa de l'article 3 du Code civil, en des termes identiques, marquent la volonté des deux chambres de

supprimer cette divergence et d'adopter une même conception de l'office du juge pour l'application du droit étranger.

Cette application par le juge judiciaire français pose trois questions successives :
– L'office du juge dans la détermination du droit applicable à la question litigieuse ;
– La preuve de la teneur ou du contenu de ce droit ;
– Y-a-t-il des solutions alternatives à cette application du droit étranger ?

1. L'office du juge dans la détermination du droit applicable à la question litigieuse

La question ici posée est celle de déterminer la loi ou le droit qui doit être appliqué par le juge en présence d'une situation présentant des éléments internationaux : est-ce le droit français ou un droit étranger ? C'est par la mise en œuvre des règles françaises de conflits de lois que la solution doit être donnée. Mais il faut définir le rôle respectif du juge et des parties dans cette mise en œuvre : quel est le degré d'impérativité de la règle de conflit ?

Même si pour une grande partie de la doctrine, le juge devrait, en toutes matières et d'office, appliquer la règle de conflit de lois et rechercher la teneur du droit étranger, la jurisprudence met en œuvre une distinction essentielle : celle de la disponibilité ou non des droits en cause qui, pour elle, est le critère déterminant :

– En présence de droits indisponibles, le juge a l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflits de lois (Civ., 1re, 6 mai 1997, Bull. nº 140 ; Civ., 1re, 26 mai 1999, Bull. nº 172 ; Civ., 1re, 14 juin 2005, Bull. nº 243).

– En présence de droits disponibles, une divergence de jurisprudence opposait la Première chambre civile à la Chambre commerciale. Dans un premier temps, le seul fait pour une partie d'invoquer l'application de la loi étrangère ne suffisait pas car il incombait à cette partie d'établir « la différence de son contenu par rapport au droit français, à défaut de quoi ce droit s'applique en raison de sa vocation subsidiaire » (Com., 16 novembre 1993, Bull. nº 405 ; Civ., 1re, 11 juin 1996, Bull. nº 243). Cependant, la Première chambre devait évoluer depuis 1997 et notamment en 2002 et 2003. Sa position peut se résumer ainsi : en matière de droits disponibles, le juge n'aurait pas l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit. Il revient aux parties d'invoquer la loi étrangère compétente (Civ., 1re 28 janvier 2003, Bull. nº 23). Mais le seul fait pour une partie d'en invoquer l'application impose au juge de rechercher si elle l'est effectivement, par référence à la règle de conflit, et, en ce cas, d'en rechercher le contenu pour en faire application à la question litigieuse (Civ., 1re, 18 septembre 2002, 28 janvier 2003, 13 novembre 2003). En l'absence d'une telle invocation, le juge conserve toujours la faculté de mettre d'office en œuvre la règle de conflit et d'appliquer le droit étranger, après avoir soumis ce point de droit à un débat contradictoire (art. 16 du nouveau Code de procédure civile).

Par l'arrêt du 28 juin 2005, la Chambre commerciale abandonne la jurisprudence qu'elle avait maintenue dans un arrêt du 11 mars 2003. En adoptant le même principe, les deux chambres de la Cour de cassation unifient leur jurisprudence, en décidant qu'en matière de droits disponibles, lorsque le juge reconnaît un droit étranger applicable, il doit en rechercher sa teneur, soit parce qu'il le fait d'office, soit parce qu'une partie l'a invoqué. Cette application de la règle de conflit n'est pas subordonnée à la preuve de la différence du contenu du droit étran-

ger au droit français. Dans l'arrêt de la Chambre commerciale, la cour d'appel avait écarté l'application de la loi australienne au seul motif que la partie n'avait pas justifié du contenu de la loi étrangère. Dans l'arrêt de la Première chambre civile, la cour d'appel avait appliqué le droit français, à titre subsidiaire, car la partie qui invoquait le droit allemand, n'avait pu en prouver la teneur. Les deux décisions sont cassées car dès lors que le droit étranger était invoqué et que le juge le reconnaissait applicable, il devait en rechercher le contenu. Ces arrêts sont dans la suite des décisions de la Première chambre civile depuis 2002.

2. La preuve de la teneur ou du contenu de ce droit et les solutions alternatives à son application

Cette question est dans la suite logique de la première. Les deux arrêts du 28 juin 2005 réaffirment la règle selon laquelle la carence des parties ne justifie pas la mise à l'écart du droit étranger. Le juge doit s'assurer du concours des parties (productions de certificats de coutume ou autre preuve) ou en rechercher la teneur, même d'office, par son action personnelle (Civ., 1re, 18 septembre 2002, 28 janvier 2003, 13 novembre 2003). À cet égard, les conventions internationales ou le règlement communautaire facilitent, avec le concours du service international de la Chancellerie, l'obtention de la preuve du contenu du droit étranger. L'établissement du droit étranger relève désormais de son office. Il ne peut s'y soustraire que s'il établit par des motifs précis et circonstanciés que cette recherche est impossible ou n'a pas permis de prouver le contenu du droit en cause. Enfin, lorsqu'il déclare un droit étranger applicable, l'application qu'il en fait, quelle qu'en soit la source, légale ou jurisprudentielle, échappe, sauf dénaturation, au contrôle de la Cour de cassation (Civ., 1re, 16 mars 1999, 3 juin 2003).

Des aménagements ont été reconnus en jurisprudence :
– la théorie de l'équivalence entre la loi appliquée par le juge du fond et celle désignée par la règle de conflit de loi – en ce que la situation de fait constatée par le juge aurait les mêmes conséquences juridiques en vertu de ces deux lois – justifie la décision qui fait application d'une autre loi (le plus souvent, la loi française) au lieu de la loi normalement compétente (Civ., 1re, 13 avril 1999, 3 avril 2001, 28 janvier 2003).
– la notion d'accord procédural, en matière de droits disponibles : c'est l'accord résultant ou déduit des conclusions des parties invoquant une loi autre que celle désignée par un traité, par le contrat ou par la règle de conflit (Civ., 1re, 6 mai 1997, Bull. no 140).

Cette jurisprudence recherche un équilibre entre les devoirs du juge et ses pouvoirs au regard du droit étranger au contenu parfois difficile à établir.

Succession – Testament – Loi du 14 juillet 1819 – Droit de prélèvement de l'héritier français – Conjoint survivant – Legs

1re chambre civile, 7 décembre 2005 (pourvois no 02-15 418 et 03-10 316)

Aux termes de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819, le droit de prélèvement est une exception à l'application normale d'une règle de conflits de loi, qui, lorsque un héritier français se voit reconnaître par une loi successorale compétente des droits inférieurs à ceux qui résulteraient pour lui de l'application de la loi française, lui permet de prélever, sur les biens de la succession en France, une portion égale à la valeur des biens dont il est privé, à quelque titre que ce soit, en vertu de cette loi ou d'une coutume locale.

Le conjoint survivant, qui exerce ses droits, non pas en sa qualité d'héritier qu'il n'a pas perdue, mais en se prévalant, en vertu d'un testament, de sa seule qualité de légataire de la quotité disponible la plus étendue, pour laquelle il avait exercé son droit d'option, ne peut pas se prévaloir du droit de prélèvement de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819.

Les applications du droit de prélèvement de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 sont rares en jurisprudence et la Première chambre civile a eu l'occasion, par cet arrêt, de déterminer les bénéficiaires de ce droit au regard de la finalité de ce texte. Un bref rappel des faits est nécessaire.

Georges Loiseau, notaire à Abidjan, est décédé à Paris, en laissant pour lui succéder sa femme et ses trois enfants. Sa succession se composait de biens mobiliers et immobiliers situés en France et en Côte-d'Ivoire, ainsi que de divers actifs dépendant d'un trust aux îles Caïmans. La loi ivoirienne, déclarée applicable à la succession mobilière par référence au dernier domicile du défunt, privant le conjoint survivant de toute part dans la succession de son mari en présence d'enfants et limitant la quotité disponible au quart des biens, sa femme, instituée par testament olographe légataire de la quotité disponible la plus étendue, a déclaré opter pour le quart en pleine propriété et les trois quarts en usufruit des biens dépendant de la succession et a demandé le bénéfice du droit de prélèvement, auquel certains enfants se sont opposés.

Dès 1868, la Cour de cassation avait admis que l'article 2 de la loi s'appliquait également entre cohéritiers français. Mais ce droit était-il réservé au seul héritier ou reconnu à tout successible ? Il convenait de s'interroger sur la condition du conjoint survivant et sur la finalité de la loi de 1819.

1. La qualité de légataire a-t-elle fait perdre au conjoint survivant sa qualité d'héritier ?

L'évolution de la condition du conjoint survivant traduit une reconnaissance progressive de ses droits de successible en qualité d'héritier. Si cette qualité ne lui était pas reconnue en 1804, une vocation en usufruit lui a été donnée en 1891 et 1925. En 1930, il concourt avec des parents d'une autre ligne. En 1957, il exclut les collatéraux ordinaires. En 1958, le législateur lui reconnaît la saisine (art. 724 ancien du Code civil). Avant la réforme du 3 décembre 2001, si sa qualité d'héritier était certaine, il n'était cependant pas considéré comme un héritier comme les autres en raison de la particularité de sa situation due à l'incidence du régime matrimonial choisi par les époux et surtout aux avantages matrimoniaux entre conjoints (donations entre époux ; legs de la quotité disponible au conjoint survivant comme c'est notre cas), ce qui modifie sa situation. Cependant, un arrêt de la Première chambre civile du 19 février 2002 (Bull. n° 64) affirme sans réserve sa qualité d'héritier :« *Attendu qu'il résulte de ces textes (art. 724, 731 et 767 du Code civil) que le conjoint survivant a la qualité d'héritier* » ; il a la saisine et la jouissance sur l'universalité des biens de la succession (Civ., 1re, 3 février 2004, Bull. n° 40). La réforme de 2001 lui attribue désormais la qualité d'héritier à part entière (art. 731 et 732, 756 et 757 du Code civil).

Par l'arrêt du 7 décembre 2005, la Cour de cassation décide que le conjoint survivant, qui exerce ses droits en sa qualité de légataire de la quotité disponible la plus étendue, ne perd pas sa qualité d'héritier. Les deux qualités ne s'excluent pas ; elles se combinent en fonction de la finalité du texte à mettre en œuvre.

2. Quelle est la finalité de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 ?

Le droit de prélèvement est une exception à l'application normale de la règle de conflit au profit de l'héritier qui, par l'effet de la loi successorale compétente, se voit attribuer des droits inférieurs à ceux qu'il recevrait par l'application de la loi française. Il s'agit donc d'un privilège exorbitant, à l'image des articles 14 et 15 du Code civil. Il ne peut être interprété que restrictivement. La doctrine, dans son ensemble, est défavorable à une application trop extensive de la loi de 1819, qu'elle estime obsolète, d'esprit trop nationaliste et territorialiste, difficilement justifiable. Le professeur P. Lagarde, notamment, préconisait une abrogation de ce texte en considérant qu'il était « archaïque et source d'inutiles complications » (note sous Civ, 1re, 1er février 1972, D. 1973, p. 62).

Mais qui peut prélever ? Le français qui a la qualité d'héritier *stricto sensu* ou le légataire également ? L'esprit de la loi est incontestablement de protéger les seuls héritiers et surtout les héritiers réservataires car ce sont les droits *ab intestat* du français qui sont remis en cause.

Dans la mesure où le conjoint survivant n'entend pas seulement protéger sa vocation successorale légale, mais choisit d'exercer, par le droit d'option, ses droits de légataire, cette qualité de légataire ne doit-elle pas prévaloir et l'exclure du bénéfice du droit de prélèvement ?

La Première chambre civile a tranché pour une application restrictive du texte en excluant le légataire du bénéfice du droit de prélèvement de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819. Lorsque la même personne jouit de la double qualité d'héritier et de légataire, il convient de rechercher quels sont les droits qu'elle veut exercer : ceux de légataire ou ceux d'héritier ? Ce choix détermine la règle à mettre en œuvre.

Cette solution apparaît être une application raisonnable d'un texte d'exception.

Application de la loi étrangère – Mise en œuvre par le juge français – Office du juge – Etendue – Détermination

Chambre commerciale, 28 juin 2005 (Bull nº 138)

La mise en œuvre de la loi étrangère par le juge français a fait l'objet d'une évolution récente qui, actuellement, fait l'objet d'une jurisprudence constante. La question avait été résumée dans son état antérieur par M. le président Ancel au rapport annuel pour 1997 p. 38 et suivantes :

« La preuve du contenu de la loi étrangère avait d'abord été mise à la charge de la partie dont la prétention était soumise à cette loi – qui pouvait ne pas être celle qui l'invoquait (1re Civ., 24 janvier 1984, Bull. nº 33). Ensuite, la Cour de cassation a repris le critère selon lequel cette preuve incombe à la partie qui a intérêt à invoquer la loi étrangère (1re Civ., 5 novembre 1991, Bull. nº 293). Cette solution a été affinée par l'arrêt Amerford (Com., 16 novembre 1993, Bull. nº 405) : *"Dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits, il incombe à la partie qui prétend que la mise en œuvre du droit étranger, désigné par la règle de conflit de lois, conduirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application du droit français, de démontrer l'existence de cette différence par la preuve du contenu de la loi étrangère qu'elle invoque, à défaut de quoi le droit français s'applique en raison de sa vocation subsidiaire"* ».

La jurisprudence Amerford a été confirmée, consacrant un retour au droit commun de la preuve : c'est la partie qui a intérêt à invoquer le droit étranger – parce qu'il est substantiellement différent du droit français – qui doit en établir le contenu...

Cette règle vaut pour les droits disponibles. Mais qu'en est-il lorsque les droits en litige sont indisponibles ?... La Première chambre s'est prononcée le 1er juillet 1997 (Bull nº 222) : « l'application de la loi étrangère désignée pour régir des »droits dont les parties n'ont pas la libre disposition impose « au juge français de rechercher la teneur de cette loi »...

M. Ancel concluait son étude de la manière suivante :

Le caractère impératif de la règle de conflit de loi résulte :
– soit de l'indisponibilité des droits litigieux,
– soit de son invocation par une partie,
– soit de son application d'office par le juge.

L'impérativité de la règle de conflit détermine l'office du juge : il doit appliquer le droit étranger désigné.

Quant à la recherche de la preuve du contenu du droit étranger, elle fait désormais partie de l'office du juge, sauf à laisser aux parties, ayant la libre disposition de leurs droits, l'obligation de démontrer la spécificité, par rapport au droit français, de la loi française revendiquée.

Cet état jurisprudentiel, articulé autour de l'arrêt Amerford, a fait depuis l'objet d'une évolution. La Première chambre civile a abandonné trois critères conditionnant le mode d'applicabilité de la loi étrangère. Peu importe que les droits en cause soient des droits disponibles ou indisponibles pour que le juge soit tenu de mettre en œuvre la règle de conflit et la loi étrangère qui en découle. Peu importe, en outre, que la loi étrangère ait été invoquée par l'une des parties pour que le juge puisse la mettre en œuvre. Peu importe, enfin, que l'une des parties n'ait pas été à même d'apporter le contenu de la loi étrangère puisque la recherche du contenu de la loi étrangère fait désormais partie de l'office du juge. Dans une formule générale – très récente et au visa de l'article 3 du Code civil, la première chambre a retenu : « *qu'il incombe au juge français qui reconnaît une loi étrangère applicable, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, d'en rechercher la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de justifier ainsi la solution donnée à la question litigieuse par le droit positif étranger* » (1re Civ., 28 juin 2005, Bull nº 289). Cette jurisprudence intègre la loi étrangère comme source naturelle du droit. Le juge doit en rechercher la teneur. Elle peut être considérée comme surprenante quant à l'office du juge. La Chambre commerciale, par la présente décision, opère un revirement jurisprudentiel par rapport à la jurisprudence Amerford et la décision rendue écarte toute divergence entre la Première chambre et la Chambre commerciale.

D. Conflit de juridictions

Règlement CE nº 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 – Compétence en matière matrimoniale – Résidence habituelle du défendeur – Définition

1re chambre civile, 14 décembre 2005 (pourvoi nº 05-10 951)

Cet arrêt constitue une des premières interprétations par la Cour de cassation des dispositions du règlement CE nº 1347/2000 dit « Bruxelles II » et, plus précisément, de son article 2, qui détermine la juridiction compétente pour statuer notamment sur les questions de divorce.

Repris à l'identique par le règlement CE nº 2201 /2003 dit « Bruxelles II bis », applicable à compter du 1er mars 2005, l'article 2 a) précité définit six chefs de compétence territoriale possibles et non hiérarchisés.

Dans l'espèce soumise à la Première chambre civile, un ressortissant britannique avait choisi d'assigner en divorce son épouse, de même nationalité, en France, lieu de la résidence secondaire de la famille où l'enfant du couple avait été provisoirement scolarisé.

Pour justifier la saisine des juridictions françaises, le seul chef de compétence sur lequel l'époux pouvait fonder sa demande était la fixation en France de la résidence habituelle de sa femme.

Le pourvoi posait, dans son premier moyen, la question de la définition de la résidence habituelle.

Cette notion, que le législateur communautaire n'a pas explicitée, a été, en revanche, définie à plusieurs reprises par la Cour de justice des Communautés européennes comme le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts.

La Première chambre civile, reprenant la définition de la résidence habituelle dégagée par la Cour de justice et la qualifiant de notion autonome du droit communautaire, laisse les juges du fond apprécier l'existence du lien de rattachement. En l'espèce, la cour d'appel, qui a fait application de cette définition, a souverainement relevé, d'une part, que le séjour en France de l'épouse, dans la résidence de la famille, était temporaire et avait pour but principal d'aider l'enfant commun à poursuivre momentanément sa scolarité en France, d'autre part, qu'il ne ressortait pas des pièces produites que l'épouse ait eu la volonté de transférer en France le centre habituel et permanent de ses intérêts.

E. Conventions internationales

Accords et conventions divers – Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 – Compétence internationale – Règles applicables – Contrat de travail – Travail accompli à l'étranger – Juridiction compétente

(Chambre mixte, 11 mars 2005, Bull. nº 3 ; BICC nº 619, p. 44, rapport de M. Pluyette et avis de M. Fœrst)

Cet arrêt de la Chambre mixte présente un intérêt certain dans la mesure où il précise, pour l'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, l'articulation entre la compétence générale de l'article 2 et les règles de compétences spéciales de la section 2 du titre II de cette Convention, (notamment l'article 5.1) dans une situation de fait peu habituelle.

Pour obtenir des rappels de salaires, des salariés, domiciliés en France, avaient fait assigner leur employeur dont le siège social était situé en France, devant le conseil des prud'hommes de leur domicile, qui était le lieu de l'embauche, alors que le lieu d'exécution du contrat de travail était aux Pays-Bas ; la cour d'appel avait déclaré les juridictions françaises compétentes en se fondant sur l'article R. 517-1 du Code du travail et sur les articles 14 du Code civil et 42 du NCPC.

La Chambre mixte rejette le pourvoi mais par une *substitution de motifs* permettant de faire application des règles essentielles de la Convention de Bruxelles.

Les règles internes de compétence sont inapplicables pour la détermination de la compétence internationale française dans un litige international intracommunautaire.

S'agissant d'un litige mettant en cause des éléments essentiellement français (employeur et salariés domiciliés en France, lieu d'embauche en France), pour fonder leur compétence directe, les juges du fond avaient fait application du privilège de juridiction de l'article 14 du Code civil et de l'article R. 517-1 du Code du travail (lieu de domicile des parties ou de l'engagement). Cette analyse était erronée car elle méconnaissait un facteur étranger déterminant : le lieu d'exécution du contrat de travail aux Pays-Bas. Cette internationalité du litige imposait de mettre en œuvre les règles de la Convention de Bruxelles, car le règlement de Bruxelles I n'était pas applicable à la cause (ce qui par ailleurs n'aurait pas modifié la solution retenue).

Or, l'article 14 ne pouvait pas s'appliquer car la Convention de Bruxelles a supprimé les fors exorbitants comme celui-ci. Puis, nonobstant les dispositions protectrices du droit du travail du droit français, la Convention communautaire devait être mise en œuvre car le litige, même si les parties relevaient d'un même pays de la communauté, présentait un élément intra-communautaire, *rationae materiae,* dans la mesure où le contrat de travail s'exécutait dans un autre pays de la communauté ; le droit du travail fait partie du domaine matériel de la convention.

C'est le principe de la primauté du droit communautaire et du droit conventionnel sur le droit interne reconnu tant par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes que par celle de la Cour de cassation : En outre, les juges des Etats contractants sont tenus d'appliquer, même d'office, la Convention de Bruxelles dont les questions relatives au champ d'application doivent être considérées comme d'ordre public (arrêt *Shearson Lehman Hutton* de la CECJ du 19 janvier 1993). Ce devoir de faire toujours application de la convention

a été rappelé par un arrêt du 17 décembre 1986 de la Chambre sociale (Bull. V. nº 605) en matière de contrat de travail.

La coordination des règles de compétence générale et des règles de compétence spéciales dans la Convention de Bruxelles :

La particularité de cette affaire tenait au fait que c'était le *défendeur* qui avait excipé de la compétence *optionnelle spéciale de l'article 5.1* de la Convention, à savoir le lieu de l'exécution du contrat aux Pays-Bas, pour être attrait dans un autre pays que celui de son domicile ; était-ce possible dans le système de ce traité ? Cette question ne s'était jamais posée en jurisprudence française et semble-t-il dans les autres pays de la CEE. La Chambre mixte a jugé que les options de compétences de la section 2 du titre II de la Convention ne sont ouvertes *qu'au profit exclusif du demandeur* et non du défendeur.

Comme le relève la doctrine, la compétence de l'article 2, qui figure dans les dispositions générales de la Convention, est la règle ordinaire. Il peut y être dérogé dans les matières précisées à l'article 5 pour lesquelles la règle de compétence offerte est optionnelle pour le demandeur. La compétence des tribunaux ainsi désignés spécialement par la Convention est impérative en ce sens que le défendeur ne peut s'y soustraire, mais elle reste facultative pour le demandeur qui conserve toujours le droit de s'adresser aux tribunaux du domicile de son adversaire. Cette interprétation correspond non seulement à la lettre du texte mais aussi à son esprit sauf à multiplier les chefs de compétence, ce qui aurait pour résultat d'entraîner une insécurité juridique alors que la convention a pour but de simplifier et d'unifier les fors de compétence juridictionelle.

Devait-on admettre une exception en matière de contrat individuel de travail pour reconnaître ainsi la compétence du tribunal où le travailleur accomplit habituellement son travail ? Même si le droit du travail favorise le lieu d'accomplissement du travail comme chef de compétence, cela ne se justifiait pas. L'évolution des textes conventionnels incitait à ne pas bilatéraliser cette compétence spéciale. À l'origine, l'avant projet de la convention de Bruxelles de 1968 contenait une disposition édictant, en matière de contrat de travail, une règle de compétence exclusive que les négociateurs ont ensuite écarté en raison de son inadaptation à la diversité des situations internationales. Jusqu'aux Conventions de Lugano et de San Sébastien, les versions successives de la convention de Bruxelles ne contenaient aucune règle spécifique pour le contrat de travail qui était soumis à l'article 5-1 comme toute la matière contractuelle. Ces conventions n'ont pas créé en ce domaine un chef de compétence autonome ou même exclusif, pour faire prévaloir la règle de l'article 5 sur la compétence de l'article 2. De même, le règlement 44 / 2001 du 22 décembre 2000 met en œuvre des règles à l'opposé de ce droit d'option au profit de l'employeur défendeur, car, si le salarié peut attraire son employeur, soit au domicile de ce dernier, soit au lieu d'exécution, ce qui maintient son droit d'option, en revanche, l'employeur ne peut assigner le salarié que devant le domicile de celui-ci, ce qui exclut tout droit d'option à son profit.

Faire droit à la demande du défendeur aurait été une décision non seulement contraire au texte de la Convention de San Sébastien et contraire à l'évolution, et surtout, inopportune, car cette interprétation n'aurait eu qu'un champ d'application très limité (instances engagées avant le 1er mars 2001) pour ne pas pouvoir s'appliquer aux situations régies par le règlement du 22 décembre 2000 ; enfin, une telle exception aurait été difficile à justifier au regard des autres cas de compétences spéciales prévues par l'article 5.

Il faut, en effet, souligner que la solution donnée par la Chambre mixte ne concerne pas seulement les situations visées par l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles mais *l'ensemble des compétences spéciales de la section 2 du titre II.*

Droits de l'enfant – Convention de New-York du 26 janvier 1990 – Applicabilité directe – Article 3.1 – Considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant – Article 12.2 – Droit d'être entendu

1re chambre civile, 18 mai 2005 (Bull. no 212)

La Première chambre civile a, pour la première fois et de façon explicite, fait application des articles 3.1 et 12.2 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, rompant par là même avec sa jurisprudence antérieure qui écartait les dispositions de ce texte au motif qu'il ne créait d'obligations qu'à la charge des Etats parties et n'était pas directement applicable en droit interne (10 mars 1993, Bull. no 103 ; 2 juin 1993, Bull. no 195 ; 15 juillet 1993, Bull. no 259 ; 4 janvier 1995, Bull. no 2).

En l'espèce, la résidence de l'enfant, née en 1990, avait été fixée chez sa mère qui demeurait alors en France. Lorsque celle-ci a rejoint son pays d'origine avec sa fille, le père a saisi le juge aux affaires familiales afin que la résidence de l'enfant lui soit transférée. En première instance, puis en appel, sa demande a été rejetée.

Toutefois, lors de l'instance d'appel, l'enfant a adressé à la juridiction, en cours de délibéré, une lettre sollicitant son audition.

L'article 388-1 du Code civil, issu de la loi du 8 janvier 1993 prise en application de la convention de New-York, invoqué au soutien du pourvoi, laisse au juge la faculté d'entendre le mineur capable de discernement dans toute procédure le concernant, son audition ne pouvant être écartée, lorsqu'il en fait la demande, que par une décision spécialement motivée. Les modalités d'audition de l'enfant sont régies par les articles 338-1 à 338-9 du nouveau Code de procédure civile.

La Première chambre civile, qui aurait pu se contenter de faire application des seules dispositions nationales, a choisi relever d'office, après avis donné aux parties, le moyen tiré de l'application des articles 3.1 et 12.2 de la Convention des droits de l'enfant, affirmant ainsi la valeur supra nationale de ce texte et rejoignant la position du Conseil d'Etat qui s'est prononcé en faveur de l'applicabilité directe de certaines des dispositions de cette Convention.

Pour majeur qu'il puisse paraître, le revirement opéré par la Première chambre civile ne concerne que deux des dispositions de la Convention. Il consacre le respect du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit être une considération primordiale (article 3.1), ainsi que la possibilité qui lui est donnée d'exprimer librement son opinion dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant (article 12.2).

Enfin, par un arrêt prononcé le même jour (Cass 1re 18 mai 2005, Bull. 2005, I, no 211, pourvoi no 02-16 336), la Première chambre a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt ayant organisé un droit de visite au profit d'un transsexuel dont la reconnaissance de paternité avait été annulée, au motif que l'intérêt supérieur de l'enfant, au sens de l'article 3.1 de la convention de New-York, avait été pris en compte.

L'évolution amorcée dans ces décisions n'est pas achevée et la Cour de cassation aura vraisemblablement l'occasion de se prononcer sur le caractère directement applicable d'autres dispositions de la Convention.

Convention de New-York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant – Article 3.1 – Applicabilité directe – Effet

1re chambre civile, 14 juin 2005 (Bull. no 245)

Dans le même mouvement d'évolution de sa jurisprudence, amorcé par l'arrêt du 18 mai 2005 précité, la Première chambre civile a eu l'occasion, le 14 juin 2005, de faire application de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant, à propos d'une affaire de déplacement illicite d'enfant mettant en jeu la Convention de La Haye du 25 octobre 1980.

L'enfant ayant été illicitement déplacé par la mère à l'occasion d'un retour en France – la famille, franco-américaine, résidant aux Etats-Unis – le retour immédiat de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle, auprès de son père, a été ordonné par le juge français, en application de la Convention de La Haye.

Le pourvoi de la mère invoquait, notamment, une violation de la Convention relative aux droits de l'enfant, en raison du risque grave auquel le retour aux Etats-Unis exposait l'enfant – cas prévu par l'article 13, b., de la Convention de La Haye – apportant en ce cas une exception à la règle du retour immédiat.

L'arrêt de rejet se fonde explicitement sur la Convention de New-York, en consacrant l'application directe devant la juridiction française de son article 3.1, selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être, pour le juge, une « considération primordiale ». Et la Cour de cassation exerce son contrôle sur l'application de cette disposition par les juges du fond. En l'espèce, le rejet du pourvoi se fonde sur l'exacte mise en œuvre, par la cour d'appel, de ce texte, les juges du fond ayant pris en considération, de manière primordiale, l'intérêt supérieur de l'enfant pour ordonner son retour.

L'on sait que, depuis des arrêts de 1993, la 1re chambre civile déniait à la Convention de New-York tout caractère d'applicabilité directe devant la juridiction française, en soulignant que ce traité ne comportait que des engagements des Etats signataires, sans reconnaître à l'enfant des droits spécifiques, alors que, de son côté, le Conseil d'Etat avait très vite reconnu l'application directe de certaines dispositions de la Convention, et spécialement de son article 3.1, imposant à l'administration de tenir l'intérêt supérieur de l'enfant pour une considération primordiale – c'est à dire devant primer sur toute autre considération.

La Première chambre civile a adopté cette analyse, mettant ainsi sa jurisprudence en harmonie avec celle du Conseil d'Etat, afin de donner au traité toute sa dimension : il s'agit d'un texte international, de valeur supérieure au droit interne, qui impose au juge judiciaire – comme à l'administration – de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant.

Cela ne signifie nullement que l'ensemble des dispositions de la Convention de New-York sera considéré comme d'application directe. La plupart d'entre elles, en effet, ne font que proclamer des engagements des Etats parties, mais certaines reconnaissent à l'enfant des droits qu'il sera en mesure d'invoquer devant nos tribunaux (ainsi l'article 12-2 lui donnant le droit d'être entendu dans toute procédure le concernant – droit consacré par l'arrêt du 18 mai 2005).

CINQUIÈME PARTIE

L'ACTIVITÉ DE LA COUR

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

1 Statistiques année 2005

Tableau 1.1

REPARTITION DU CONTENTIEUX CIVIL ET PENAL EN 2005

Tableau 1.2

EVOLUTION DU STOCK GENERAL - ANNEE 2005

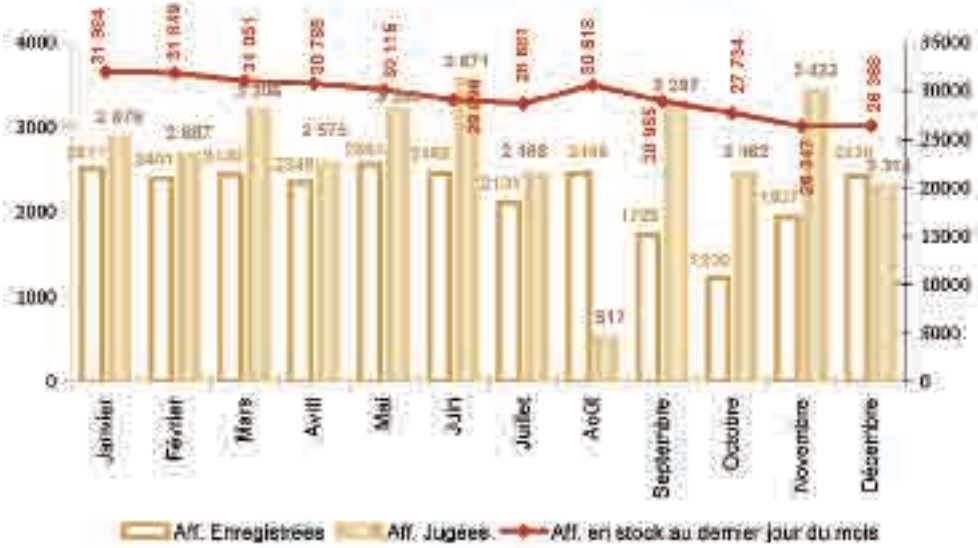


Tableau 1.3

REPARTITION DU CONTENTIEUX CIVIL, COMMERCIAL ET SOCIAL EN 2006
PAR CATEGORIE D'AFFAIRES

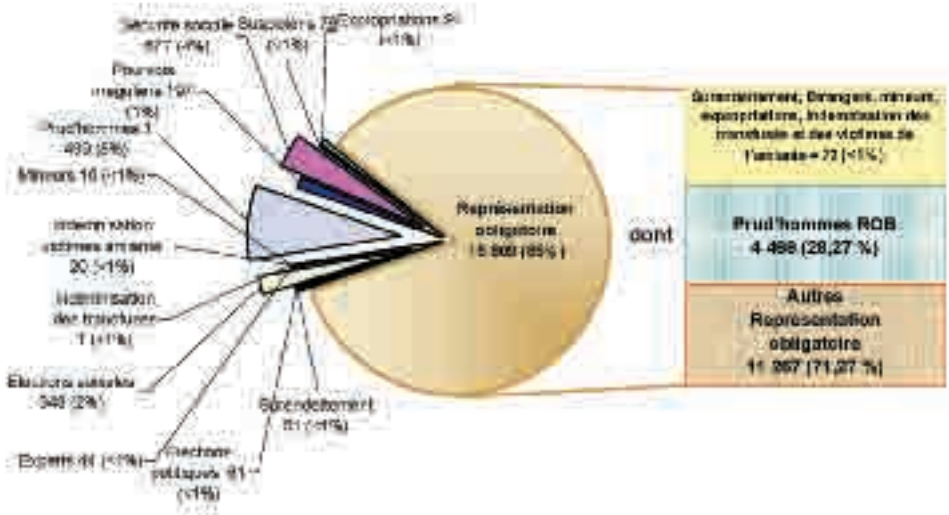


Tableau 1.4

REPARTITION DES DOSSIERS CIVILS JUGES EN 2006
PAR CATEGORIE DE DECISIONS

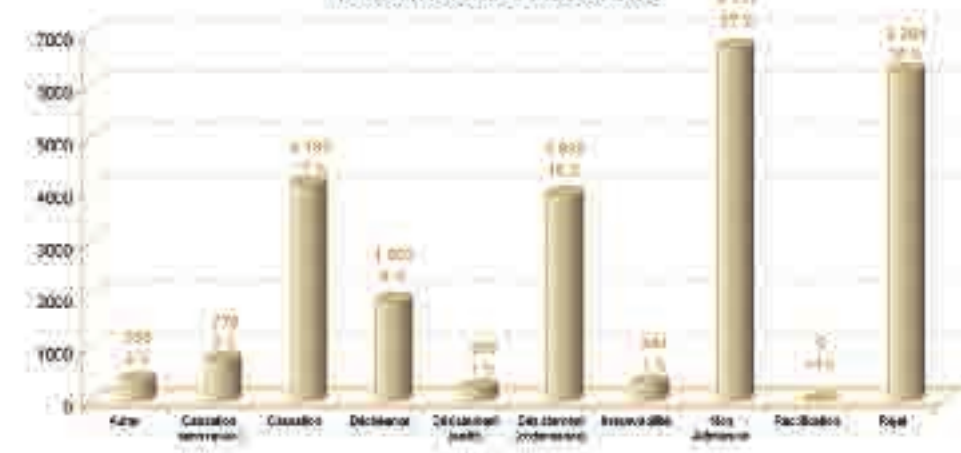


Tableau 1.6

EVOLUTION DU STOCK DES AFFAIRES CIVILES - ANNEE 2005

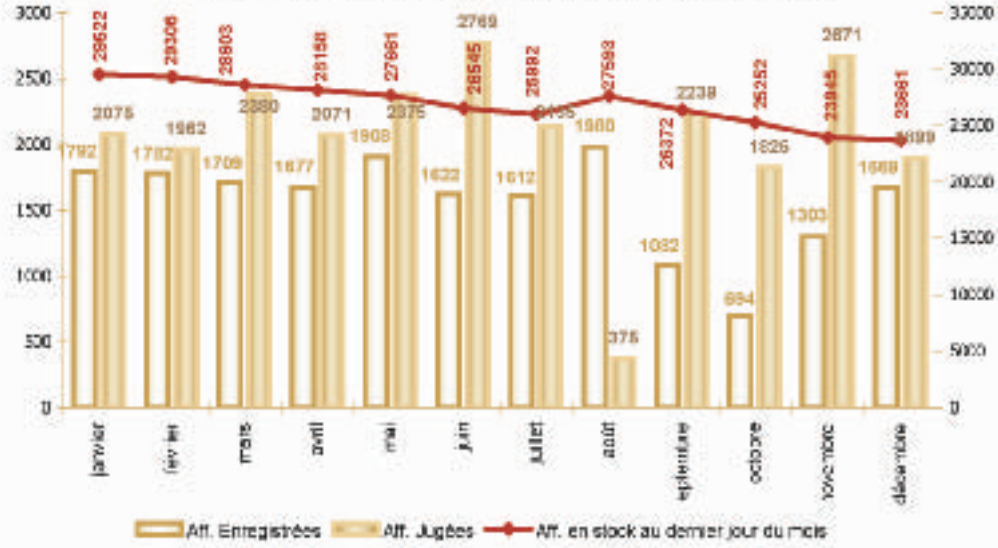


Tableau 1.6

REPARTITION DU CONTENTIEUX PENAL EN 2005 PAR CATEGORIE D'AFFAIRES

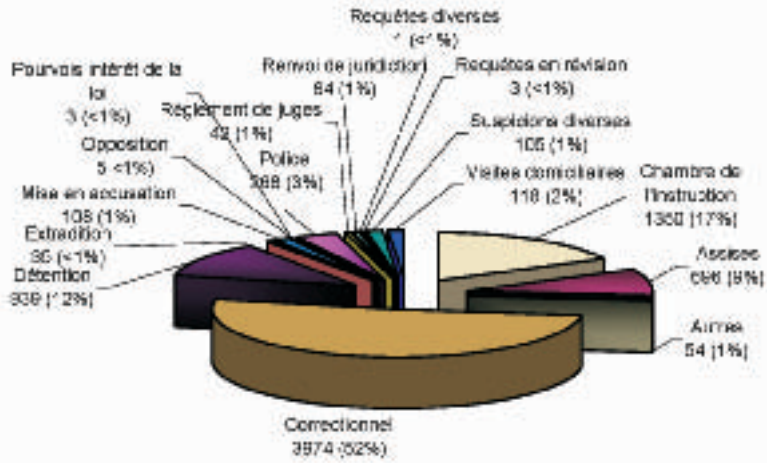
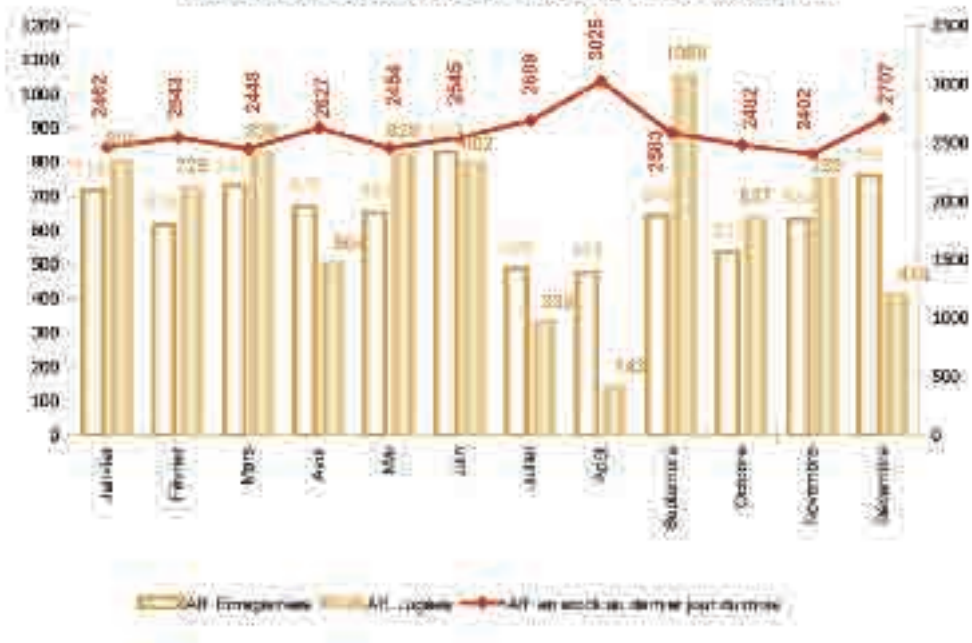


Tableau 1.7

REPARTITION DES DOSSIERS PENAUX JUGES EN 2006
PAR CATEGORIE DE DECISION

Tableau 1.8

EVOLUTION DU STOCK DES AFFAIRES PENALES - ANNEE 2006



2
Évolution du stock et de la durée des affaires civiles et pénales

Tableau 2.1

STOCK, FLUX ET DELAI DU CONTENTIEUX CIVIL SOUMIS A LA COUR DE CASSATION

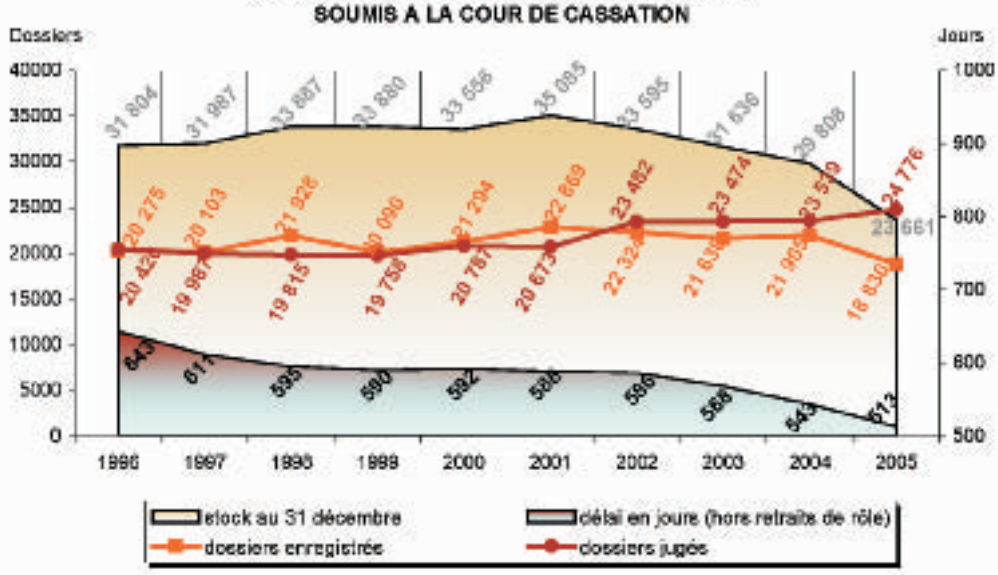


Tableau 2.2

DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRES CIVILES

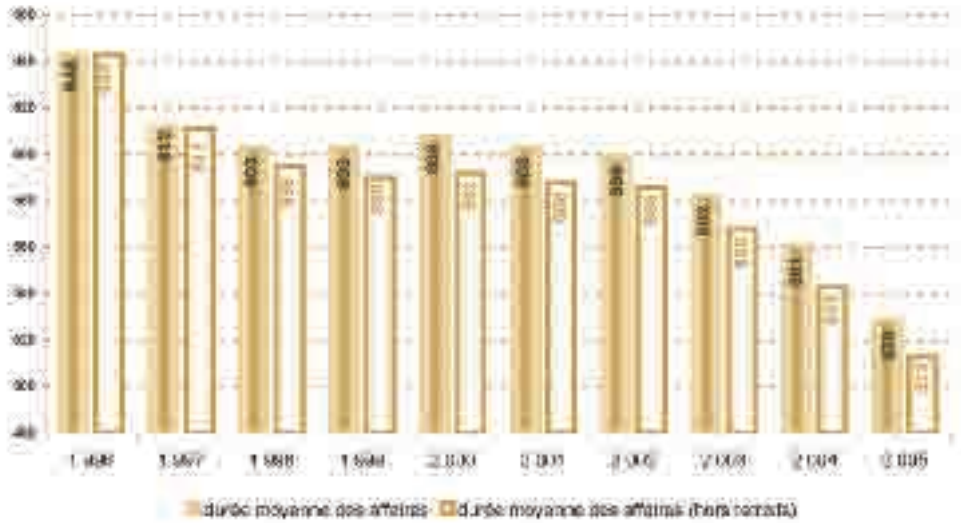


Tableau 2.3

DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRET (en jours) - CHAMBRES CIVILES

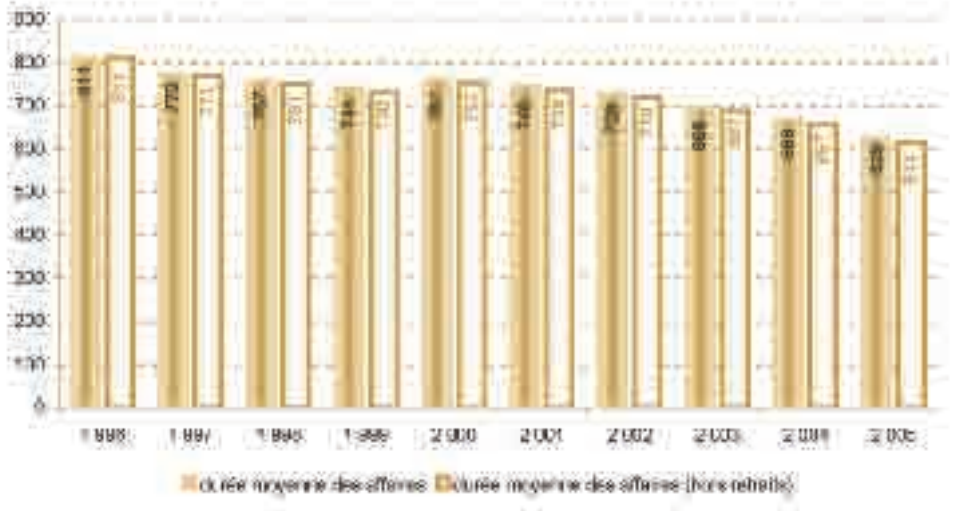


Tableau 2.4

STOCK, FLUX ET DELAI DU CONTENTIEUX PENAL SOUMIS A LA COUR DE CASSATION

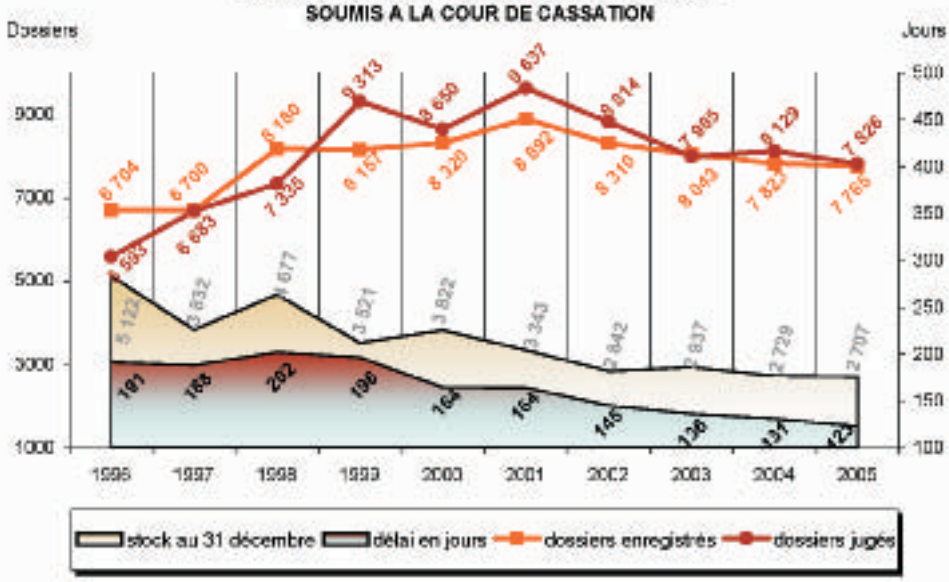


Tableau 2.5

DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRE CRIMINELLE

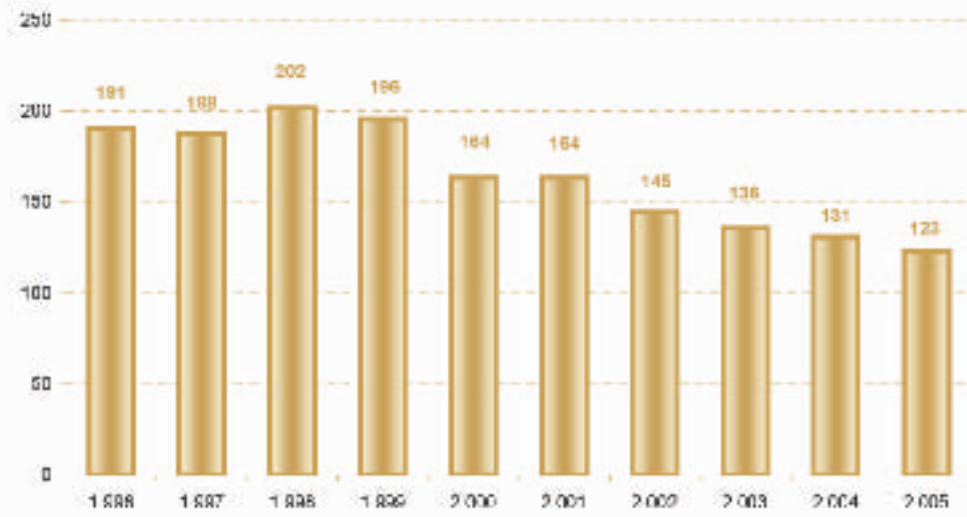


Tableau 2.6

PROCEDURE DE RETRAIT DU ROLE (ART. 1009-1 du NCPC)
REQUETES ET DECISIONS 1009-1

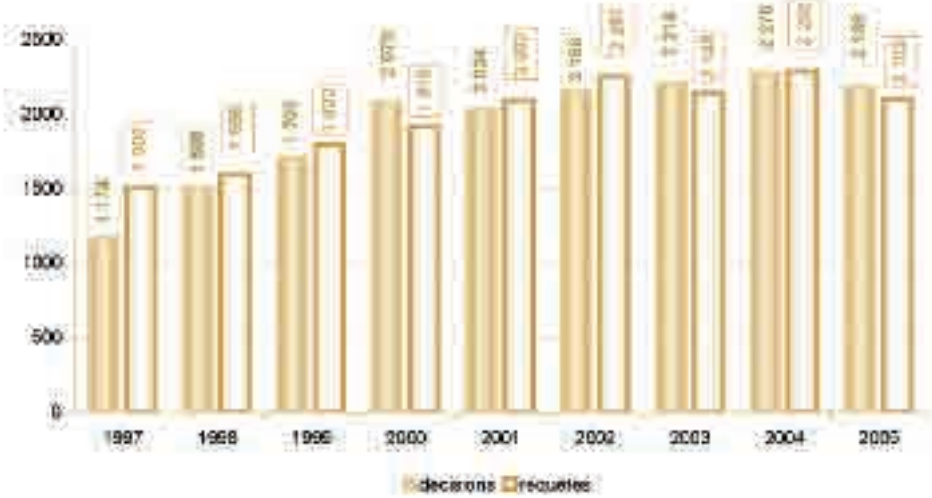


Tableau 2.7

REPARTITION DES REQUETES 1009-1 EN 2005

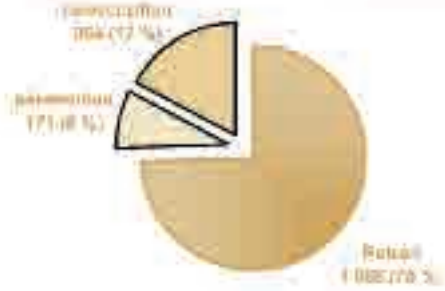
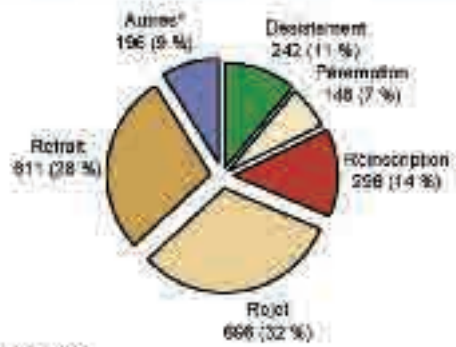


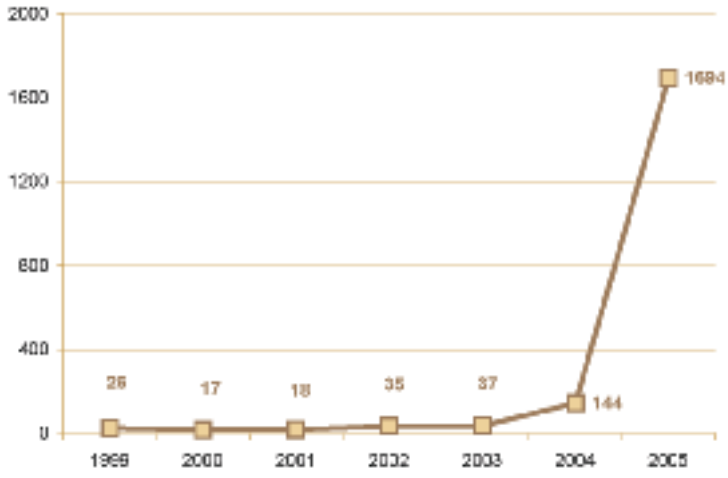
Tableau 2.8

REPARTITION DES DECISIONS 1009-1 EN 2005



* Requête sans objet.

Réduction des délais au titre de l'article 1009



L'article 1009 alinéa 1er du nouveau Code de procédure civile prévoit que le premier président, ou son délégué, à la demande d'une des parties ou d'office, peut réduire les délais prévus pour le dépôt des mémoires et des pièces.

Afin d'accélérer le traitement de certains contentieux, les délais de production des mémoires sont désormais systématiquement réduits depuis 2005. Tel est le cas des pourvois formés dans les matières suivantes : responsabilité des avocats aux conseils, bourse, concurrence, contredit, divorce, contentieux des étrangers, filiation, indemnisation des victimes de l'amiante, indemnisation des victimes de contamination par le VIH à la suite d'une transfusion, nationalité, presse, référés, recours formés par les experts, second pourvoi dans un même litige.

En application de l'alinéa 2 de l'article 1009 précité, le président de la formation compétente fixe la date de l'audience à laquelle seront examinés les pourvois dont les délais d'instruction ont été réduits.

Le recours à l'article 1009 permet ainsi de réduire à moins d'un an le délai de jugement des pourvois concernés.

Observations générales

Les statistiques de la Cour de cassation pour l'année 2005 mettent en évidence trois faits marquants :

1° une nette diminution du nombre des saisines de la Cour, imputable à la baisse du nombre des pourvois en matière civile : 18 830 dossiers civils ont été enregistrés en 2005 contre 21 695 en 2004.

La généralisation, à quelques exceptions près, de la représentation obligatoire en matière civile n'est pas étrangère à cette tendance à la baisse du nombre des pourvois. La démonstration du rôle régulateur de la représentation obligatoire renforce l'intérêt que présenterait l'extension de cette mesure à la matière pénale.

2° Une productivité croissante de la Cour, comme le montre le nombre des arrêts rendus en matière civile (24 776), très supérieur à celui des dossiers enregistrés et supérieur à celui des arrêts rendus en 2004 (23 539) ; il s'ensuit une nette diminution du stock des dossiers civils restant à juger, passé au dessous du seuil de 25 000 à la fin de l'année 2005, avec 23 661 dossiers en stock, soit une diminution de 20,6 % par rapport à 2004.

3° Une diminution sensible des délais de jugement

• en matière civile, pour les affaires terminées par un arrêt, ce délai est de 614 jours en 2005 ; il était de 811 jours en 1996, soit un gain de 197 jours par affaire en 10 ans.

• en matière pénale, ce délai est de 123 jours en 2005 ; il était de 191 jours en 1996.

Tableaux 1.1 et 1.2

La part du contentieux pénal dans l'ensemble des affaires traitées par la Cour de cassation (29 %) est, en termes de dossiers enregistrés, en légère augmentation par rapport à 2004 (26,3 %) et 2003 (27 %).

Cette hausse relative du secteur pénal ne trouve cependant pas sa cause dans une augmentation du nombre des dossiers enregistrés par la Chambre criminelle, qui reste stable, mais dans une nette diminution du nombre des dossiers enregistrés en matière civile (18 830 dossiers civils enregistrés en matière civile en 2005 contre 21 695 en 2004 et 21 638 en 2003).

L'évolution mensuelle du stock général (civil et pénal) met en évidence un nombre de sorties de dossiers toujours supérieur à celui des entrées, de sorte que le stock qui était de 32 537 dossiers au 31 décembre 2004 est passé à 26 368 le 31 décembre 2005, soit un gain de 6 169 dossiers sur le stock de début d'année (18,9 %).

Tableau 1.3

La Cour de cassation a reçu 18 830 pourvois nouveaux en matière civile, sociale et commerciale. Ce nombre est en diminution de 14,2 % par rapport à l'année précédente.

Les affaires avec représentation obligatoire comptent pour 85 % de ce contentieux au lieu de 53 % en 2004. Cette évolution trouve sa cause dans les dispositions du décret n° 2004-836 du 20 août 2004 généralisant à compter du 1er janvier 2005 la représentation obligatoire en matière civile, à quelques exceptions près.

Tableau 1.4

24 776 affaires ont fait l'objet d'une décision en 2005 en matière civile, ce qui marque une augmentation de 5,2 % par rapport à 2004 (23 539) : la Cour de cassation a reçu en 2005 moins de dossiers qu'en 2004 mais elle en a jugé un plus grand nombre.

On remarque que la procédure de non-admission introduite en 2002 intervient dans 27 % des décisions (25,2 % en 2004), alors que 11 192 décisions ont été réellement rendues au fond, compte tenu de 1 905 déchéances, de 4 184 désistements et de 748 décisions diverses (irrecevabilité, péremption...). Le chiffre de 11 192 décisions au fond marque une progression par rapport à l'année précédente (10 824 décisions au fond en 2004).

Tableau 1.5

Au cours de chaque mois de l'année 2005, la Cour de cassation a jugé en matière civile plus de dossiers qu'elle n'en a reçu. Il en découle une courbe de l'évolution des stocks d'affaires civiles à la pente nettement descendante, le nombre de dossiers civils en stock passant de 29 808 au 31 décembre 2004 à 23 661 au 31 décembre 2005, soit une diminution de 19 %.

Tableau 1.6

La Chambre criminelle a enregistré 7 765 dossiers en 2005, chiffre stable par rapport à 2004 (7 823).

Son activité concerne pour l'essentiel les matières correctionnelle et criminelle (61 %), les contentieux de la détention (12 %) et ceux des chambres de l'instruction, hors détention (17 %). Les autres contentieux interviennent pour une part résiduelle, entre 1 % et 2 % (renvois de juridiction, extraditions, requêtes diverses...)

Tableau 1.7

Le nombre des affaires pénales terminées est passé de 8 129 en 2004 à 7 826 en 2005. La procédure de non admission introduite en 2002 a amené la Chambre criminelle à prononcer 4 120 décisions de non admission (53 % des dossiers).

Tableau 1.8

Comme en matière civile, le nombre de dossiers jugés en matière pénale (7 826) est supérieur à celui des dossiers enregistrés (7 765). Le stock au 31 décembre 2005 est de 2 707 dossiers (contre 2 729 au 31 décembre 2004), soit moins d'un trimestre d'activité de la chambre criminelle.

Tableaux 2.1, 2.2 et 2.3

Comme indiqué précédemment, on constate deux tendances favorables à la diminution du stock : d'une part, l'augmentation du nombre des dossiers jugés, d'autre part, la diminution du nombre des dossiers enregistrés. Ainsi se poursuit une tendance à la baisse amorcée en 2001 qui, avec 23 661 dossiers civils en stock à la fin de l'année 2005 permet à la Cour de franchir le seuil historique de moins de 25 000 dossiers civils.

En corrélation avec la diminution du nombre de dossiers en stock et l'augmentation du nombre des dossiers jugés, on constate une très sensible diminution de la durée de traitement des dossiers qui passe de 643 jours en 1996 à 513 jours en 2005 pour l'ensemble des dossiers civils jugés, hors retraits du rôle, soit un gain de 130 jours par affaire en 10 ans.

Pour les affaires terminées par un arrêt, le délai de traitement passe de 811 jours en 1996 à 614 jours en 2005, soit un gain de 197 jours par affaire en 10 ans. Etant moins important, le stock des affaires civiles « tourne » plus vite.

La Cour de cassation se rapproche ainsi de l'objectif de 480 jours qu'elle s'est assigné au titre de la loi organique relative aux lois de finances qui impose de définir des indicateurs de performance.

Tableaux 2.4 et 2.5

Après le pic atteint en 2001 en termes de dossiers enregistrés (8 892) et d'activité (9 637 affaires jugées) la Chambre criminelle connaît une nette décrue dans ces deux domaines tout en maintenant une activité extrêmement soutenue : 7 826 affaires jugées pour 7 765 dossiers enregistrés. La durée moyenne de traitement des affaires pénales (tous dossiers confondus) est de 123 jours en 2005 contre 191 jours en 1996, soit un gain de 68 jours.

Tableaux 2.6, 2.7 et 2.8

Le nombre des requêtes en retrait de rôle est en légère diminution en 2005 (2 103) par rapport à 2004 (2 292). Les dossiers sont traités sans délai, de sorte que le nombre des requêtes et celui des décision est sensiblement équivalent.

La structure du contentieux « article 1009-1 du NCPC » permet de distinguer trois ensembles d'inégale importance : les requêtes en retrait du rôle proprement dites (75 %), les requêtes en réinscription (17 %) et les requêtes en constat de péremption de l'instance (8 %).

Les décisions sont conformes à la demande de retrait du rôle dans 28 %. Toutes causes confondues (retrait du rôle, préemption d'instance, réinscription), les requêtes sont rejetées à hauteur de 32 %.

3

Appréciation par Chambre de l'activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle

Tableau 3.1

REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2005
PAR LA PREMIERE CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIE DE DECISIONS

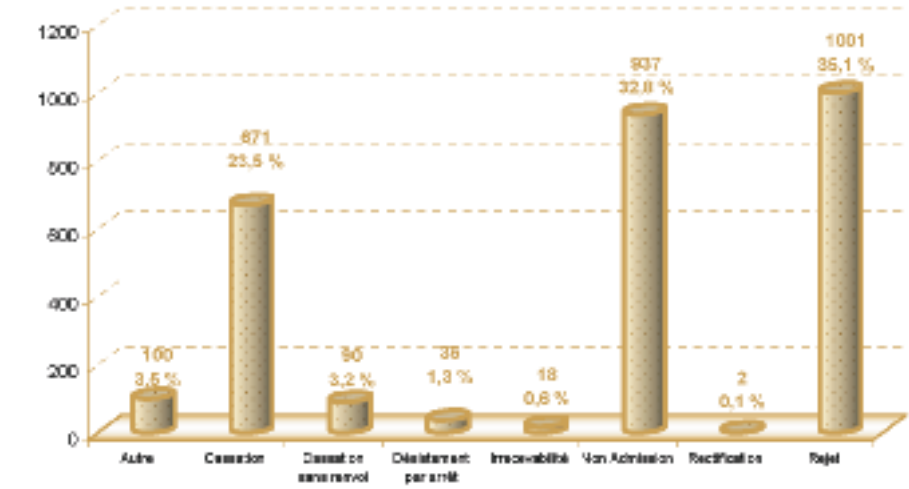


Tableau 3.2

EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - PREMIERE CHAMBRE CIVILE

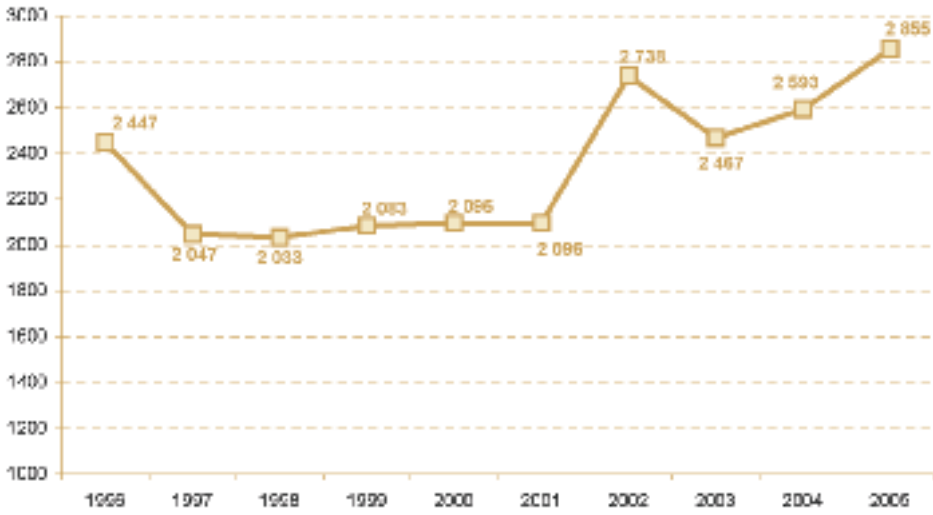
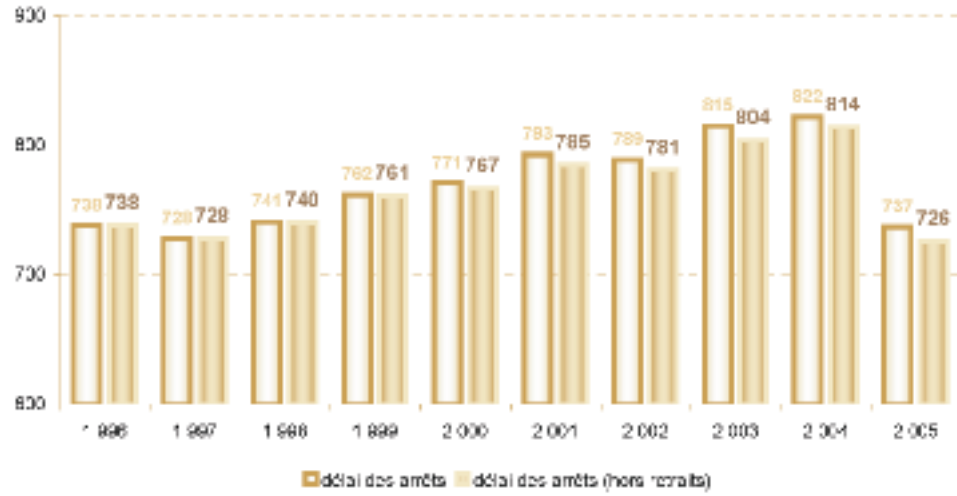


Tableau 3.3

DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRET (en jours)
PREMIERE CHAMBRE CIVILE



La répartition des principales décisions de la première chambre civile (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

Cassation	28%
Rejet	37%
Non-admission	35%

Cette chambre a rendu 2 855 arrêts en 2005, soit une augmentation de 10,1 % par rappport à 2004 (2 593 arrêts).

Elle a considérablement réduit la durée moyenne de traitement des affaires terminées par un arrêt, cette durée (hors retraits) passant de 822 jours en 2004 à 737 jours en 2005, soit un gain de 85 jours.

Tableau 3.4

**REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2006
PAR LA DEUXIEME CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIE DE DECISIONS**

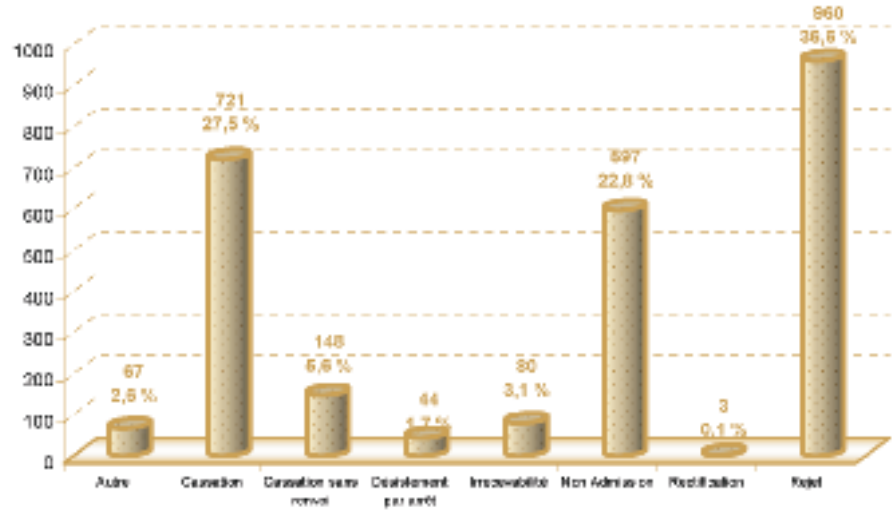


Tableau 3.5

EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - DEUXIEME CHAMBRE CIVILE

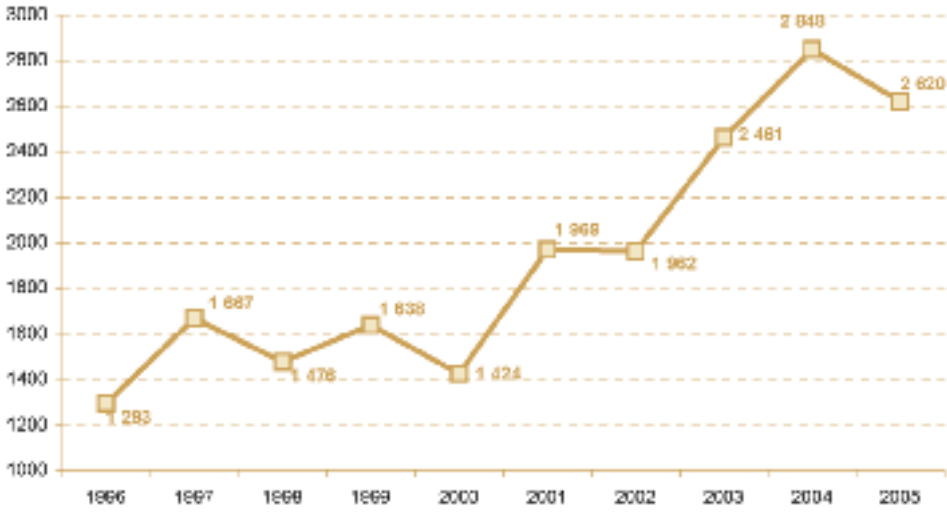
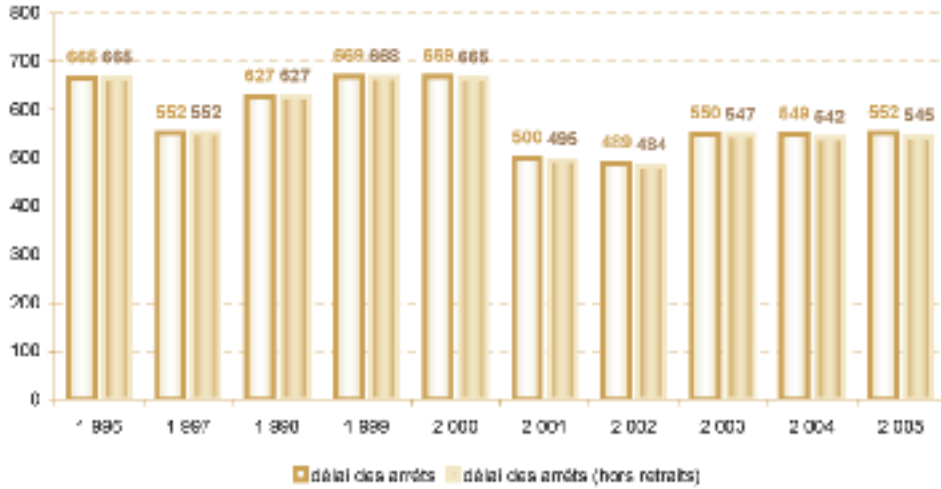


Tableau 3.6

DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRET (en jours)
DEUXIEME CHAMBRE CIVILE



La répartition des principales décisions de la deuxième chambre civile (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

Cassation	36%
Rejet	40%
Non-admission	25%

Cette chambre a rendu 2 620 arrêts en 2005, ce qui marque un retrait de 8 % par rapport à 2004 (2 848 arrêts).

La durée moyenne de traitement des affaires terminées par un arrêt est restée stable par rapport à 2004 (de l'ordre de 550 jours), ce qui marque un progrès considérable par rapport aux années 1999 et 2000 au cours desquelles la durée moyenne des affaires terminées par un arrêt culminait à 665 jours.

Tableau 3.7

**REPARTITION DES DOSSIERS JUGÉS EN 2005
PAR LA TROISIEME CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIE DE DECISIONS**

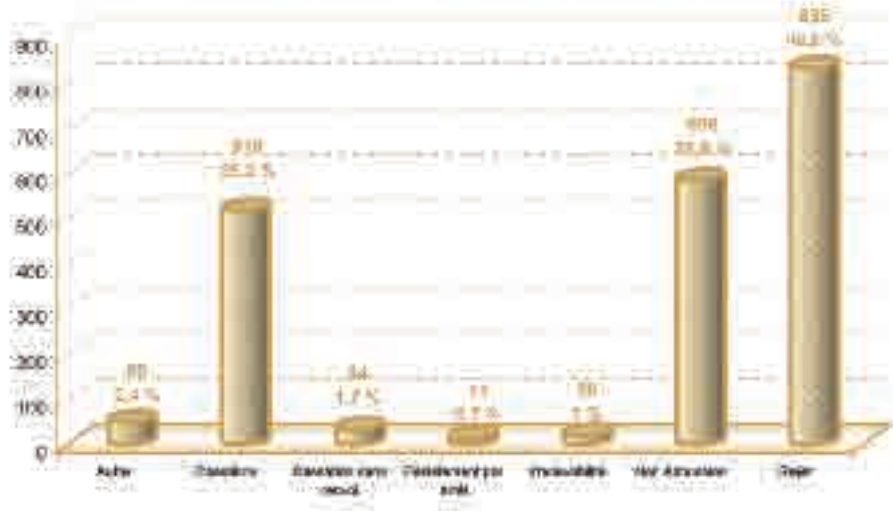


Tableau 3.8

EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - TROISIEME CHAMBRE CIVILE

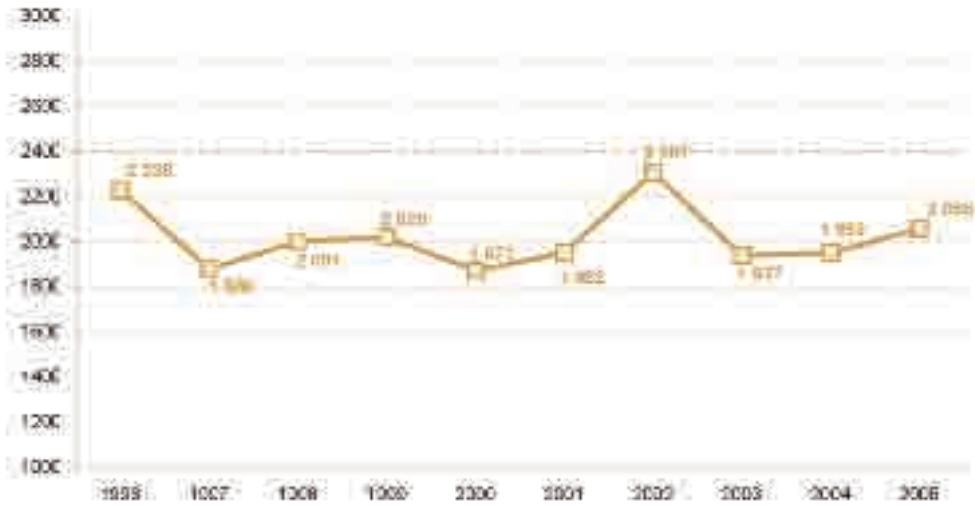
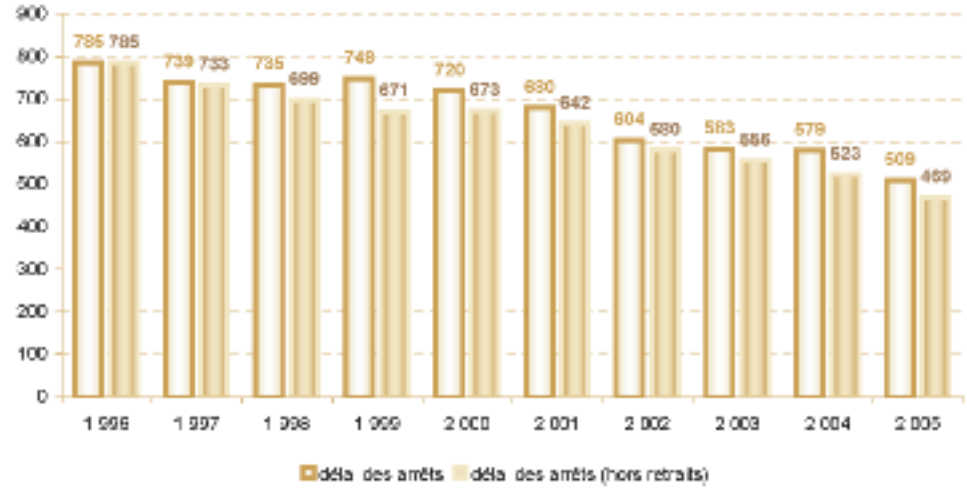


Tableau 3.5

DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRET (en jours)
TROISIEME CHAMBRE CIVILE



La répartition des principales décisions de la troisième chambre civile (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

Cassation	28%
Rejet	42%
Non-admission	30%

Cette chambre a rendu 2 058 arrêts en 2005, soit une progression de 5,4 % par rapport à 2004 (1 952 arrêts).

La durée moyenne de traitement des affaires terminées a très sensiblement diminué, passant de 579 jours à 509 jours, soit un gain de 70 jours. Par rapport à l'année 1996, le gain est de 276 jours.

Tableau 3.10

REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2006
PAR LA CHAMBRE COMMERCIALE PAR CATEGORIE DE DECISIONS

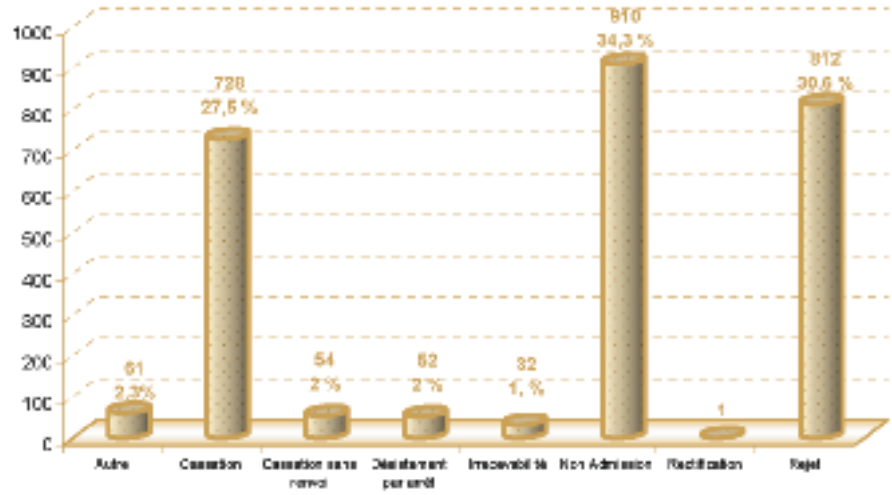


Tableau 3.11

EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - CHAMBRE COMMERCIALE

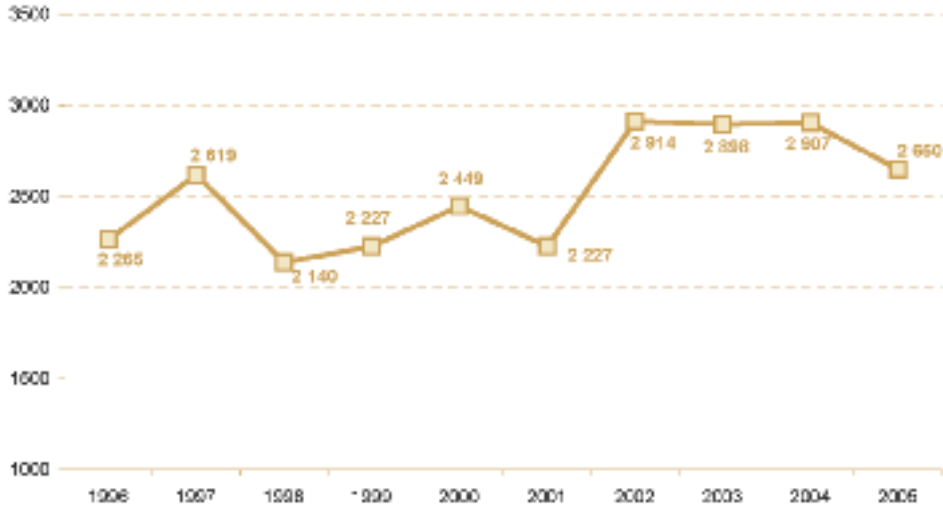
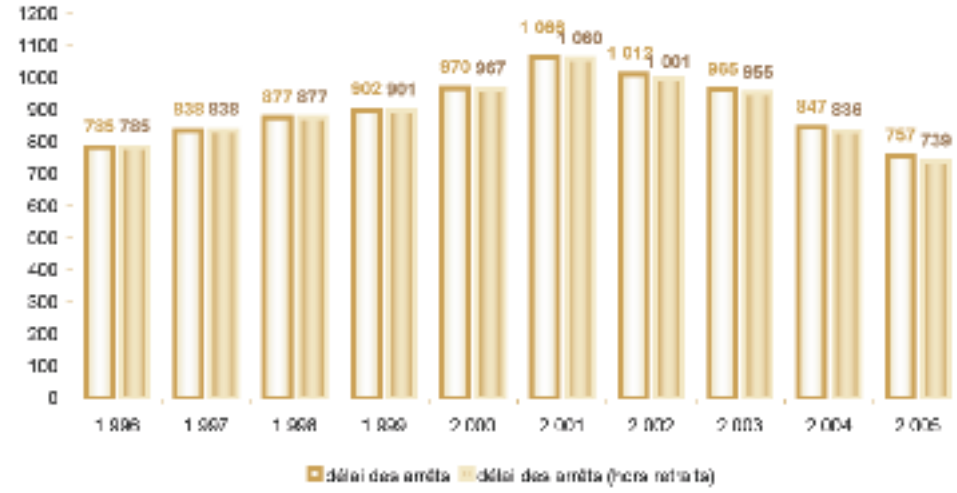


Tableau 3.12

DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRET (en jours)
CHAMBRE COMMERCIALE



La répartition des principales décisions de la chambre commerciale (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

Cassation	31%
Rejet	32%
Non-admission	36%

Cette chambre a rendu 2 650 arrêts en 2005, soit une diminution de 8,8 % par rapport à 2004 (2 907 arrêts).

Elle a sensiblement diminué la durée moyenne de traitement des affaires terminées par un arrêt, celle-ci étant de 757 jours en 2005 contre 847 jours en 2004, soit un gain de 90 jours.

Tableau 3-10

**REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2005
PAR LA CHAMBRE SOCIALE PAR CATEGORIE DE DECISIONS**

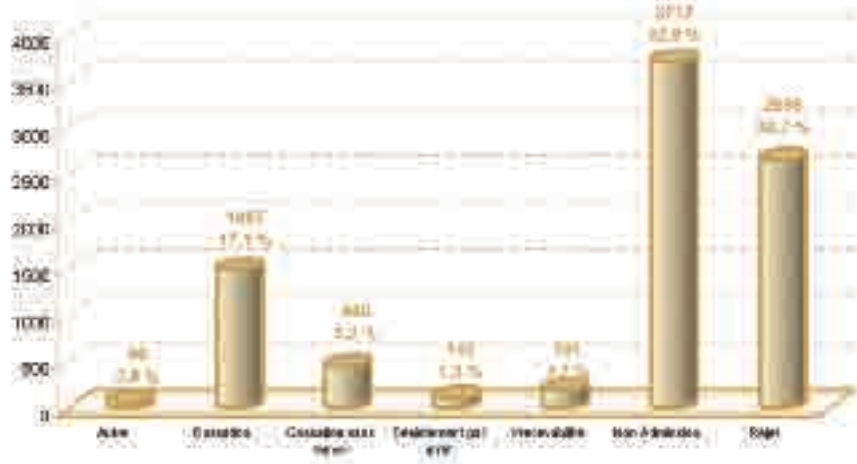
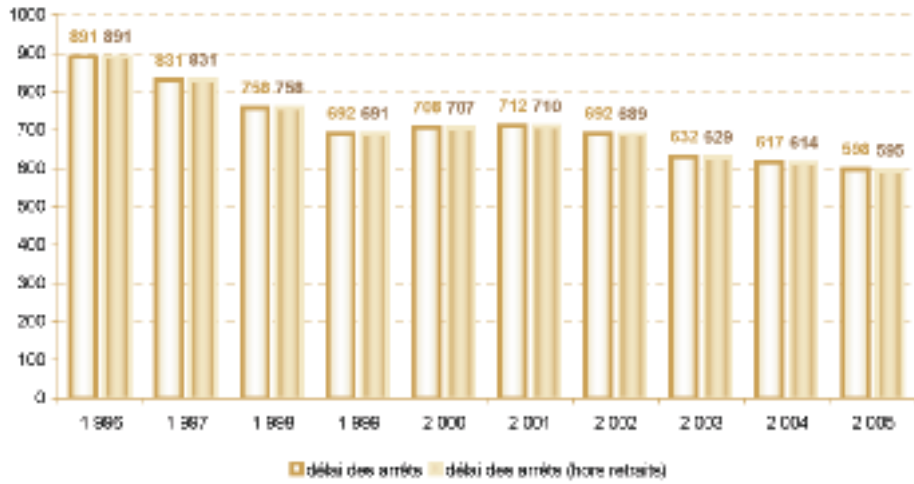


Tableau 3-11

EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - CHAMBRE SOCIALE

Tableau 3.15

DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRET (en jours)
CHAMBRE SOCIALE



Entrées et sorties

2004		2005	
Affaires sans représentation obligatoire			
ENTREES	SORTIES	ENTREES	SORTIES
9 316	9 203	1 875	9 372
Affaires avec représentation obligatoire			
ENTREES	SORTIES	ENTREES	SORTIES
135	115	4 740	801
TOTAL			
9 451	9 318	6 615	10 173

Nombre de mémoires personnels ou par avocats

2004		2005	
Affaires sans représentation obligatoire			
AVOCAT	PERSONNEL	AVOCAT	PERSONNEL
11 780	5 409	6 107	1 811
Affaires avec représentation obligatoire			
AVOCAT	PERSONNEL	AVOCAT	PERSONNEL
296	1	2 952	42
TOTAL			
12 076	5 410	9 059	1 853

La répartition des principales décisions de la chambre sociale (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

Cassation	23%
Rejet	32%
Non-admission	45%

Avec 6 615 dossiers enregistrés en 2005, la chambre sociale a connu une diminution du nombre des entrées de 30 % (9 451 dossiers enregistrés en 2004). Elle a rendu 8 689 arrêts en 2005, ce qui traduit une augmentation de 16,5 % par rapport à l'année précédente (7 455 arrêts rendus). Elle a dans le même temps ramené la durée moyenne de traitement des affaires terminées par un arrêt de 617 jours en 2004 à 598 jours en 2005, soit un gain de 19 jours.

Par rapport aux autres chambres civiles, on constate une répartition différente des décisions rendues: si le taux de rejet est dans la fourchette des 30 à 40 %, celui des cassations est le plus bas de la série, étant de peu supérieur à 20 %, tandis que le taux des non-admissions est le plus élevé, étant le seul à se situer au dessus de 40 %.

Ce particularisme paraît lié à la procédure applicable devant la chambre sociale jusqu'à l'entrée en vigueur du décret n° 2004-836 du 20 août 2004 étendant la représentation obligatoire à la matière prud'homale et dont l'incidence n'a été que partielle en 2005, la réforme n'étant applicable qu'aux pourvois formés à l'encontre des décisions rendues à compter du 1er janvier 2005.

Ainsi, en 2005, pour un total de 6 615 dossiers entrés, la part des affaires avec représentation obligatoire est de 72 % (4 740 dossiers) alors qu'elle était de 1, 4 % en 2004 (135 dossiers). La chambre sociale a cependant essentiellement examiné en 2005 des dossiers formalisés avant l'entrée en vigueur du décret précité du 20 août 2004 : 92 % des dossiers sortis dans l'année sont sans représentation obligatoire.

L'existence en 2005 d'une majorité de procédures sans représentation obligatoire se traduit également par le fait que le nombre de mémoires personnels est encore important (1 611) bien que très inférieur à celui de 2004 (5 409).

Le chiffre élevé des rejets et des non-admissions peut ainsi être rapproché du nombre des affaires sans représentation obligatoire et des mémoires personnels élaborés par des non spécialistes de la technique de cassation, plus exposés au risque du prononcé d'une décision de non-admission ou de rejet.

Cette forte augmentation du nombre des dossiers avec représentation obligatoire est également à rapprocher de la diminution globale du nombre des dossiers enregistrés : il apparaît que l'information apportée par un avocat aux Conseils sur les chances d'aboutir d'un pourvoi est susceptible de décourager une partie de s'engager dans une procédure lorsque ces chances sont faibles ou nulles.

Tableau 9.16

REPARTITION DES DOSSIERS PENAUX JUGES EN 2005
PAR CATEGORIE DE DECISION

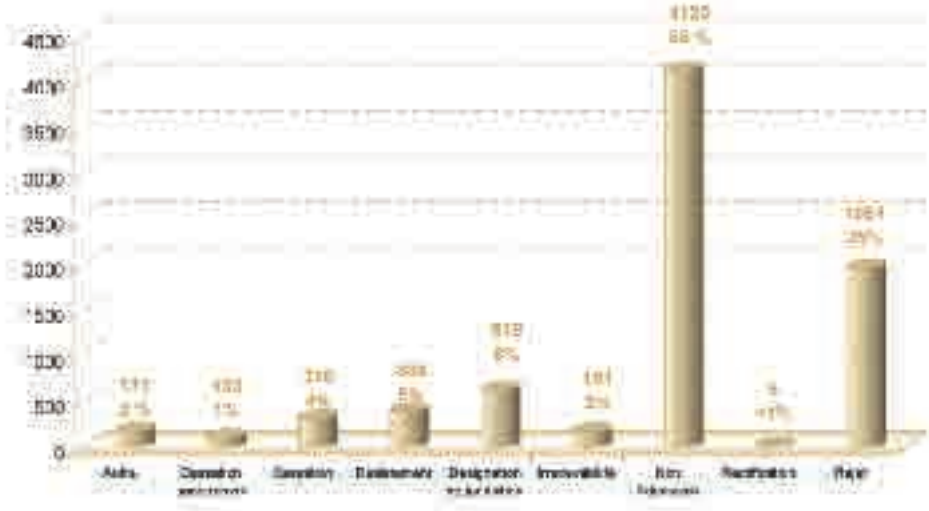


Tableau 9.17

EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - CHAMBRE CRIMINELLE

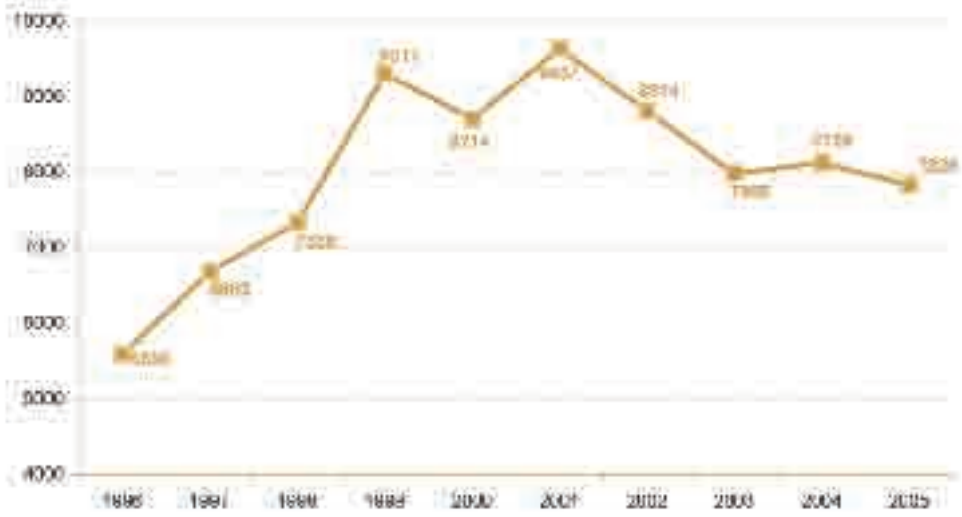
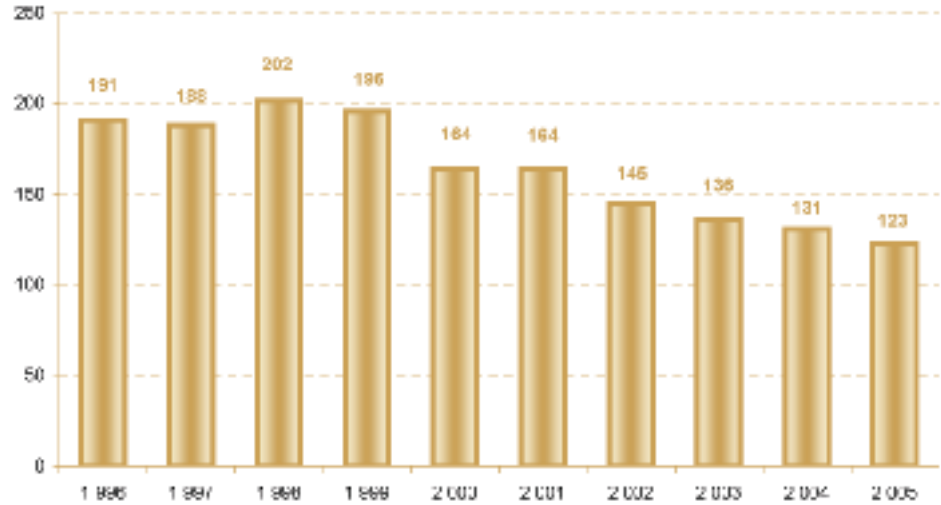


Tableau 3.18

DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRE CRIMINELLE



Entrées et sorties

2004		2005	
ENTREES	SORTIES	ENTREES	SORTIES
7 844	8 112	7 778	7 839

Nombre de mémoires personnels ou par avocats

2004		2005	
AVOCAT	PERSONNEL	AVOCAT	PERSONNEL
3 374	1 401	3 018	1 343

La répartition des principales décisions de la chambre criminelle (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

Cassation	6%
Rejet	30%
Non-admission	64%

Les taux constatés en matière pénale sont très éloignés de ceux que l'on rencontre dans les chambres civiles. La spécificité du contentieux pénal s'exprime ici de plusieurs manières :
- d'une part, le recours en cassation, dont l'effet est généralement suspensif, semble être considéré, plus qu'en matière civile, comme une voie ordinaire de contestation de la décision de la juridiction du fond ;
- d'autre part et surtout, la matière pénale n'est pas concernée par la représentation obligatoire. Nombre de pourvois sont formalisés sans intervention d'un avocat aux Conseils et sont soutenus au moyens de mémoires personnels ne contenant pas de moyens de droit susceptibles de provoquer une cassation. Ces affaires sans avocat ont représenté 17 % des dossiers sortis en 2005 (7 839). Cette proportion était la même en 2004. La faible efficacité des mémoires personnels est ici démontrée autant par le taux très important des non-admissions que par le taux très faible des cassations.

Ces chiffres démontrent encore que, si elle constitue une charge supplémentaire, au demeurant éligible à l'aide juridictionnelle dans de nombreux cas, la représentation obligatoire peut déboucher, en fin de compte, pour les auteurs des pourvois, sur un accroissement sensible des chances d'obtenir gain de cause. En effet, la matière pénale n'échappe pas à la rigueur de la technique de cassation, laquelle exige l'intervention de spécialistes non seulement du droit mais aussi de cette technique.

Tableau 3.19

REPARTITION DES DOSSIERS JUGES
ASSEMBLEE PLENIERE ET CHAMBRE MIXTE

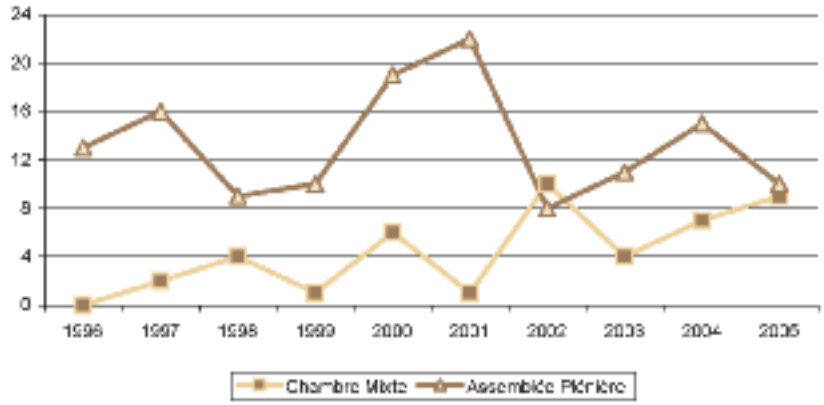
Chambre	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Ass. Plénière (Pourvois en matière civile)	12	16	9	8	17	18	5	8	14	7
Ass. Plénière (Pourvois en matière pénale)	1			2	2	4	3	3	1	3
Total	13	16	9	10	19	22	8	11	15	10

Chambre	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Chambre Mixte (Pourvois en matière civile)		2	4	1	4	1	10	4	7	9
Chambre Mixte (Pourvois en matière pénale)					2					
Total	0	2	4	1	6	1	10	4	7	9

Total général	13	18	13	11	25	23	18	15	22	19

Tableau 3.20

EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES
ASSEMBLEE PLENIERE - CHAMBRE MIXTE



La Cour de cassation connaît depuis plusieurs années un rythme soutenu d'audiences en assemblée plénière ou en chambre mixte.

4
Les avis de la Cour

LES AVIS (articles L. 151-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire)

Au cours de l'année 2005, la Cour de cassation a été saisie de 27 demandes d'avis en matière civile dont 19 étaient connexes, et de 4 demandes d'avis en matière pénale, dont 3 se rapportaient à une même question.

La Cour a examiné, en 2005, 30 demandes d'avis dont 4 formulées au titre de l'année 2004 et 26 au titre de l'année 2005. Plusieurs demandes étant identiques, ce sont en tout 11 avis qui ont été rendus en 2005. Le nombre d'avis rendu avait été de 4 en 2004, 2 en 2003, 8 en 2002, 8 en 2001, 16 en 2000, 14 en 1999, 20 en 1998, 16 en 1997, 11 en 1996.

Les avis en matière civile

– La première demande d'avis examinée en 2005 portait sur l'articulation des différentes mesures susceptibles d'être prononcées depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2003-710 du 1er août 2003, par la commission départementale d'examen des situations de surendettement, en cas d'échec de sa mission de conciliation, ou par le juge de l'exécution, à la suite d'une demande de traitement du surendettement. Etait soumise à l'examen de la Cour la question de savoir si le recours aux mesures de l'article L. 331-7 du Code de la consommation n'est autorisé que s'il permet l'apurement complet du passif du débiteur. À supposer cette condition requise, devait être également examinée la possibilité d'un échelonnement de cet apurement du passif. Ce sont donc les conditions d'ouverture de la procédure de rétablissement personnel instaurée par la loi n° 2003-710 du 1er août 2003 que la demande d'avis invitait à préciser.

Dans son avis du 10 janvier 2005 (005 0001P), la Cour de cassation a estimé que les mesures de l'article L. 331-7 du Code de la consommation ne peuvent être mises en œuvre, selon les conditions qu'elles prévoient, que dans l'hypothèse où, éventuellement combinées avec une mesure d'effacement partiel prononcée en application de l'article L. 331-7-1 du même code, elles sont de nature à apurer entièrement le passif du débiteur. Elle a également indiqué que lorsque le débiteur se trouve dans l'impossibilité d'apurer sa situation de surendettement par la mise en œuvre, éventuellement combinée, des mesures prévues aux articles L. 331-7 et L. 331-7-1 du Code de la consommation, il est dans une situation irrémédiablement compromise, au sens de l'article L. 330-1 du même code, conduisant à l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel dans les conditions prévues au titre III du livre III du Code de la consommation.

– La deuxième demande d'avis examinée en 2005 portait sur les conditions procédurales d'examen, devant le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (le FIVA), d'une demande d'indemnisation complémentaire pour faute inexcusable de l'employeur présentée par une victime. Etait en débat l'interprétation de l'article 53-IV alinéa 2 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 selon lequel le FIVA présente une offre d'indemnisation « *en cas*

d'aggravation de l'état de santé de la victime ou si une indemnisation complémentaire est susceptible d'être accordée dans le cadre d'une procédure pour faute inexcusable de l'employeur ». La question était de savoir si ce texte a pour objet de créer au profit de la victime d'une maladie professionnelle due à l'amiante, un poste de préjudice supplémentaire résultant du seul fait de l'origine fautive du préjudice, ou seulement de contraindre le FIVA à présenter une offre d'indemnisation supplémentaire s'il ressort d'une décision judiciaire reconnaissant la faute inexcusable de l'employeur que le salarié aurait bénéficié à ce titre d'une indemnisation supérieure à celle qui lui avait été proposée initialement.

Estimant que l'article 53-IV alinéa 2 de la loi du 23 décembre 2000 a vocation à s'appliquer seulement entre l'offre initiale du FIVA et la réponse du demandeur, dans le cas où interviendrait alors une décision juridictionnelle reconnaissant la faute inexcusable de l'employeur par la juridiction compétente ou après acceptation de l'offre initiale du FIVA par le demandeur ou décision juridictionnelle définitive sur sa contestation, la Cour a émis l'avis (005 0002P) que la cour d'appel, saisie d'un recours fondé sur l'article 53-V de la loi précitée, devant laquelle est présentée une demande d'indemnisation complémentaire pour faute inexcusable de l'employeur en application de l'article 53-IV alinéa 2 de la même loi, doit surseoir à statuer et inviter le demandeur ou le FIVA à engager devant le tribunal des affaires de sécurité sociale compétent la procédure en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur en vue d'obtenir la fixation de la réparation due en application des dispositions du Code de la sécurité sociale.

– Examinant le 24 janvier 2005 deux demandes d'avis identiques portant sur les conséquences, en terme d'indemnité de requalification prévue à l'article L. 122-3-13 du Code du travail, de la requalification d'une succession de contrats à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée par le juge, la Cour de cassation a émis l'avis (005 0003P) que lorsque le juge requalifie une succession de contrats de travail à durée déterminée conclus avec le même salarié en contrat de travail à durée indéterminée, il ne doit accorder qu'une indemnité de requalification dont le montant ne peut être inférieur à un mois de salaire.

La procédure de rétablissement personnel introduite par la loi n° 2003-710 du 1er août 2003 a conduit la Cour de cassation à se pencher une deuxième fois au cours de l'année 2005 sur ses conditions d'application dans le cadre de la procédure d'avis. Un juge d'instance interrogeait la Cour sur la nécessité ou non, dans l'hypothèse d'un débiteur paraissant à l'évidence relever de la procédure de rétablissement personnel, de rendre un jugement d'ouverture de rétablissement personnel sans que soit ordonnée une vérification des créances, et sur la possibilité de prononcer, le même jour, un jugement d'ouverture et un jugement distinct de clôture de la procédure pour insuffisance d'actif.

La Cour a émis l'avis (005 0005P) que le juge de l'exécution, en l'état des textes, ne peut prononcer la clôture d'une procédure de rétablissement personnel qu'après la publication du jugement d'ouverture de cette procédure, en vue de la déclaration des créances et l'établissement d'un état des créances déclarées.

– La Cour a examiné une demande d'avis émanant du tribunal des affaires de sécurité sociale de Paris relative à la question de la qualification de la contribution sociale généralisée

et de la contribution au remboursement de la dette sociale au regard de la convention fiscale franco-britannique.

En raison de la différence de régime auquel sont soumis les revenus professionnels perçus à l'étranger pour le recouvrement des impôts et des cotisations sociales, la qualification de la contribution sociale généralisée et de la contribution au remboursement de la dette sociale en impôt ou en cotisation sociale revêt une portée pratique très importante pour déterminer l'étendue des obligations de professionnels exerçant en France mais percevant également dans un autre pays de l'Union européenne des revenus tirés de leur activité. Or, le règlement nº 1408/71 du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, prohibe le cumul des législations et surtout les double assujettissements. Par ailleurs, la convention fiscale franco-britannique prévoit l'imposition des professionnels dans chaque pays pour la part de revenus qu'ils y perçoivent.

Dans le litige ayant conduit à la demande d'avis, les professionnels concernés, assurés sociaux en France, soutenaient devoir payer la CSG et la CRDS, qu'ils considèrent comme des impôts, sur les seuls revenus professionnels perçus en France, conformément à la convention fiscale franco-britannique alors que l'URSSAF estimait que ces contributions constitutives de cotisations sociales étaient également dues sur les revenus professionnels perçus au Royaume-Uni.

La Cour a émis l'avis (005 0007P) qu'il y avait lieu à saisine de la Cour de justice des communautés européennes aux fins qu'elle statue sur la question de savoir si le règlement nº 1408/71 du 14 juin 1971 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une convention, telle que la convention fiscale franco-britannique du 22 mai 1968, prévoit que les revenus perçus au Royaume-Uni par des travailleurs indépendants résidants en France et assurés sociaux dans cet Etat sont exclus de l'assiette de la contribution sociale généralisée et de la contribution pour le remboursement de la dette sociale prélevée en France.

– La Cour de cassation a été consultée par la cour d'appel de Paris sur les conditions de mise en œuvre, par le Conseil de la concurrence, de la procédure de transaction instituée devant cet organisme par la loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. La question posée par la cour d'appel consistait à savoir si le Conseil pouvait mettre en œuvre cumulativement cette procédure et celle dite simplifiée prévues aux articles L. 464-3 et L. 464-5 du Code de commerce, et dans l'affirmative, dans quelles conditions devait être déterminé le montant de la sanction pécuniaire encourue.

La procédure simplifiée, qui permet au Conseil de la concurrence d'examiner les griefs notifiés à une entreprise sans établissement préalable d'un rapport, entraîne un plafonnement de la sanction encourue à 750 000 euros pour les auteurs des pratiques. La procédure de transaction permet au Conseil de la concurrence de prononcer une sanction pécuniaire sans établissement d'un rapport lorsque l'entreprise ne conteste pas les griefs qui lui sont notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir. Dans cette hypothèse, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié par rapport à un plafond fixé à 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Les deux procédures

répondent à des objectifs différents : la première vise à accélérer la procédure, la seconde doit permettre un meilleur fonctionnement du marché grâce aux engagements pris par les entreprises en contrepartie d'une réduction du montant de la sanction.

Constatant qu'aucun texte ne faisait obstacle à l'utilisation simultanée par le Conseil de la concurrence de ces deux procédures, la Cour de cassation a émis l'avis (005 0006P) que le Conseil de la concurrence pouvait cumulativement mettre en œuvre la procédure simplifiée et la procédure dite de transaction. Dans cette hypothèse, et indépendamment de la date à laquelle le président du Conseil de la concurrence aura décidé du recours à la procédure simplifiée, la Cour de cassation a indiqué que le montant de sanction pécuniaire encourue par l'entreprise doit être fixé conformément aux dispositions des articles L. 464-2-II devenu l'article L. 464-2-III du Code de commerce, sans pouvoir dépasser le seuil fixé par l'article L. 464-5 de ce même code.

– La Cour de cassation a été saisie d'une demande d'avis portant sur l'étendue de la compétence du juge de proximité lorsqu'il statue sur une demande de restitution d'un dépôt de garantie au regard des attributions du juge d'instance en matière de baux d'habitation.

Faisait débat l'articulation entre l'article L. 321.2-1, alinéa premier, du Code de l'organisation judiciaire, introduit par la loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005 selon lequel « *sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires fixant la compétence particulières des autres juridictions, le tribunal d'instance connaît en dernier ressort jusqu'à la valeur de 4000 euros, et à charge d'appel lorsque la demande excède cette somme ou est indéterminée, des actions dont un contrat de louage d'immeubles est l'objet, la cause ou l'occasion, ainsi que des actions relatives à l'application de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement* », et les articles L. 331-2, alinéa premier et L. 331-2-1 du même code aux termes desquels d'une part « *sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires fixant la compétence particulière des autres juridictions, la juridiction de proximité connaît, en matière civile, en dernier ressort, des actions personnelles ou mobilières jusqu'à la valeur de 4 000 euros. Elle connaît aussi à charge d'appel des demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 4 000 euros* » et, d'autre part, « *la juridiction de proximité connaît en dernier ressort, jusqu'à la valeur de 4 000 euros, des actions relatives à l'application de l'article 22 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986* », également issus de la loi précitée.

Etait donc posée la question de savoir si la compétence du juge d'instance était exclusive en matière de baux d'habitation et si, en cas de réponse négative à cette question, le juge de proximité pouvait, à l'occasion d'une demande portant sur la restitution d'un dépôt de garantie, connaître d'une demande reconventionnelle portant par exemple sur des loyers impayés.

La Cour a émis l'avis (005 0008P) que, d'une part, l'article L. 321-2-1 du Code de l'organisation judiciaire confère au tribunal d'instance une compétence exclusive en matière de baux d'habitation, à l'exception des actions relatives à l'application de l'article 22 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 dont la connaissance, jusqu'à la valeur de 4 000 euros relève de la juridiction de proximité, et d'autre part, que la juridiction de proximité saisie d'une demande afférente à la

restitution d'un dépôt de garantie, est compétente pour connaître, dans la limite de 4 000 euros, de toute demande reconventionnelle liée à la demande principale.

– La Cour a été saisie d'une demande d'avis portant sur la composition du groupe spécial de négociation prévu aux articles L. 439-7 et suivants du Code du travail pour l'établissement d'un comité d'entreprise européen et sur la possibilité de faire évoluer cette composition en fonction des résultats des scrutins intervenus durant le fonctionnement de ce groupe dans l'entreprise considérée.

Selon les dispositions combinées des articles L. 439-7, L. 439-9, L. 439-12, L. 439-18 et L. 439-19 du Code du travail, le chef d'entreprise ou de l'entreprise dominante d'un groupe de dimension communautaire ou son représentant met en place un groupe spécial de négociation composé de représentants de l'ensemble du personnel, les membres de groupe étant désignés par les organisations syndicales de salariés parmi leurs élus aux comités d'entreprise ou d'établissement ou leurs représentants syndicaux dans l'entreprise ou le groupe, sur la base des résultats des dernières élections. Ce groupe a un délai de trois ans pour parvenir à un accord avec le chef d'entreprise sur le périmètre du futur comité central d'entreprise, ses attributions et ses moyens. À défaut d'accord, le comité d'entreprise européen est institué conformément aux dispositions de la section III du livre IV du Code du travail.

Compte tenu de la durée du « mandat » du groupe spécial de négociation, peut se poser la question de l'évolution de sa composition, lorsqu'interviennent des élections professionnelles postérieures à sa mise en place qui peuvent modifier la représentativité de telle ou telle organisation syndicale.

La directive 94-145 CE du 22 septembre 1994 qui prévoit l'institution du comité central d'entreprise européen renvoie à la compétence des Etats membres le soin de fixer le mode d'élection ou de désignation des membres du groupe spécial de négociation. Or, le chapitre X du livre IV du Code du travail français ne contient aucune disposition relative à une possibilité ou une obligation de remaniement de la composition du comité central d'entreprise ou du groupe spécial de négociation. D'autres Etats européens ont au contraire pris des dispositions expresses permettant un réajustement de la composition du groupe spécial de négociation pour prendre en compte l'évolution du périmètre du groupe ou celle du nombre de travailleurs, ce qui ne se recoupe pas totalement avec la question de l'évolution de la représentativité des élus membres du groupe spécial.

La Cour a émis l'avis (005 0009 P) que les dispositions de l'article L. 439-19 du Code du travail ne permettent pas de modifier la composition du groupe spécial de négociation en fonction des résultats des scrutins intervenus postérieurement à sa mise en place.

– La dernière demande d'avis, émanant du juge des enfants du tribunal de première instance de Nouméa, section détachée de Koné, examinée au cours de l'année 2005, portait sur la composition de la juridiction du juge des enfants statuant en matière d'assistance éducative lorsque le père, la mère et les enfants sont de statut civil coutumier kanak et sur le point de savoir si le juge des enfants doit statuer dans cette hypothèse dans la composition coutumière prévue par l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982.

Ce texte a institué des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, au tribunal de première instance et à la cour d'appel. La loi nº 89-378 du 13 juin 1989 a adjoint les sections détachées de Kone et de We-lifou au tribunal de première instance de Nouméa, étendant ainsi par voie de conséquence le champ d'application de l'institution des assesseurs coutumiers.

Par ailleurs, les articles 7 et 19 de la loi organique nº 99-209 du 19 mars 1999 prévoient respectivement que les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes, et que « *la juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières. Elle est alors complétée par des assesseurs coutumiers dans les conditions prévues par la loi* ».

La demande d'avis posait la question de savoir si l'article 7 signifiait que les personnes de statut coutumier kanak sont régies par leurs coutumes en ce qui concerne l'ensemble du droit civil ou seulement en ce qui concerne le droit civil traité par ces coutumes. Selon l'interprétation donnée à ce texte, l'article 19 se trouvait ou non applicable.

La Cour a émis l'avis (005 0011P) qu'il résulte de l'article 7 de la loi organique nº 99 -209 du 19 mars 1999 que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil, par leurs coutumes et qu'en conséquence, en application de l'article 19 de la loi, lorsqu'elle statue en matière d'assistance éducative à l'égard de parents et d'enfants de statut civil coutumier kanak, la juridiction civile de droit commun est complétée par des assesseurs coutumiers.

Les avis en matière pénale

– Trois demandes d'avis identiques ont posé à la Cour la question de savoir si la présence du parquet était obligatoire ou facultative à l'audience publique, prévue pour l'homologation ou le refus d'homologation, incombant au président du tribunal de grande instance ou au juge délégué par lui, de la peine proposée par le procureur de la République dans le cadre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité prévue par les articles 795-7 et 495-16 du Code de procédure pénale issus de la loi nº 2004-204 du 9 mars 2004.

Etait en débat la portée de l'article 32 du Code de procédure pénale lequel prévoit que « *Le ministère public est représenté auprès de chaque juridiction répressive. Il assiste aux débats des juridictions de jugement. Toutes les décisions sont prises en sa présence* ». Certains textes, tel l'article 464 alinéa 4 du même code, viennent en dérogation de cette disposition. D'autres prévoient expressément la présence du ministère public à l'audience pour telle ou telle ou telle juridiction.

La Cour a, le 18 avril 2005, émis l'avis (005 0004P) que lorsqu'il saisit le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui d'une requête en homologation de la ou des peines qu'il a proposées dans le cadre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le procureur de la République est, conformément aux termes de l'article 32

du Code de procédure pénale, tenu d'assister aux débats de cette audience de jugement, la décision devant être prononcée en sa présence.

La loi n° 2005-487 du 26 juillet 2005 rend caduc cet avis puisque l'article 495-9 du Code de procédure pénale prévoit désormais *in fine* que la présence du procureur de la République n'est pas obligatoire à cette audience d'homologation.

– La deuxième demande d'avis formée en matière pénale était relative à l'étendue des pouvoirs du juge de l'exécution des peines ayant décidé de prendre une mesure de semi-liberté préparatoire à une libération conditionnelle et portait sur le point de savoir si ce juge peut ordonner dans sa décision le maintien au lieu d'écrou pour l'exécution de cette mesure.

L'hypothèse visée par la demande était celle où le lieu d'écrou du condamné ne comportait pas de quartier de semi-liberté ou de quartier pour peines aménagées et où le juge de l'exécution des peines estimait que le transfert du condamné dans un établissement relevant de l'article D. 72-1 du Code de procédure pénale aurait pour conséquence de rendre impossible l'exécution de la mesure qu'il avait prescrite.

La demande d'avis invitait la Cour à se prononcer sur l'interprétation et la combinaison des articles D. 49-27 et D. 80 du Code de procédure pénale, fixant les attributions respectives du juge de l'application des peines et du directeur régional des services pénitentiaires. Selon le premier de ces textes, le juge de l'application des peines fixe les principales modalités d'exécution des peines restrictives de liberté en orientant et en contrôlant les conditions de leur exécution, et détermine notamment pour chaque condamné, les principales modalités du traitement pénitentiaire, dans le respect des attributions propres au directeur régional des services pénitentiaires et aux chefs des établissements pénitentiaires relatives à l'organisation et au fonctionnement de ces établissements, tandis qu'en application du second, le directeur régional des services pénitentiaires est compétent pour décider de l'affectation, dans les centres de détention ou quartiers centres de détention, les centres de semi-liberté ou quartiers de semi-liberté, les centres de peines aménagées ou quartiers pour peines aménagées.

La Cour a répondu par la négative à la question posée et a émis l'avis (005 0010P) que la juridiction de l'application des peines ne peut ordonner, dans sa décision d'aménagement des peines, le maintien d'un condamné à l'établissement de son lieu d'écrou, dès lors que n'existe dans cet établissement, ni quartier de semi-liberté ni quartier pour peines aménagées.

5
Le service de documentation et d'études de la Cour de cassation

TAUX DE PUBLICATION DE 1996 à 2005 des chambres civiles et criminelle

	Chambres civiles															Chambre criminelle		
	1re chambre			2e chambre			3e chambre			Chambre commerciale			Chambre sociale			Pénal		
Année	Total	Publiés		Total	Publiés		Total	Publiés		Total	Publiés		Total	Publiés		Total	Publiés	
1996	2150	465	22 %	1228	310	25 %	1962	243	12 %	2012	315	16 %	5711	456	8 %	3664	421	11 %
1997	1913	377	20 %	1575	323	21 %	1761	231	13 %	2194	350	16 %	5464	468	9 %	4617	427	9 %
1998	1929	368	19 %	1407	305	22 %	1882	256	14 %	2022	299	15 %	5784	578	10 %	5250	338	6 %
1999	1953	355	18 %	1554	193	12 %	1940	250	13 %	2028	234	12 %	5643	491	9 %	6725	310	5 %
2000	1880	343	18 %	1426	179	13 %	1879	200	11 %	1766	208	12 %	4268	442	10 %	6002	387	6 %
2001	1974	329	17 %	1832	206	11 %	1818	160	9 %	2101	197	9 %	5150	412	8 %	5530	248	4 %
2002	2631	321	12 %	1779	294	17 %	2224	275	12 %	2683	199	7 %	6233	417	7 %	6557	230	4 %
2003	2309	258	11 %	2281	404	18 %	1844	248	13 %	2738	211	8 %	5576	334	6 %	5776	247	4 %
2004	2414	323	13 %	2692	533	20 %	1835	251	14 %	2715	228	8 %	4989	347	7 %	6102	314	5 %
2005	2667	507	19 %	2457	334	14 %	1932	257	13 %	2471	256	10 %	5780	339	6 %	5974	319	5 %

Remarque : Le total comprend les seules décisions de cassation, de rejet et d'irrecevabilité. Sur la période 1994-2001 le total comprend les seules décisions de cassation et de rejet ; en revanche, à partir de 2002,il inclut aussi les décisions d'irrecevabilité dans le cadre de la procédure de non admission du pourvoi.

RAPPORT DU SERVICE DE DOCUMENTATION ET D'ÉTUDES POUR L'ANNÉE 2005

Le service de documentation et d'études a poursuivi en 2005 ses efforts pour adapter ses modes d'intervention à la dématérialisation croissante des procédures, renforcer ses actions de collecte et de diffusion des informations recueillies sur les questions juridiques tranchées par la Cour ou les autres juridictions, assurer son rôle d'assistance à la décision ou à l'élaboration de travaux incombant à diverses institutions ou commissions.

1- L'orientation des pourvois et le pré-titrage de leurs principaux moyens sont effectués depuis le mois de décembre 2004 grâce à un nouveau logiciel dont les modalités de fonctionnement sont décrites dans la seconde partie de l'étude générale consacrée à l'innovation technologique et à la méthodologie jurisprudentielle mise en œuvre à la Cour de cassation, avec pour principaux avantages d'améliorer la visibilité de l'ensemble des dossiers à traiter, de simplifier les opérations de saisie, d'éviter une circulation des dossiers et les aléas d'une transmission entre les sites de la Cour de cassation et du Carré Saint-Germain.

Les opérations de publication des bulletins de la Cour de cassation devraient également dans un proche avenir bénéficier des améliorations techniques apportées à la chaîne de traitement des affaires, soit en interne avec la généralisation envisagée de la communication électronique des documents composant les dossiers, soit à l'égard de la direction des Journaux officiels qui a entrepris une refonte du système de production des bases de données juridiques et permettra au service, d'une part de contrôler informatiquement les épreuves des bulletins destinées à la publication, d'autre part de disposer des instruments assurant une préparation plus efficace des index annuels et tables quinquennales.

Le précédent rapport du SDE soulignait que le bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC) est devenu un vecteur essentiel de diffusion des informations à destination de l'ensemble des magistrats. L'année 2005 a permis de concrétiser cette orientation, avec notamment la diffusion de l'ensemble des fiches méthodologiques élaborées à la Cour de cassation et la publication de diverses études d'intérêt général (par exemple : « La primauté et l'effet direct du droit communautaire, les développements de la jurisprudence récente » par B. Chevalier, référendaire à la CJCE – BICC du 1er août 2005 – ; « les pourvois formés contre les jugements rendus par les juridictions de proximité en matière pénale » par P. Lemoine, conseiller référendaire à la Cour de cassation – BICC du 15 septembre 2005- ; actes de la conférence de consensus sur l'éthique judiciaire – BICC du 15 octobre 2005- ; « La globalisation du procès civil international » par Mme Niboyet, professeur à l'université de Paris X – Nanterre – BICC du 15 décembre 2005-).

Le BICC est également disponible sur le site internet de la Cour de cassation et son accès sera prochainement facilité, notamment par une présentation calquée sur celle du BICC papier.

Le service du fonds de concours a poursuivi sa mission de délivrance de copies d'arrêts à ses abonnés, sous forme papier et/ou électronique. La mise à disposition, sous la seule forme papier à ce jour, des moyens annexés aux arrêts permet la consultation de ces moyens dans les

bases de données des éditeurs privés et, partant, une compréhension plus aisée des arrêts. La dématérialisation des échanges avec les avocats aux Conseils permettra, dans un avenir proche, de généraliser l'accès à ces moyens, dès lors que sera effective la transmission à la direction des Journaux officiels d'une version électronique de ces moyens pour mise en ligne sur le site *Legifrance*.

2- La principale action entreprise par le SDE au cours de l'année 2005, pour ce qui est de l'information sur la jurisprudence nationale, concerne la collecte et la diffusion par la Cour de cassation des décisions des cours d'appel et tribunaux.

Les textes relatifs au SDE ont été modifiés, pour intégrer la mission de centralisation des décisions confiée à la Cour par le ministère de la justice en 2003.

Après les modifications du code de l'organisation judiciaire, citées dans le précédent rapport, réalisées par un décret du 7 janvier 2005, un arrêté du 11 avril 2005 (JO du 15 avril 2005, page 6737) a précisé les modalités de sélection et de transmission par les juridictions d'appel ou de première instance des décisions destinées au SDE.

Cet arrêté comporte notamment les dispositions suivantes :
– la désignation par les juridictions du premier et du second degré d'un magistrat chargé de réunir les décisions sélectionnées par ce magistrat comme présentant un intérêt particulier et d'assurer, en ce qui concerne les magistrats des cours d'appel désignés comme correspondants, les relations avec le SDE ;
– la transmission au SDE par les correspondants des décisions sélectionnées accompagnées d'un sommaire rédigés « au sein de la juridiction dont elles émanent » ;
– le classement par le SDE des décisions transmises dans la nomenclature de la Cour de cassation, avec un titrage établi par le service ;
– la possibilité pour le SDE de demander la transmission de la totalité des décisions rendues « dans les matières qu'il détermine ».

C'est en particulier à ce dernier titre que le SDE demande aux cours d'appel de lui faire parvenir systématiquement les arrêts frappés de pourvoi, afin de créer un chaînage des décisions rendues dans chaque affaire.

Le 16 mai 2005, a été réuni à la Cour de cassation, sous la présidence de son premier président, un comité de pilotage composé de six premiers présidents de cours d'appel, de représentants du ministère de la justice et de la Cour de cassation.

Le comité de pilotage a estimé que les cours d'appel devaient jouer un rôle essentiel dans la centralisation et l'envoi des décisions sélectionnées dans leurs ressorts.

Il s'est également attaché à définir quelques critères de l'intérêt particulier justifiant une sélection, tout en laissant à chaque juridiction la possibilité de déterminer les cas dans lesquels cette sélection paraît souhaitable.

Le comité de pilotage a ainsi estimé que constituaient des décisions présentant un intérêt particulier :
– celles qui fondent une jurisprudence nouvelle ;

– celles qui précisent une jurisprudence déjà acquise ;
– celles qui font application d'une loi nouvelle ;
– celles qui résistent volontairement à la jurisprudence de la Cour de cassation ;
– celles qui sont rendues dans des matières de droit local.

Les 27 juin et 9 décembre 2005, le SDE a réuni l'ensemble des correspondants des cours d'appel pour des séances de travail au cours desquelles a été présentée l'application informatique développée sur l'intranet justice à partir d'une rubrique « cours et tribunaux » dédiée à la transmission à la Cour de cassation des décisions sélectionnées et des décisions frappées de pourvoi.

Un dossier comportant un manuel d'utilisation de l'application informatique et un code d'accès a été remis à chaque participant.

Une méthodologie de rédaction des sommaires des décisions a également été présentée, avec une application à des cas concrets tirés de décisions remises par des collègues des cours d'appel présents.

Il a enfin été précisé que le SDE proposera des actions de formation pour les assistants de justice des juridictions affectés à la tâche de sélection et transmission des décisions. La première formation aura lieu, pour une quinzaine de stagiaires, le 9 mars 2006.

Il convient de préciser, d'une part que chaque correspondant a un interlocuteur au sein du SDE chargé de répondre aux interrogations de toute nature et d'animer si nécessaire l'activité de transmission des décisions, d'autre part que le SDE a entrepris auprès des cours d'appel qui en font la demande des visites permettant la présentation des outils documentaires dont disposent les magistrats sur l'intranet de la Cour de cassation.

Depuis le 30 juin 2005 et jusqu'au 31 janvier 2006, près de 1000 décisions ont ainsi été transmises.

Cette base encore modeste, augmentée du flux des décisions régulièrement transmises par les correspondants et de la reprise des 11000 arrêts de la base « juridice » constituée par le ministère de la justice et transférée au SDE, permettra d'alimenter plus sérieusement le site *Legifrance* du service public de diffusion du droit par l'internet, avec une anonymisation des nouvelles décisions réalisée par la direction des Journaux officiels.

Indépendamment de la transmission des décisions sélectionnées, il a été décidé d'assurer à la Cour de cassation une centralisation de l'ensemble des arrêts rendus par les cours d'appel, destinée à une exploitation ultérieure dans le cadre d'un pôle public de jurisprudence judiciaire.

Une base exhaustive des arrêts permettra aux magistrats, quelle que soit leur lieu d'affectation, de mieux connaître la jurisprudence des autres juridictions intervenant pour les mêmes contentieux, de constituer une mémoire à l'usage de ceux qui prennent en charge de nouvelles fonctions, de permettre la réalisation d'études par matière et quantum d'indemnisation etc...

Elle facilitera, par les échanges d'informations ainsi réalisés et la richesse des instruments d'analyse rendus disponibles grâce à l'informatique, l'élaboration d'une politique jurisprudentielle cohérente conforme aux attentes des justiciables.

La transmission s'opérera, de la manière la plus automatisée possible, par une liaison de type FTP au sein du RPVJ, à partir de serveurs qui ont été installés dans les cours d'appel à la fin de l'année 2005 et qui sont reliés à celui de la Cour de cassation.

Un groupe de travail a été constitué entre la Cour de cassation et le ministère de la justice (direction des services judiciaires et direction de l'administration générale et de l'équipement), pour le suivi et le développement de l'opération.

Il convient de préciser que, même si la diffusion auprès des magistrats intéressés de l'intégralité des arrêts de cours d'appel est envisageable lorsque le dispositif approprié sera opérationnel, la base exhaustive ne sera pas confondue avec la base jurinet qui demeurera, par ses décision sélectionnées et classées en fonction de la nomenclature de la Cour de cassation, l'outil privilégié de recherche des précédents.

L'information sur les autres systèmes de droit est assurée par l'observatoire du droit européen.

Cet observatoire a développé ses actions d'information de différentes manières :
– par la diffusion de messages destinés aux magistrats de la Cour sur d'importants arrêts concernant la France rendus par les juridictions européennes ;
– par le développement d'une rubrique de droit européen au BICC comportant, non seulement les décisions des cours européennes, mais aussi celles de la Cour de cassation appliquant les textes européens et des autres juridictions des Etats européens rendues sur des questions pouvant intéresser les juges français ;
– par diverses publications, telles que la veille bimestrielle de droit européen, une brochure sur les propositions du Conseil de l'Europe pour un meilleur fonctionnement des systèmes judiciaires, une brochure comportant une sélection de dix années d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la Cour de cassation, une brochure contenant une sélection d'arrêts de la même Cour concernant la France pour la période de janvier 2002 à décembre 2004.

Parmi les actions qui seront entreprises en 2006 par l'observatoire, dans la continuité de ce qui est actuellement accompli, il convient de citer l'actualisation des brochures déjà publiées, l'extension des actions d'information à l'ensemble des magistrats français par l'intranet et le BICC, la publication d'études sur l'application par la Cour de cassation des textes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sur la question des discriminations ou celle du droit à l'information.

3 – Le SDE a poursuivi en 2005 ses activités de veille juridique, notamment par la constitution de dossiers documentaires destinés aux chambres et par la préparation de notes relatives aux divergences de jurisprudence, aux commentaires de la doctrine et « aux résistances » des juges du fond au regard des décisions de la Cour de cassation.

Le service a également fourni une assistance pour les assemblées plénières (8), les chambres mixtes (8) et les demandes d'avis (8).

533 recherches ont été réalisées pour les magistrats de la Cour de cassation et 211 pour les services ou juridictions extérieurs.

Parmi les travaux pour lesquels des membres du SDE ont été sollicités en 2005, il convient de citer :

– L'élaboration du recueil des décisions disciplinaires du Conseil supérieur de la magistrature qui sera diffusé en 2006 en version papier et en CD rom et qui comportera, non seulement les textes de l'ensemble des décisions ou avis rendus depuis 1959, mais aussi leur classement sous une nomenclature calquée sur celle de la Cour de cassation, avec un titrage et un sommaire pour chaque décision ou avis ainsi que pour les décisions du Conseil d'Etat correspondantes, un renvoi aux textes appliqués par le Conseil supérieur de la magistrature, reproduits dans leur version applicables à la date des décisions, outre différentes autres annexes, parmi lesquelles un index des sanctions et un index général alphabétique.

– La rédaction du rapport sur la nomenclature des préjudices corporels rendu par un groupe de travail présidé par M. Dintilhac, président de la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation, rapport diffusé sur le site intranet du ministère de la justice et publié au BICC du 1er février 2006.

– La rédaction d'un rapport préliminaire destiné à la commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) et consacré à l'analyse des délais judiciaires dans les Etats membres du Conseil de l'Europe à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

– La participation à l'élaboration d'un rapport sur la consolidation des textes dans la base « LEGI » du service internet *Legifrance* remis le 5 décembre 2005 au Secrétaire général du gouvernement.

Le SDE a poursuivi en 2005 sa mission d'accueil de nombreux magistrats en stages de formation continue organisés par l'Ecole nationale de la magistrature ou en provenance de cours suprêmes européennes et/ou francophones.

4- Le pôle internet/intranet du SDE a entrepris en fin d'année 2005, sur la base d'un audit et des remarques formulées par les utilisateurs, une refonte de son site internet ; du fait à la fois de son ancienneté, qui ne permet pas de bénéficier de toutes les possibilités ergonomiques des sites internet d'aujourd'hui et de la multitude d'informations quotidiennement mises en ligne, ce site est devenu difficile d'utilisation pour ceux qui n'en sont pas familiers. La refonte complète aboutira en milieu d'année 2006 à l'ouverture d'un site qui reprendra l'intégralité des contenus existants en les rendant plus accessibles ; le graphisme du site sera également revu.

Le SDE a continué à assurer la mise à jour du site du Bicentenaire du Code civil (mise en ligne d'actes des colloques et mentions des différentes publications). Il a mené à son terme sa mission de création et d'alimentation du site du Réseau des présidents de cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne (notamment par la mise en ligne de documentation sur l'intranet

de ce site, à destination des membres du Réseau) ; ainsi créé, ce site est désormais mis à jour par le service des relations internationales de la première présidence de la Cour.

Le pôle internet/intranet a enfin poursuivi sa mission de publication sur le site diffusé par la Cour de cassation sur l'intranet justice, à l'attention de l'ensemble des magistrats de l'ordre judiciaire et, depuis la fin de l'année 2005, de ceux de l'ordre administratif qui disposent d'un accès à ce site et, de manière plus ciblée, par la mise en ligne de documentation dans les bureaux virtuels décrits dans la seconde partie de l'étude générale consacrée à l'innovation technologique et à la méthodologie jurisprudentielle mise en œuvre à la Cour de cassation, à l'attention des magistrats des différentes chambres de la Cour.

6
Activité de la Commission nationale de réparation des détentions

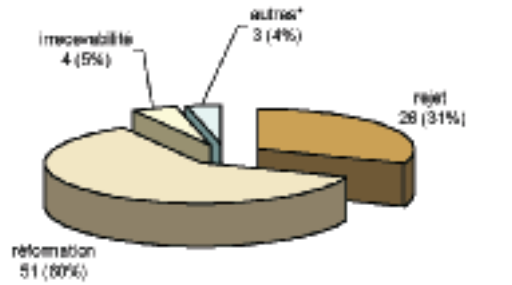
COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS
STATISTIQUES - ANNÉE 2005

Cours d'appel - Tribunal Supérieur d'appel	Nb de recours enregistrés	Nb de décisions	Sens de la décision				
			Rejet	Réformation		Irrecevabilité	Autres*
				partielle	totale		
AGEN	1	2	1	1			
AIX EN PROVENCE	12	16	5	7	3	1	
AMIENS	11	9		1	5	2	1
BASTIA	3	4		4			
BESANCON	2	1		1			
BORDEAUX	1	1					1
BOURGES	1	0					
CAEN	2	0					
CHAMBÉRY	1	2		1	1		
DIJON	1	2	2				
DOUAI	2	6	2	2	2		
FORT-DE-France	1	0					
GRENOBLE	2	4	1	3			
LIMOGES	0	1	1				
LYON	0	1	1				
MAMOUDZOU	1	0					
METZ	6	0					
MONTPELLIER	5	7	2	3	2		
NANCY	6	2	1	1			
NIMES	1	1		1			
ORLÉANS	1	2		1		1	
PARIS	4	8	5		2		1
PAU	0	1			1		
REIMS	3	0					
RIOM	1	2	2				
ROUEN	6	3	1	2			
ST DENIS DE LA REUNION	2	3	1	1	1		
TOULOUSE	3	2		1	1		
VERSAILLES	3	4	1	3			
TOTAL	82	84	26	33	18	4	3

* Rendues après désistement

Commission nationale de réparation des détentions de 2002 à 2005

Commission nationale de réparation des détentions - année 2005



ACTIVITÉ 2005 DE LA COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS

La Commission nationale de réparation des détentions a connu, au cours de l'année 2005, une forte activité.

Le nombre des recours a sensiblement augmenté lors des douze derniers mois alors qu'il avait régulièrement diminué depuis 2002, année où la Commission a commencé à statuer sur les décisions des premiers présidents des cours d'appel, à qui le contentieux de la Commission nationale d'indemnisation avait été transféré par la loi du 15 juin 2000.

Ainsi, en 2005, la Commission a été saisie de 82 recours, contre 59 l'année précédente (+39 %).

Corrélativement, elle a prononcé 84 décisions, au lieu de 63 en 2004 (+33 %).

Les décisions de 25 premiers présidents, au lieu de 21 l'an dernier, ont fait l'objet d'un appel.

Comme précédemment, un grand nombre de recours a concerné les cours d'appel d'Aix-en-Provence et d'Amiens (25 % des recours en 2004 et 28 % en 2005).

La majorité des recours a été formée par les demandeurs agissant seuls (60 %). L'agent judiciaire du trésor a agi conjointement dans 15 affaires (18 %) et il a introduit seul 18 recours (22 %).

Aucun appel émanant d'un procureur général n'a été enregistré en 2005.

Seul un dossier concernant un mineur a été déféré à la Commission (1) et, comme l'année dernière, un unique recours a été formé sur le fondement de l'article 626 du Code de procédure pénale, après qu'une personne a été reconnue innocente à la suite de l'annulation de sa condamnation par la Cour de révision (2).

Les autres affaires ont été jugées sur saisine de demandeurs qui, après avoir fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à leur égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement, ont agi sur le fondement des articles 149 et suivants du Code de procédure pénale.

Chaque fois que la Commission l'a estimé utile, elle a usé du pouvoir d'instruction prévu par l'article R. 40-15 du Code de procédure pénale, afin de disposer de toutes les pièces utiles à l'appréciation du préjudice moral et matériel.

Au 31 décembre 2005, 25 dossiers étaient en cours d'instruction.

Le délai moyen de traitement d'une affaire a été de 7,7 mois, compte tenu, notamment, du temps nécessaire au traitement des dossiers dans lesquels ont été ordonnées des expertises.

Les dossiers qui lui ont été soumis ont permis à la juridiction nationale de compléter sa jurisprudence relative à la procédure (I) aux conditions d'application de l'article 149 (II) et à l'appréciation du préjudice moral et matériel (III).

I – LA PROCÉDURE DEVANT LA COMMISSION

La Commission a précisé, dans plusieurs décisions, le régime auquel sont soumises les demandes qui lui sont présentées.

Selon l'article R. 40-8 du Code de procédure pénale, l'auteur du recours est tenu de présenter ses demandes soit dans sa déclaration de recours, soit dans les conclusions qu'il doit adresser dans le délai d'un mois à compter de la réception de la lettre recommandée que lui envoie le secrétariat.

Cette règle est appliquée avec rigueur afin de permettre le respect du principe de la contradiction.

Ainsi ont été déclarées irrecevables les demandes formulées dans des conclusions en réponse déposées par le requérant postérieurement au dépôt et à la notification des conclusions de l'agent judiciaire du Trésor (3) et du procureur général (4).

De même, la Commission n'a pas admis que soient présentées des demandes additionnelles en dehors du délai de l'article R. 40-8 (5) ou par voie d'écritures en réponse (6).

II – LES CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ARTICLE 149 DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE

A. Une détention provisoire

De nombreux demandeurs se sont prévalus des sommes accordées par le ministère de la justice aux personnes acquittées à l'issue du procès dit « de l'affaire d'Outreau ».

Mais la Commission a indiqué que ces indemnités transactionnelles, dont le montant définitif est, au demeurant, inconnu, étaient destinées à réparer également le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice, visé par l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, et non seulement le préjudice subi du fait d'une détention provisoire, unique objet de la procédure prévue par l'article 149 du Code de procédure pénale.

Elle en a déduit que ces indemnités ne pouvaient pas constituer des références utiles pour évaluer les préjudices allégués (7).

B. Une décision de non-lieu, de relaxe, ou d'acquittement

1. La distinction entre requalification et non-lieu

En harmonie avec la jurisprudence de la Chambre criminelle (Crim. 23 juin 1992 Bull. nº 248), la Commission a jugé que la décision par laquelle un magistrat instructeur procède à une requalification des faits incriminés pour lesquels il renvoie le mis en examen devant la juridiction de jugement ne présente pas les caractères d'une ordonnance de non-lieu ni n'en produit les effets (8).

2. La compatibilité entre la détention provisoire et les infractions ayant donné lieu à condamnation

À plusieurs reprises, la Commission a été confrontée à la situation d'un demandeur ne bénéficiant que d'une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement partiel.

Dans une telle hypothèse, la juridiction nationale contrôle la compatibilité entre les infractions qui ont donné lieu à condamnation et la détention provisoire subie.

Pour cela, elle s'assure au préalable :
– que ces infractions sont susceptibles de faire l'objet d'une détention provisoire ;
– qu'elles sont visées dans le titre initial de détention et, le cas échéant, de prolongation.

Si la durée de détention provisoire prévue pour les infractions suivie d'un non-lieu, d'une relaxe ou d'un acquittement est compatible (c'est-à-dire inférieure ou égale) avec celle qui a été effectuée au titre des infractions ayant donné lieu à condamnation, elle rejette le recours (9).

Elle le rejette également, a fortiori, lorsque l'infraction ayant donné lieu à condamnation était la seule susceptible d'entraîner une détention provisoire (10).

Dans l'hypothèse où la durée de la détention provisoire effectuée au titre de l'infraction qui a donné lieu à un non-lieu, à une relaxe ou à un acquittement est supérieure à celle que le demandeur a subie au titre de l'infraction pour laquelle il a été condamné, la Commission a, dans un premier temps, accordé une réparation pour la durée totale de la détention (11).

Cette jurisprudence a cependant été nuancée par une décision ultérieure (12) : le demandeur, mis en examen pour viol, tentative de viol commis sur une personne vulnérable, agression sexuelle aggravée et agression sexuelle avait été placé en détention provisoire pour une durée de 17 mois et 23 jours.

Après avoir fait l'objet d'un non-lieu partiel, il avait été condamné pour les faits d'agression sexuelle à un an d'emprisonnement assorti d'un sursis avec mise à l'épreuve.

La Commission a relevé en premier lieu que l'ordonnance de placement en détention provisoire visait tous les chefs de mise en examen, y compris les agressions sexuelles simples et que l'ordonnance de prolongation de la détention était prise au visa des articles 145-1 et 145-2 du Code de procédure pénale, applicables l'un en matière correctionnelle, l'autre en matière criminelle ; elle en a déduit que le demandeur avait été placé et maintenu en détention pour les faits d'agressions sexuelles pour lesquels il avait été condamné.

Elle a considéré en conséquence que si, en raison du non-lieu partiel, la durée de la détention effectuée par le demandeur excédait le délai maximum de six mois de détention provisoire prévu en matière correctionnelle par l'article 145-1 du Code de procédure pénale dans sa rédaction alors applicable, les délits pour lesquels il avait été condamné n'étaient pas incompatibles avec un placement et un maintien en détention pour une durée de six mois.

C. Les exceptions légales

La loi du 9 mars 2004 a ajouté deux cas d'exclusion au principe de la réparation intégrale prévue par l'article 149 du Code de procédure pénale. L'un d'eux porte sur la situation d'une personne qui, au cours de sa détention provisoire, est détenue pour autre cause.

Au cas particulier, un premier président avait omis de soustraire de la période indemnisable la durée pendant laquelle l'intéressé avait exécuté deux peines d'emprisonnement en exécution de condamnations devenues définitives.

La Commission, faisant une première application de la nouvelle disposition, a réformé cette décision et déduit les périodes correspondant à l'exécution des peines d'emprisonnement (13).

Dans une décision postérieure, elle a jugé que ces exceptions étaient limitativement énumérées. Elle a donc estimé que la violation des obligations du contrôle judiciaire par une personne en fuite à l'étranger ne pouvait être retenue comme facteur d'atténuation de son préjudice moral, quand bien même il en était résulté sa condamnation par contumace au maximum de la peine encourue (14).

III – L'ÉVALUATION DES PRÉJUDICES

A. Le préjudice moral

1. Le choc carcéral

La Commission a poursuivi la réflexion, entamée en 2003, à l'initiative du Premier président de la Cour de cassation, avec un collège d'experts psychiatres, sur la souffrance morale liée à la détention*.

Cette réflexion, ajoutée aux observations recueillies au cours des audiences, a conduit à une inflexion de sa jurisprudence relative au choc carcéral.

Il était en effet admis que les périodes d'incarcérations effectuées en exécution de condamnations antérieures avaient nécessairement pour incidence de minorer les répercussions morales d'un nouveau placement en détention (15).

Désormais, la Commission considère que le choc carcéral n'est pas forcément amoindri par une précédente détention subie plusieurs années auparavant (16).

Elle juge également qu'en dépit de l'existence d'un passé carcéral, le choc psychologique peut ne pas être diminué compte tenu de la souffrance psychologique que le demandeur subit au regard de l'importance de la peine qu'il encourt à l'occasion de la nouvelle incarcération (17), en particulier lorsque la détention antérieure résulte d'une procédure correctionnelle alors que la peine encourue est criminelle (18).

2. Les conditions de la détention

Pour apprécier le préjudice moral, la Commission a pris en compte la multiplication des transferts d'un établissement pénitentiaire, à l'origine de la rupture des liens familiaux (19), les difficultés résultant d'une détention subie pour partie dans des prisons étrangères (20), et la souffrance liée à la succession de périodes de détention provisoire et de remises en liberté (21). Dans une affaire, elle a relevé que la nouvelle mise sous écrou était intervenue un 24 décembre (22).

3. Les autres critères

La Commission a réaffirmé, à de nombreuses reprises, que l'atteinte à la réputation résultant de la publicité, faite notamment par les médias, à la mesure privative de liberté, ne devait pas être prise en compte, en l'absence d'un lien exclusif et direct avec la détention (23).

En revanche, elle a admis que la nature des faits reprochés, lorsqu'elle était à l'origine de conditions de détention particulièrement éprouvantes, par exemple en raison de l'hostilité des autres détenus, devait être retenue (24).

De même, afin d'apprécier, avec le plus de justesse possible, le préjudice moral, la Commission s'est attachée à prendre en compte la personnalité du demandeur.

Elle a ainsi considéré que la sensibilité particulière de l'intéressé, les défaillances de son état de santé entraînant des exigences alimentaires ou des soins particuliers, s'ils avaient accru la pénibilité de l'incarcération, constituaient également des critères utiles à l'appréciation du dommage psychologique (25).

Elle a aussi tenu compte, pour la première fois, de la perte du bénéfice d'une mesure de libération conditionnelle qui avait été accordée au demandeur (26).

* * *

Il doit être noté que la plupart des réformations sont liées à une réparation jugée insuffisante du préjudice moral en première instance. La Commission a ainsi augmenté à 33 reprises l'indemnité allouée au demandeur (en moyenne de 60 %) et a réduit celle-ci 2 fois seulement.

B. Le préjudice matériel

La Commission a, pour l'essentiel, fait application de sa jurisprudence antérieure.

Méritent cependant d'être signalées les décisions suivantes.

Il a été jugé que l'indemnité réparant la perte des salaires subie pendant la détention provisoire remettait le demandeur dans la situation où il se serait trouvé s'il n'avait pas été incarcéré. La Commission a donc rejeté, en application des règles de la réparation civile, la demande en paiement des loyers dont l'intéressé était redevable pendant la durée de son incarcération (27).

Au terme de ce même raisonnement, la demande en paiement d'une somme correspondant au montant des charges de la vie courante, dont le requérant aurait dû s'acquitter s'il n'avait été détenu, a été rejetée puisqu'il lui avait été alloué une indemnité en réparation de la perte de ses salaires (28).

LES DÉCISIONS DE LA COMMISSION SONT DISPONIBLES SUR L'APPLICATION JURINET

(1) Pires, 14 décembre 2005, 05 CRD 053.
(2) Masse, 5 décembre 2005, 05 CRD 26.
(3) Mlik, 14 décembre 2005, 05 CRD 050).
(4) Guler, 14 novembre 2005, 05 CRD 030.
(5) Belguebli 14 décembre 2005, 05 CRD 039.
(6) Moustapha 17 janvier 2005, 04 CRD 033.
(7) Daoud 23 septembre 2005, 04 CRD 056 ; Oueslati 14 novembre 2005, 05 CRD 020. Macris 14 novembre 2005, 05 CRD 019.
(8) Pires, 14 décembre 2005, 05 CRD 053.
(9) Callot, 20/12/2002 CRD 02.99 024 ; Bendriss 11 juin 2004, 04 CRD 00.
(10) Ashtari Larki 7 mars 2005, 04 CRD 037.
(11) Ternois 6 mai 2003, 02 CRD 082.
(12) Boudot 02 13 mai 2005, CRD 087.
(13) Rogozinski 1er avril 2005, 04 CRD 045.
(14) Navarro 5 décembre 2005, 05 CRD 017.
(15) 24 janvier 2002 01 01 CRD 001, B. 2, Berkouche 4 avril 2003, 02 CRD 092 B. 5.
(16) Boughalmi 21 octobre 2005, 04 CRD 032.
(17) Bourouba 17 janvier 2005, 04 CRD 20.
(18) Dahaoui 21 octobre 2005, 04 CRD 001 ; Navarro 5 décembre 2005, 05 CRD 017.
(19) Mattei 7 mars 2005, 04 CRD 031 ; Franchi 27 juin 2005, 04 CRD 057.
(20) Felixberger 17 janvier 2005, 04 CRD 043.
(21) Bellaiche 27 juin 2005, 04 CRD 058.
(22) Macris 14 novembre 2005, 05 CRD 019.

(23) Turcon 1er avril 2005, 04 CRD 038 ; Ceccarelli 13 mai 2005, 04 CRD 050 ; Carillon 21 octobre 2005, 05 CRD 005 ; Martin 5 décembre 2005, 05 CRD 025 ; Daniel 5 décembre 2005, 05 CRD 036.
(24) Elmasri 27 juin 2005, 04 CRD 004 ; Daoud 23 septembre 2005, 04 CRD 056 ; Cirinna 21 octobre 2005, 04 CRD 054.
(25) Pinaud 1er avril 2005, 04 CRD 039, Duffau 04 CRD 010 ; Renard 21 octobre 2005, 04 CRD 05.
(26) Turkanski 23 septembre 2005, 04 CRD 006.
(27) Snoussi 21 octobre 2005, 04 CRD 013.
(28) Filippi 14 décembre 2005, 04 CRD 045.

* le collège d'experts psychiatres est composé des docteurs Betty Brahmi, Evry Archer et Pierre Lamothe respectivement directeurs des services médico-psychologiques régionaux d'Evry, de Lille et de Lyon.

7

Activité de la Commission de révision des condamnations pénales

COMMISSION DE RÉVISION

Années	Nombre de requêtes reçues	DECISIONS RENDUES						Reste
		Irrecevabilité	Désistement	Divers	Rejet	Saisine	Total	
1989	51							51
1990	160	51	—-	—-	19	5	75	136
1991	100	63	8	—-	70	4	145	91
1992	95	41	4	—-	50	2	97	89
1993	74	30	—-	1	31	5	67	96
1994	143	76	5	2	60	3	146	93
1995	114	81	2	—-	46	2	131	76
l1996	130	76	—-	—-	42	7	125	81
1997	142	86	2	1	56	4	149	74
1998	130	67	3	—-	50	5	125	79
1999	142	67	2	—-	39	3	111	110
2000	174	112	1	3	46	3	165	119
2001	180	98	2	—-	58	6	164	135
2002	142	132	3	1	47	3	186	91
2003	136	102	4	—-	33		139	88
2004	146	98	2	2	30	2	134	100
2005	167	110	4	4	36	3	157	110
TOTAL	2226	1290	42	14	713	57	2116	

CHAMBRE CRIMINELLE STATUANT COMME COUR DE RÉVISION

Année	Saisine	Annulation	Rejet
1990	5		
1991	4	6	—-
1992	2	1	1
1993	5	1	—-
1994	3	5	2
1995	2	1	1
1996	7	1	—-
1997	4	3	5
1998	5	3	—-
1999	3	4	—-
2000	3	1	6
2001	6	1	2
2002	3	3	2
2003	0	2	1
2004	2	0	0
2005	3	2	0
Total	57	34	20

OBSERVATIONS

Instituée par la loi nº 89-431du 23 juin 1989, la procédure concernant les demandes en révision est réglée par les articles 622 à 626 du Code de procédure pénale.

Entrés en vigueur le 1er octobre 1989, ces textes confient à une Commission composée de dix magistrats de la Cour de Cassation, désignés par l'Assemblée générale de cette juridiction, le soin de recevoir et d'instruire toutes les demandes en révision.

Ces magistrats assurent cette tâche en sus de leurs activités habituelles au sein des chambres de la Cour.

La présidence de la Commission est assurée par l'un de ses membres, choisi parmi les magistrats de la Chambre criminelle.

La Commission, après avoir procédé, directement ou par commissions rogatoires et expertises, à toutes les investigations qu'elle estime utiles, statue par une décision motivée, non susceptible de recours : elle saisit la Chambre criminelle de la Cour de cassation, statuant comme Cour de révision, si elle estime que la demande en révision est susceptible d'être admise.

Devant cette Commission à caractère juridictionnel, s'instaure un véritable débat contradictoire puisque, outre l'avocat général exerçant les fonctions de ministère public, le requérant et son avocat sont entendus en leurs observations écrites ou orales et peuvent demander que la décision soit rendue en séance publique.

Bien que l'article 623 du Code de procédure pénale ne le prévoit pas, la Commission avise également la partie civile constituée au procès dont la révision est demandée et celle-ci ainsi que son avocat, peut, dès ce stade de la procédure, présenter toutes observations écrites ou orales.

Parmi les ouvertures à révision énumérées par l'article 622 du Code de procédure pénale, la loi nouvelle a prévu, consacrant en cela la jurisprudence ancienne de la Chambre criminelle, qu'il suffisait d'un fait nouveau ou d'un élément inconnu de la juridiction au jour du procès « de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné » et non plus seulement, selon l'ancien texte, « de nature à établir l'innocence du condamné ».

La Cour de révision statue également par un arrêt motivé, à l'issue d'une audience publique au cours de laquelle sont recueillies les observations écrites ou orales du requérant ou de son conseil, celles de l'avocat général et, le cas échéant, celles de la partie civile qui s'était constituée au procès dont la révision est demandée.

La Cour de révision, si elle estime la demande fondée, annule la condamnation prononcée et renvoie les accusés ou prévenus devant une autre juridiction de même ordre et de même degré que celle dont émane la décision annulée.

S'il y a impossibilité de procéder à de nouveaux débats, la Cour de révision statue elle-même au fond.

Enfin, il est prévu par l'article 626 du Code de procédure pénale que le condamné reconnu innocent a droit à une indemnité qui lui est allouée, sur sa demande, par la Commission et suivant la procédure prévue par les articles 149-1 et suivants du Code de procédure pénale.

En 2005, sur un total de 157 décisions, la Commission a rendu 110 décisions d'irrecevabilité, 36 décisions de rejet et elle a transmis 3 demandes en révision à la Chambre criminelle.

Les affaires restant à examiner sont au nombre de 110 ; parmi celles-ci 28 sont en attente de pièces, 29 sont en cours d'examen chez les conseillers désignés comme rapporteurs, les autres affaires sont fixées aux audiences du premier trimestre 2006.

* * *

La Commission rencontre toujours les mêmes difficultés, déjà signalées précédemment, dans l'examen des demandes de révision des condamnations en matière criminelle. En effet, l'absence de notes d'audiences et la non motivation des arrêts des cours d'assises, rendent particulièrement difficile l'application de la nouveauté du fait invoqué et de son importance quant à la culpabilité du condamné.

Il convient de rappeler que l'article 308 du Code de procédure pénale, hélas trop souvent ignoré et peu utilisé, prévoit que le président de la cour d'assises peut ordonner l'enregistrement sonore, sous son contrôle, des débats et que cet enregistrement peut être utilisé devant la Cour de cassation saisie d'une demande de révision.

Par ailleurs, la non conservation, de plus en plus fréquente et de plus en plus rapide, des pièces à conviction, après décision définitive, en application des dispositions de l'article 44-1 du Code de procédure pénale, interdisant toute expertise complémentaire qui aurait pourtant pu être utile en raison des progrès scientifiques, est de nature à entraver la recherche de la vérité.

La Commission a déjà eu l'occasion, lors de l'examen de requêtes particulièrement délicates concernant des condamnations lourdes, de se trouver face à ces obstacles incontournables, préjudiciables au bon fonctionnement de la justice, que seules des modifications législatives permettraient d'améliorer (voir Rapport annuel de la Cour de cassation année 2001, pages 635 et 636).

8

Commission de réexamen d'une décision consécutif à un arrêt CEDH

COMMISSION DE REEXAMEN
(article 626-1 et suivants du Code de procédure pénale)

Années	Requêtes		Décisions							Reste à juger
	Reste à juger	Reçues	Total	Irrecev.	Désist.	A.d.d.	Rejet	Renvoi	Total	
2000	—	4	4					1	1	3
2001	3	11	14	4			3	1	8	6
2002	6	2	8	2			1	5	8	0
2003	0	6	6			1			1	5
2004	5	4	9	2			2	3	7	2
2005	2	6	8	1				5	6	2
Total		33		9		1	6	15	31	

ACTIVITÉ DE LA COMMISSION DE RÉEXAMEN

Le réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme ayant été institué par la loi du 15 juin 2000 (art. 626-1 à 626-7 du Code de procédure pénale), 2005 a constitué la cinquième année d'activité de la Commission de réexamen.

S'agissant de l'année 2005, six nouvelles requêtes ont été adressées à la Commission.

Au cours de cette année la Commission a rendu les décisions suivantes :

– Le 27 janvier 2005, la Commission de réexamen a fait droit à la requête d'Abdelfattah RACHDAD. La Cour européenne a constaté que le demandeur, pour deux des trois délits objets de la poursuite, avait été condamné sur le fondement exclusif de déclarations de témoins qu'il n'a pu, à aucun stade de la procédure, interroger ou faire interroger en violation des dispositions 6 § 1 et 6 § 3d de la Convention.

À l'audience du 24 février 2005, la Commission a déclaré irrecevable la requête présentée par Hector ZUILI. L'intéressé sollicitait le réexamen d'une condamnation pénale sur le fondement d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui s'était borné à constater que la procédure administrative dont le requérant avait fait l'objet avait excédé le délai raisonnable sans relever le lien de causalité entre la violation constatée et les condamnations les prononcées à l'encontre de M. ZUILI.

Le 26 mai 2005, la Commission de réexamen a renvoyé à l'examen de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le pourvoi d'Hubert MOREL. La Chambre criminelle ayant déclaré l'intéressé déchu de son pourvoi faute de mise en état, la Cour européenne a constaté une violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Le 6 octobre 2005, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a été saisie du pourvoi de Frédéric FABRE. La Commission de réexamen a considéré que la violation constatée par la Cour de Strasbourg en raison de la communication au seul avocat général du rapport du conseiller rapporteur a entraîné des conséquences dommageables auquel seul le réexamen de l'affaire peut mettre un terme. La Commission a ajouté que l'amnistie acquise par l'effet de l'article 6 de la loi du 6 août 2002 ne rendait pas l'examen sans objet dès lors que celui-ci fait perdre à la condamnation son caractère définitif.

Le 24 novembre 2005 la Commission de réexamen a rendu deux décisions.

• La Commission a fait droit à la requête d'Abderrazak MAKHFI. Dans cette affaire la Cour européenne des droits de l'homme a constaté une violation de l'article 6 § 1 et 6 § 3 de la Convention en raison de la durée excessive des débats devant la cour d'assises et de l'état de fatigue susceptible d'en résulter tant pour l'accusé que pour les juges et les jurés et la Cour a considéré que les conditions dans lesquelles les débats s'étaient déroulés ne pouvaient répondre aux exigences d'un procès équitable et notamment garantir le respect des droits de la défense et le principe de l'égalité des armes.

• La Commission a fait droit à la requête de Patrick MAYALI. La Cour européenne a constaté une violation des articles 6 § 1 et 6 § 3d. dans la mesure où le requérant n'avait pas eu l'occasion suffisante et adéquate de contester les déclarations de l'accusateur sur lesquelles sa condamnation pour agression sexuelle était fondé.

Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour prises à la suite des décisions de la Commission de réexamen intervenues en 2004 (et en 2005) sont commentés pages 400 et 401 (Ass. Plén. 8 juillet 2005, Bull. nº 8 et 2 décembre 2005, Bull. nº 10).

9 Activité du bureau d'aide juridictionnelle

AIDE JURIDICTIONNELLE

Les données statistiques de l'année 2005 appellent les observations suivantes :

• Demandes nouvelles (nouvelles délibérations incluses)

10 698 soit une hausse de 6 % par rapport à 2004 (10 056 demandes nouvelles).

• Décisions prononcées

10 297 décisions, soit une hausse de 12 %, ce qui traduit un gain sensible de productivité au regard de la hausse précitée de 6 % du nombre des saisines.

• Affaires restant à examiner

2 763 dossiers restaient à examiner fin 2005 contre 2 362 fin 2004, soit une hausse de 17 % : le gain de productivité ci-dessus signalé n'a pas permis de complètement compenser l'importante augmentation du nombre des saisines.

Pour ce qui concerne les dossiers examinés au fond, les décisions de rejet représentent 35 % du total des décisions, tandis que les décisions d'admission représentent 21 % de ce total, étant précisé qu'il existe également un fort pourcentage de dossiers (43 %) ayant donné lieu à une décision d'irrecevabilité. Ces taux sont comparables à ceux de 2004 (21 % de décisions d'admission et 79 % de rejet toutes causes confondues).

La hausse en valeur absolue du nombre des affaires reçues et des décisions d'admission est à rapprocher de l'entrée en vigueur du décret du 20 août 2004 généralisant la représentation obligatoire, dont l'impact est sensible sur la matière prud'homale maintenant concernée par la représentation obligatoire. Alors que les demandes d'aide juridictionnelle en matière prud'homale constituaient 12 % du total des demandes en 2004, elles comptent pour 16 % du nombre des demandes en 2005. Le décret du 20 août 2004 n'ayant encore connu qu'une application partielle, il est vraisemblable que ses effets seront plus importants en 2006.

Le premier président a été saisi de 1 496 recours, ce qui représente 33 % des décisions de rejet fondées sur l'absence de moyens sérieux, contre 1 421 en 2004. Ces recours ont donné lieu à un faible nombre d'infirmations de la décision du Bureau d'aide juridictionnelle : 62 décisions d'infirmation en matière civile, 8 en matière pénale.

953 demandes de nouvelle délibération ont également été formées en 2005.

A - ÉVOLUTION DE L'ACTIVITÉ DU BUREAU D'AIDE JURIDICTIONNELLE DE 1996 à 2005

Années	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Affaires restant à examiner au 01/01	3 424	3 889	4 570	5 331	6 571	4 746	3 933	1 907	1 446	2 362
Affaires reçues	9 714	10 334	10 357	11 136	10 555	10 130	10 125	9 478	10 056	10 698
Dont nouvelles délibérations	747	806	715	802	767	593	919	946	923	953
Décisions intervenues dans l'année	8 942	9 036	9 039	9 452	11 843	10 417	12 151	9939*	9140*	10297*
Dont suppléments d'information	307	617	535	431	514	507	297	223	151	128
Affaires restant à examiner au 31/12	3 889	4 570	5 331	6 571	4 746	3 933	1 907	1 446	2 362	2 763

*Ce total ne comporte plus les décisions de supplément d'instruction

B - DECISIONS INTERVENUES DANS L'ANNEE

Années	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Rejet	6 103	6 124	4 531	5 278	4 816	4 337	5 808	4 150	3494	3666
Admissions	1 954	1 869	1 680	1 726	2 097	2 451	2 385	1 936	1879	2171
Irrecevabilité sans fondement	885	1 043	2 828	2 448	4 930	3 629	3 958	3 853	3767	4460
Total	8 942	9 036	9 039	9 452	11 843	10 417	12 151	9 939	9 140	10 297

10
Relations internationales

RELATIONS INTERNATIONALES

Les relations internationales de la Cour de cassation répondent à une triple priorité.

La première est de situer notre Cour en Europe, ce qui l'a conduit à proposer la création d'un Réseau des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne (UECSJ) dont elle assure le secrétariat général ainsi que, jusqu'au mois de juin 2006, la présidence. Cette initiative et cette position lui ont donné l'occasion de multiplier les relations avec les juridictions membres de ce Réseau et de développer les relations de coopérations entre elles. Cette première orientation se prolonge par les actions conduites dans le cadre du Conseil de l'Europe avec les hautes cours des pays membres de cette organisation internationale.

La deuxième priorité a été de donner une réalité à la communauté des cours nationales judiciaires qui partagent la tradition juridique et linguistique française. En 2002, avec le soutien de l'organisation intergouvernementale de la francophonie (OIF) et de l'agence intergouvernementale de la francophonie (AIF), elle a provoqué la création de l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF) dont elle assure le secrétariat général tout en conduisant la réalisation d'une base informatisée des arrêts francophones rendus par les cours membres de cette association (JURICAF). À partir de cette structure, se sont développées les coopérations bilatérales que notre Cour entretenait avec certaines juridictions judiciaires du monde judiciaire francophone.

En troisième lieu, la Cour de cassation a renforcé et introduit des liens avec les plus grandes cours du monde entier, dans les espaces anglophones, hispanophones et asiatiques.

Cette triple orientation, dans laquelle s'inscrivent les actions ci-après décrites, nous situe au carrefour des grands traditions juridiques et judiciaires. Elle contribue à assurer le rayonnement de notre juridiction, de sa jurisprudence et l'influence du droit français.

I – RELATIONS AVEC LES COURS SUPRÊMES D'EUROPE

Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne

Le Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne a véritablement lancé ses activités en 2005 après sa création à Paris le 10 mars 2004. Plusieurs groupes de travail ont ainsi été constitués, sur la médiation, sur les services dans le marché intérieur, sur l'assistance à la décision des juges des cours suprêmes, sur le droit européen des contrats et la préparation du cadre commun de référence. La coopération avec les institutions communautaires a notamment mené M. Guy Canivet, premier président et président du Réseau, à s'exprimer les 25 et 26 avril 2005 devant le Parlement européen sur la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, ainsi qu'à l'organisation d'une journée d'information

le 22 novembre 2005 à la Commission européenne pour les trente-deux présidents membres du Réseau. À ce séminaire ont pris part M. Franco Frattini, vice-président de la Commission européenne et commissaire chargé de la justice, de la liberté et de la sécurité, M. Jean-Marie Cavada, président de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, M. Antonio Tizziano, avocat général à la Cour de justice des communautés européennes ainsi que plusieurs directeurs à la Commission et au Conseil. Le Réseau a aussi proposé de participer à l'élaboration des critères d'évaluation de la qualité des systèmes judiciaires des Etats membres en collaboration avec la Commission européenne.

Des échanges de magistrats entre les cours suprêmes ont été organisés à compter de cette année. Sont ainsi venus à la Cour de cassation :

Monsieur Gianfranco Manzo, juge à la Cour suprême de cassation d'Italie du 30 mai au 10 juin 2005,
Monsieur Egidijus Bielunas, juge à la Cour suprême de Lituanie du 20 au 24 juin 2005,
Monsieur Jon Stockholm, juge à la Cour suprême du Danemark du 12 au 23 septembre 2005,
Monsieur Jindrich Urbanek, président de chambre à la Cour suprême de la République tchèque du 19 au 30 septembre 2005,
Monsieur Richard Aikens, juge à la Haute Cour de Londres du 19 au 30 septembre 2005,
Monsieur Joaquin Gimenez Garcia, juge au tribunal suprême d'Espagne du 17 au 28 octobre 2005,
Madame Wilhelmina Thomassen, juge à la Cour suprême des Pays-Bas du 5 au 16 décembre 2005,
et
Madame Anne-Catherine Monge, conseiller référendaire à la troisième chambre civile de la Cour de cassation s'est rendue au Royaume-Uni du 5 au 16 décembre 2005.

Le Réseau dispose d'un site internet (www.uepsjc.org), sur lequel il est possible de trouver une lettre bimestrielle d'information ainsi que l'actualité judiciaire des cours suprêmes, et a mis à l'étude la création d'un portail commun de jurisprudence. Deux réunions du conseil d'administration ont eu lieu à Trèves le 5 avril et à Bruxelles le 21 novembre 2005.

Rencontres et conférences

Allemagne

Une délégation de magistrats de Rhénanie-Palatinat a été reçue le 28 septembre 2005 par M. Renaud Salomon, conseiller référendaire à la chambre commerciale.

Arménie

M. Jean-François Weber, président de la troisième chambre civile, a reçu le 2 février 2005 une délégation de la Cour constitutionnelle d'Arménie.

Bosnie

M. Guy Canivet, premier président, a reçu le 19 mai 2005 M. Branco Peric, président du Conseil supérieur de la magistrature de Bosnie.

Bulgarie

Du 27 septembre au 2 octobre 2005, le premier président s'est rendu en Bulgarie à l'invitation de M. Ivan Grigorov, président de la Cour suprême de cassation bulgare et de M. Boïan Bioltchev, Recteur de l'Université Saint Clément d'Okhrid de Sofia afin d'envisager le renforcement des liens de coopération bilatéraux avec la Cour suprême de cassation bulgare et sa participation à l'AHJUCAF (Association des hautes juridictions ayant en partage l'usage du français) dont elle est membre ainsi qu'au Réseau des Présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, où elle est observateur. En cours de mission, il s'est révélé que les autorités bulgares attendaient beaucoup de l'appui que pourrait leur donner le Réseau des Présidents de Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne dans le cadre du processus d'adhésion de la Bulgarie à l'Union européenne.

Chypre

M. Jean-François Weber, président de la troisième chambre civile, s'est rendu à Chypre, pour l'inauguration du nouveau bâtiment de la Cour suprême le 18 novembre 2005.

Estonie

Le premier président, président du réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, a été représenté par M. Dominique Hascher les 13 et 14 janvier 2005 à Tartu pour le 85e anniversaire de la Cour suprême d'Estonie dont les cérémonies se sont déroulées en présence de M. Rüütel, président de la république d'Estonie, de M. Parts, premier ministre, ainsi que des présidents des cours suprêmes des Etats voisins.

Mme Gea Suumann, assistante du président de la Cour suprême, a été accueillie en stage à la Cour de cassation entre le 19 septembre et le 14 octobre 2005.

Italie

M. Nicola Marvulli, premier président de la Cour suprême de cassation d'Italie, a assisté à l'audience solennelle de rentrée le 7 janvier 2005 en compagnie de M. Vincenzo Carbone, président adjoint, M. Massimo Bonomo, conseiller et secrétaire général, M. Francesco Favara, procureur général, M. Mario Delli Priscoli, adjoint au procureur général ainsi que M. Claudio Consolo, professeur à l'université de Padoue.

Une journée de travail a ensuite été organisée le samedi 8 janvier à laquelle ont participé du côté italien, MM. Marvulli, Carbone, Bonomo et Consolo, et, pour la Cour de cassation, M. le premier président, MM. les présidents de chambre, MM. Alain Foulquié, conseiller à la troisième chambre civile, et Barthélémy Albertini, conseiller à la chambre commerciale ainsi que M. Charles Jarrosson, professeur à l'université Paris I. Les discussions ont porté le matin sur le contrôle des flux après un exposé introductif de M. Guy Canivet et de M. Massimo Bonomo, et

l'après-midi sur la nature juridictionnelle ou contractuelle de l'arbitrage avec des présentations de MM. Consolo, Ancel, et Jarrosson.

MM. Guy Canivet, premier président, et Bruno Cotte, président de la chambre criminelle, ont été à leur tour invités le 11 janvier 2005 à la Cour suprême de cassation italienne pour l'inauguration de l'année judiciaire qui s'est déroulée en présence du président de la République italienne, du président du Conseil et du ministre de la justice. Ils ont pu rencontrer à cette occasion M. Rognoni, vice-président du Conseil supérieur de la magistrature, ainsi que Mme Ferranti, secrétaire générale du Conseil supérieur de la magistrature et M. Vigna, procureur général anti-mafia.

MM. Guy Canivet, premier président et Jean-Louis Nadal, procureur général, ont enfin reçu le 28 octobre 2005 une délégation du Conseil supérieur de la magistrature italienne conduite par M. Virginio Rognoni.

Lettonie

Le 7 octobre 2005, le premier président s'est rendu à Riga en Lettonie à l'invitation de M. Andris Guläns, président de la Cour suprême de Lettonie, pour participer, tant en qualité de président du Réseau des présidents de Cours Suprêmes de l'Union européenne que de premier président de la Cour de cassation française, à la Conférence internationale célébrant le 10e anniversaire de la création de la Cour suprême de Lettonie.

Lituanie

Le premier président de la Cour de cassation s'est rendu à Vilnius du 10 au 12 mai 2005 pour prendre contact avec les autorités judiciaires et les facultés de droit lituaniennes.

Le procureur général a reçu le 28 novembre 2005 M. Gintaras Jasaitis, adjoint au procureur général de Lituanie. L'entretien a porté sur l'organisation du ministère public dans chacun des deux pays ainsi que sur les moyens de la lutte contre la criminalité organisée.

Moldavie

M. Jean-François Weber, président de la troisième chambre civile et M. Dominique Hascher ont reçu le 24 octobre 2005 une délégation moldave conduite par Mme Victoria Iftodi, ministre de la justice, et par Mme Valeria Sterbet, présidente de la Cour suprême de Justice.

Pologne

À l'invitation de M. le Prof. D^r^ hab. Lech Gardocki, premier président de la Cour suprême de Pologne, M. Guy Canivet et M. Jean-François Weber, président de la troisième chambre civile, se sont rendus en Pologne, du 10 au 14 avril 2005. Ils ont tenu plusieurs réunions de travail à la Cour suprême ainsi qu'avec les magistrats de la cour d'appel de Cracovie. Ils ont également eu divers entretiens avec les responsables du système judiciaire polonais, et notamment M. Andrzej Kalwas, ministre de la Justice, M. le Professeur dr. hab. Janusz Trzcinski, président de la Haute Cour administrative, M. Krysztof Strzelczyk, président du Conseil national de la magistrature, M. Andrzej Maczynski, vice-président de la Cour consti-

tutionnelle, M. dr. hab. Jerzy Swiatkiewicz, premier adjoint du Médiateur de la République ainsi que M. dr. Andrzej Malanowski, directeur de la section du droit constitutionnel et international.

République Tchèque

M. Vytas Milius, président de la cour d'appel de Vilinus a été accueilli en stage à la Cour de cassation du 21 au 25 novembre 2005.

M. Jean-Louis Nadal, procureur général, et M. Didier Boccon-Gibod, chargé de mission, se sont rendus en République tchèque les 27 et 28 juin 2005, à l'invitation de l'association Mazaryk dans le cadre d'un cycle de conférences internationales. Le procureur général a donné, à Prague, une conférence sur le thème du ministère public devant un auditoire de procureurs généraux, procureurs, membres du barreau et juristes. ll a rencontré le vice-ministre de la justice et un juge à la Cour suprême, puis s'est rendu à Brno où il s'est entretenu notamment avec Mme Marie Benesova, procureur général d'Etat.

Royaume Uni

M. Bruno Cotte, président de la chambre criminelle, a reçu le 14 septembre 2005 une délégation de juristes écossais de l'association des juristes franco-britanniques.

Russie

Du 14 au 18 mars 2005, la Cour de cassation a accueilli M. Lebedev, président de la Cour suprême de la Fédération de Russie, accompagné de MM. Zolotorev, président du tribunal régional de Koursk, Tchernov, président du tribunal régional de Krasnodar, et Goukov, directeur du département international et du droit de la Cour suprême.

La délégation russe, qui a tenu une réunion de travail à la Cour de cassation le mardi 15 mars à laquelle ont participé le premier président M. Guy Canivet, le procureur général M. Jean-Louis Nadal ainsi que les membres de la Cour qui avaient pris part à des missions de coopération avec la Russie, a, au cours de son séjour en France, été reçue à l'Assemblée nationale, à la présidence et à la commission des lois du Sénat, au Conseil constitutionnel, au Conseil d'Etat, au Conseil supérieur de la magistrature et à l'Ordre des avocats du Barreau de Paris.

M. Jean-François Weber, président de la troisième chambre civile, a reçu le 28 janvier 2005 MM. Boukovski G. A, vice-président du tribunal de la région de Kalouga, Fedorenkov G. F, juge au tribunal de la région autonome de Koriaki, Smirnov I. V, président du tribunal de la région d'Ivanovo et, le 20 mai 2005, une délégation du tribunal de la ville de Moscou.

M. Jean-Louis Nadal, procureur général, accompagné par M. Peimane Ghaleh-Marzban, secrétaire général, s'est rendu en Russie dans le cadre d'un séminaire sur la « gestion de crise » se tenant à Rostov-sur-le-Don le 28 avril 2005, réunissant des experts français et russes. Le procureur général est intervenu sur le rôle des structures de l'Etat dans la gestion de crise et la cohérence entre l'action de l'autorité judiciaire et l'autorité administrative, la prévention du terrorisme, l'interaction entre la presse et les structures de l'Etat pendant la gestion de crise et les différents aspects de la coopération internationale en matière de gestion de crise.

Serbie

M. Vincent Vigneau, conseiller référendaire à la Deuxième chambre civile a participé les 29 et 30 septembre 2005 à un séminaire d'analyse comparée des procédures civiles françaises et serbes.

Madame Bosa Nenadic, juge à la Cour constitutionnelle de Serbie, a effectué un stage à la Cour de cassation entre le 20 et le 22 juin 2005.

Slovaquie

Du 7 au 10 novembre 2005, M. le premier président s'est rendu à Bratislava à l'invitation de M. Milan Karabin, président de la Cour suprême. L'objet de cette mission était d'instaurer des liens de coopération juridique et judiciaire entre la République slovaque et la France ainsi que de renforcer la participation slovaque au Réseau des présidents des cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne. Outre les séances de travail à la Cour suprême, le premier président a visité la cour d'appel de Bratislava et l'académie judiciaire et il a eu par ailleurs des entretiens avec les autorités de la République slovaque (Mme Lucia Zitnanka, secrétaire d'Etat du ministère de la justice, M. Milan Cic, directeur du cabinet du président de la République, M. Pavel Hrusovsky, président du Conseil national de la République).

Ukraine

Mme Anne-Elisabeth Crédeville, conseiller à la chambre criminelle, a participé à Kiev à une conférence consacrée aux relations entre la justice et la presse le 22 avril 2005.

II – ASSOCIATION DES HAUTES JURIDICTIONS DE CASSATION DES PAYS AYANT EN PARTAGE L'USAGE DU FRANÇAIS (AHJUCAF) ET RELATIONS AVEC LES COURS SUPRÊMES FRANCOPHONES

Réunion du bureau de l'AHJUCAF

Le bureau de L'AHJUCAF s'est réuni à la Cour de cassation le 1er juillet 2005 sous la présidence de M. Guibril Camara, premier président de la Cour de cassation de la République du Sénégal. Le bureau a principalement discuté de la préparation du prochain congrès à Dakar en 2007 sur l'indépendance des juges ainsi que de l'état de la base de données JURICAF qui contient désormais plus de 35 000 arrêts. Deux sessions de formations des administrateurs nationaux de JURICAF ont aussi été organisées en 2005 à Paris.

M. Pierre Guerder, doyen de la Deuxième chambre civile et directeur du projet JURICAF, s'est rendu en Roumanie du 22 au 30 octobre 2005 pour une conférence consacrée au développement de la base de jurisprudence JURICAF.

Conférence des présidents des cours suprêmes francophones sur l'environnement :

Une conférence des présidents des Cours suprêmes des Etats francophones d'Afrique sur la contribution du droit au développement durable s'est tenue à la Cour de cassation les 3 et 4 février 2005.

Organisée à l'initiative du PNUE avec le concours de l'AIF et de l'AHUCAF, cette manifestation s'inscrivait dans le processus visant à engager les juges dans la mise en œuvre effective des instruments juridiques de protection de l'environnement qui a débuté lors du colloque mondial des juges tenu à Johanesbourg en août 2002. À l'issue de la conférence, les présidents ont adopté une déclaration réaffirmant le rôle déterminant que doit jouer l'institution judiciaire et invité le PNUE à mettre en œuvre un plan de formation des juges des pays africains francophones. Ils ont également convenu de créer un forum des juges francophones de l'environnement.

Burundi

Monsieur Venant Kamana, juge à la Cour suprême
Madame Clémence Rwamo, président de la Chambre judiciaire
Madame Thérèse Ntijinama, juge à la Cour suprême
sont venus à la Cour de cassation en mission les 29 et 30 mars 2005.

Madagascar

Un appui particulier à la Cour de cassation de Madagascar est prévu dans le cadre de l'action entreprise par la coopération française au titre de l'aide à la réforme juridique et judiciaire dans ce pays. Cette coopération devrait notamment porter sur une aide à la réorganisation interne de la cour suprême malgache, une aide à l'élaboration d'outils de travail, un appui à la mise en place d'un service de documentation et d'études, un programme d'accueil de stagiaires à la Cour de cassation à Paris, un programme de formation des avocats et un appui à l'informatisation du greffe. Il est également envisagé la réalisation de missions de courte durée par des représentants de la Cour de cassation comme celle qui a concerné les 2 et 3 juin 2005 l'atelier de formation sur l'arbitrage qui s'adressait ainsi en priorité aux magistrats malgaches.

Une convention de jumelage entre les deux hautes juridictions pourrait être signée l'année prochaine afin d'encadrer et de programmer ces échanges.

Sénégal

Les 29 et 30 août 2005, une délégation de la Cour de cassation, conduite par M. le premier président Guy Canivet et comprenant M. Emmanuel Lesueur de Givry, tant en qualité de conseiller à la Cour de cassation que de membre de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, et M. Emmanuel Tois, conseiller référendaire, adjoint au directeur du Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, s'est rendue à Dakar pour participer à un séminaire intitulé *Informatique et libertés, quel cadre juridique pour le Sénégal ? Etudes comparée des expériences africaines, européennes et françaises*, co-organisé par le secrétariat général de la présidence de la République du Sénégal, le ministère de la justice et l'ambassade de France au Sénégal.

Vietnam

La Cour de cassation a reçu entre le 13 et le 17 juin 2005 une délégation de la Cour populaire suprême du Vietnam.

Monsieur Nguyen Van Hien, premier président de la Cour populaire suprême, Monsieur Nguyen Hai Phong, directeur, département de l'action publique et du contrôle des enquêtes en matière de sécurité nationale et d'anti-drogue, Parquet populaire suprême, Monsieur Ngo Cuong, directeur adjoint, Institut des études juridictionnelles, Cour populaire suprême, Monsieur Nguyen Cong Hong, directeur adjoint, département du droit pénal et administratif, ministère de la justice, Monsieur Tran Van Thu, directeur adjoint de la coopération internationale, Institut des études juridictionnelles, Cour populaire suprême, ont commencé par des entretiens à la Cour de cassation sur l'application du droit international et européen, la procédure de non-admission des pourvois, l'organisation et le fonctionnement de la Cour. Ils se sont également informés sur le rôle des magistrats du parquet à la Cour de cassation et sur la mission du service de documentation et d'études.

La délégation vietnamienne a ensuite été reçue par Monsieur Jean-Louis Debré, président de l'Assemblée Nationale, à la Commission des lois du Sénat, au Conseil supérieur de la Magistrature, au Conseil Constitutionnel et au Conseil supérieur du Notariat. Elle a également effectué un déplacement à Bordeaux où elle a été reçue à la cour d'appel et à l'Ecole Nationale de la Magistrature.

La visite en France du président Van Hien s'inscrivait dans le cadre des réformes de l'Etat et de l'économie du Vietnam et devrait être suivie dès l'année prochaine de la mise en place d'une coopération plus étroite avec la Cour de cassation.

Par ailleurs, M. Guy Canivet, premier président, a reçu le 14 mars 2005 M. Le Danh Vinh, vice-ministre du commerce du Vietnam.

III – RELATIONS AVEC LES AUTRES COURS DU MONDE

Amériques

Argentine

MM. Dominique Garban, conseiller à la troisième chambre civile, et M. Pascal Lemoine, conseiller référendaire à la chambre criminelle, ont reçu le 6 septembre 2005 M. Horacio Daniel Piombo, magistrat du Tribunal de Cassation Pénal de la provincia de Buneos Aires.

Brésil

À l'occasion de l'année du Brésil en France, la Cour de cassation a invité M. Edon Vidigal, ministre président du Supérieur Tribunal de Justice, M. Eros Roberto Grau, ministre au Suprême Tribunal Fédéral du 19 au 21 septembre 2005. Ceux-ci sont venus à la tête d'une

délégation qui comprenait également M. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, procureur général adjoint de la République, M. Pierpaolo Bottini, secrétaire de la réforme du Judiciaire, M. Oswaldo Portella, ambassadeur, conseiller diplomatique du ministre de la justice, M. Tarcision Lumack de Moura, chef du protocole et des affaires publiques et internationales du Supérieur Tribunal de Justice. Un séminaire franco-brésilien sur les regards croisés sur la sécurité juridique a été organisé à la Cour de cassation avec des représentants du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, manifestation qui a réuni une centaine de participants. La délégation brésilienne a ensuite été reçue au Conseil d'Etat, au Conseil constitutionnel, au Conseil supérieur de la Magistrature, à l'Ordre des avocats au Barreau de Paris et par le président de la Commission des lois du Sénat. M. Rodrigo Janot Monteiro de Barros a été également reçu aux parquets généraux de la Cour de cassation, de la cour d'appel de Paris et des juridictions du ressort.

Mexique

M. Olivier Guérin, avocat général à la troisième chambre civile, a reçu le 28 septembre 2005 Mmes Elvia Diaz de Leon D'Hers, Maria Teresa Herrera Tello, membres du Conseil de la Magistrature Fédérale au Mexique.

Le procureur général a reçu, le 9 novembre 2005, M. Cabeza de Vaca, procureur général de la République des Etats-Unis du Mexique. L'entretien a notamment porté sur l'organisation du parquet général de la Cour de cassation et des parquets en France ainsi que sur la coopération judiciaire.

Venezuela

M. Robert Finielz, avocat général à la chambre criminelle, a représenté le procureur général à un séminaire organisé dans le cadre d'actions de coopération, à Caracas, du 23 au 25 novembre 2005, sur le thème de la lutte contre le crime organisé.

Asie

Chine

M. Weber, président de la troisième chambre civile, a participé à un séminaire de formation de notaires chinois qui s'est tenu à Taiyuan du 18 au 22 avril 2005.

Le premier président a participé au 22e congrès mondial du droit, organisé par la World Jurist Association, à Pékin et à Shangaï du 4 au 10 septembre 2005 où il est intervenu au cours de la séance inaugurale et lors de la session sur le rôle du droit et du juge. Le premier président a pendant son séjour été invité à faire une conférence à l'université de Pékin sur le rôle de l'économie dans le droit.

M. Guy Canivet, premier président et M. Jean-Louis Nadal, procureur général, ont reçu le 18 avril 2005 des membres du ministère de la justice de la République populaire de Chine conduite par son ministre, M. Fusen Zang.

M. Jean-Louis Nadal, procureur général, s'est rendu en Chine du 16 au 22 octobre 2005, accompagné par M. Peimane Ghaleh-Marzban, secrétaire général, dans le cadre du séminaire sino-français de droit notarial de Shangai des 17 et 18 octobre 2005, où il est intervenu sur la question de la discipline notariale. Il a rencontré à Pékin les 21 et 22 octobre 2005, Mme Aiying Wu, ministre de la justice de la République populaire, Monsieur Yang Xiao, président de la Cour suprême et M. Hong Zhao, vice-procureur général du parquet populaire suprême. Il a engagé avec le parquet populaire suprême un processus devant aboutir à la mise en œuvre d'un programme de coopération entre les deux institutions.

Le procureur général a, par ailleurs, été représenté par M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle, à la conférence des procureurs généraux Asie Europe qui s'est tenue à Shenzen du 9 au 12 décembre 2005. M. Charpenel est intervenu sur le thème de la coopération judiciaire dans la lutte contre le crime organisé international.

Japon

Une conférence dans le cadre de la commémoration du Bicentenaire du Code civil sur le thème « Quelle modernité du droit français pour les activités des entreprises au Japon ? », organisée par Mme Françoise Sabban, directrice française de la Maison franco-japonaise, et Mme Catherine Kessedjan, professeur à l'Université Paris II, s'est tenue le lundi 31 janvier 2005 dans les locaux de la Maison franco-japonaise, à Tokyo.

Cet événement s'inscrit dans le cadre de l'action menée par le premier président de la Cour de cassation en faveur du rapprochement entre les juridictions suprêmes française et japonaise, notamment marqué par la réception, au mois de septembre 2001, de M. le premier président Guy Canivet à la Cour suprême du Japon lors de son séjour pour les 6e Journées juridiques franco-japonaises et par l'invitation à la Cour de cassation, au mois de mai 2002, de son homologue japonais d'alors, M. le président Shigeru Yamaguchi.

Mme Martine Anzani et M. Christophe Soulard, conseillers à la chambre criminelle ont également reçu le 1er juin 2005 M. Ryo Sekine, magistrat au parquet de district d'Okayama.

Kazakhstan

M. Emmanuel Tois, conseiller référendaire et Mme Marie-Aleth Trapet, chargée de mission au cabinet du directeur du service de documentation et d'études, ont participé à une mission sur le thème « Renforcement institutionnel de la Cour suprême de la République du Kazakhstan » du 9 au 20 avril 2005 à Almaty et à Astana.

Singapour

À l'invitation du Chief Justice de Singapour, M. Yong Pung How, M. le premier président Canivet s'est rendu à Singapour les 12 et 13 septembre derniers. Le but essentiel de cette visite était consacré à la présentation et à la démonstration du système de justice en ligne dans ce pays, lequel ne concerne pas toutefois que la seule Cour suprême puisque les autres tribunaux (Subordinate Courts, tribunal pour les affaires familiales, tribunal des enfants, justice d'instance) sont pareillement équipés. Des systèmes de médiation en ligne sont également organisés

par les tribunaux, permettant à toute personne qui le souhaite, quelle que soit sa résidence à l'étranger, de saisir la justice de Singapour d'une demande de médiation.

Australie

M. Guy Canivet, premier président, a reçu le 5 juillet 2005 M. James Douglas, juge de la Cour suprême de Queensland.

Proche Orient

Qatar

M. Guy Canivet, premier président, a reçu le 7 mars 2005 Dr. Ali Bin Futais Al Marri, procureur général de l'Etat du Quatar ainsi que MM. Khaled Al Muhannadi, directeur de cabinet, Abdallah Al Kuwari, directeur des affaires administratives et financières, Mohamed Khaled Ramzi, expert auprès du procureur général et M. Abdallah Anbar, responsable de la presse.

IV – CONVENTIONS DE JUMELAGE

Convention de jumelage avec la Cour suprême de la République algérienne démocratique et populaire (15 janvier 2002)

Monsieur Ramoul Mohamed, conseiller à la chambre civile
Madame Hemici Khadidja, conseiller à la chambre criminelle
Monsieur Zemmour Mohamed, conseiller à la chambre des délits et contraventions
Monsieur Rahabi Ahmed, conseiller à la Chambre sociale
Madame Zoubiri Fadela, conseiller à la chambre civile
sont venus à la Cour de cassation du 30 mai au 10 juin 2005.

Par ailleurs, M. Guy Canivet, premier président, s'est rendu à Alger du 27 au 29 mars 2005 pour une conférence nationale sur « Le rôle de la Cour de cassation dans la réforme française de la justice » et M. Jean-Pierre Dumas, président du bureau d'aide juridictionnelle, s'est rendu à Alger les 18 et 19 mai 2005 pour une mission sur « la Réforme du code de commerce ».

Convention de jumelage avec la Cour suprême de la République du Bénin (25 septembre 2003)

M. Guy Canivet, premier président, s'est rendu à Cotonou du 7 au 11 février 2005 à l'invitation du président de la Cour suprême de ce pays pour participer à un colloque sur « *l'indépendance de la justice* ». Enfin, le 24 novembre 2005, M. Guy Canivet, premier président, et M. Jean-Louis Nadal, procureur général, ont reçu une délégation de la Cour suprême du Bénin conduite par son premier président M. Saliou Aboudou.

Enfin M. Pierre Villien, conseiller doyen de la troisième chambre civile, et M. Jean-Pierre Dumas, président de chambre honoraire à la Cour de cassation, ont participé le 12 et 13 décembre 2005 à un séminaire de formation à Cotonou sur le défaut de base légale comme cas d'ouverture à la cassation.

Convention de jumelage avec la Cour suprême du Maroc (5 septembre 1995)

Madame Hikmat Shisseh, président de la Chambre criminelle
Monsieur Mohammed Anbar, avocat général
Monsieur Mohamed Ghazi Sekkat, président de la Chambre criminelle
Monsieur Abdelaziz Yaagoubi, conseiller chargé de mission
sont venus à la Cour de cassation du 21 au 25 novembre 2005.

Par ailleurs, six fonctionnaires de la Cour suprême sont venus en stage entre le 28 et le 2 décembre 2005.

Mme Anne Pascal, conseiller à la première chambre civile, Mme Bénédicte Vassallo, conseiller référendaire à cette même chambre et M. Patrick Matet, conseiller à la cour d'appel de Paris, ont participé à une Table ronde organisée par la Cour suprême du Maroc à Rabat les 10 et 11 novembre 2005 sur le droit de la famille. Par ailleurs, M. Jean-Louis Gillet, conseiller à la Chambre sociale, s'est rendu à Rabat pour une mission sur le thème « Le traitement des procédures civiles » du 11 au 15 mai 2005.

Convention de jumelage avec la Cour de cassation du Liban (21 décembre 2001)

Monsieur Antoine Khair, premier président de la Cour de cassation du Liban succédant à Monsieur Tanios El Khoury, ainsi que Messieurs Ralph Riachy et Mouhib Maamari présidents de Chambre, ont été reçus à Paris du 7 au 9 décembre 2005. Cette visite a été l'occasion de faire le point avec le nouveau président de la Cour de cassation du Liban sur la convention de jumelage et d'envisager les modalités de notre coopération pour l'année à venir.

Sont en particulier prévus une mission de la Cour de cassation pour une série de séances de travail sur la technique de rédaction des arrêts de la Cour de cassation et la participation d'une délégation française à un colloque organisé par le Centre d'Etudes des Droits du Monde Arabe de l'Université St Joseph au mois de mai prochain sur les sources du droit dans les divers systèmes juridiques.

V – ORGANISATIONS OU ASSOCIATIONS INTERNATIONALES ET RÉSEAUX DE JUGES

Union européenne

Projet TACIS

MM. Jean-François Weber, président de la troisième chambre civile, et Laurent Jacques, conseiller référendaire, ont assuré un séminaire de procédure civile organisé à Voronéj (Fédération de Russie) du 14 au 18 mars 2005.

MM. Jean-François Weber, président de la troisième chambre civile, s'est encore rendu à Moscou avec M. Louis Di Guardia, avocat général les 30 et 31 mai 2005.

Mmes Noëlle Commaret, avocat général et Martine Anzani, conseiller à la chambre criminelle, ont participé à un séminaire de procédure pénale organisé à St Pétersbourg du 28 mars au 1er avril 2005.

M. Pascal Chauvin, conseiller référendaire à la première chambre civile, a participé à un séminaire en procédure civile à Saint-Pétersbourg du 4 au 8 avril 2005.

Conseil de l'Europe

Le 11 août 2005, M. Bruno Cotte, président de la chambre criminelle et Mme Christine Chanet, conseiller à la chambre criminelle et présidente du comité des droits de l'homme de l'organisation des Nations Unies, ont reçu M. Alvaro Gil-Robles, commissaire aux droits de l'Homme.

Organisations des Nations Unies

Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE)

Le premier président s'est rendu à la 23e session du conseil gouvernemental du Programme des Nations Unies pour l'environnement, du 19 au 21 février 2005 à Nairobi.

Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD)

M. Régis de Gouttes, Premier Avocat Général, a participé aux 66e et 67e sessions du CERD à Genève.

Au cours de sa 66e session (21 février -11 mars 2005), le Comité a examiné la situation au plan racial et ethnique de sept pays : la France, l'Irlande, le Luxembourg, l'Australie, l'Azerbaïdjan, le Bahreïn, le Laos. S'agissant de la France, dont la délégation était conduite par Mme Nicole Guedj, secrétaire d'Etat aux droits des victimes, les observations du CERD ont porté notamment sur la situation des immigrés, des demandeurs d'asile, des musulmans, des

étudiants étrangers, des gens du voyage, ainsi que sur la question des signes religieux à l'école et celle des langues minoritaires. Le Comité a, par ailleurs, été saisi de quatre plaintes individuelles dirigées contre la Norvège, la République slovaque et le Danemark. Il a enfin organisé un débat thématique sur la question du Amulticulturalisme et adopté une déclaration générale sur la prévention du génocide.

Au cours de sa 67e session (2-20 août 2005), le CERD a examiné la situation de huit pays (Barbade, Géorgie, Islande, Nigéria, Tanzanie, Turkmenistan, Venezuela, Zambie). Il a, en outre, adopté une importante Recommandation générale sur la prévention de la discrimination raciale dans l'administration et le fonctionnement de la justice pénale, qui, outre des propositions de mesures d'ordre général, recommande diverses mesures particulières à prendre pour prévenir les discriminations raciales à l'encontre des victimes du racisme, mais aussi à l'encontre des personnes poursuivies en justice, et ce, à tous les stades de la procédure judiciaire.

Réseaux de juges et autres associations

Association des juges européens de la concurrence

La quatrième conférence des juges européens de la concurrence s'est tenue à Londres les 1er et 2 juillet 2005 en présence des représentants de juridictions de vingt pays membres de l'Union européenne, des juridictions communautaires et de Roumanie. Mme Carole Champalaune, conseiller référendaire, chargée de mission auprès du premier président, a représenté la Cour de cassation à cette manifestation axée autour de deux thèmes portant sur les actions en réparation des préjudices causés par les pratiques anti-concurrentielles en Europe et aux Etats-Unis et sur la méthode d'analyse économique des abus de position dominante.

Forum des juges européens pour l'environnement

Le Forum des européens pour l'environnement a poursuivi le développement de ses activités en participant, aux côtés de l'ICEF (*International Court of the Environment Foundation*) à l'organisation d'un séminaire consacré à « *la prévention et la réparation du préjudice environnemental* » les 27 et 28 mai 2005 à Ostie (Italie). Dominique Guihal, conseiller référendaire, y a présenté le rapport français. Par ailleurs, la conférence annuel du Forum s'est tenue à la *Law Society* à Londres les 2 et 3 décembre 2005, sur le thème du *« droit européen des déchets »,* avec le soutien de la Commission européenne. Les rapports nationaux établis pour cette manifestation seront bientôt diffusés sur le site internet dont dispose désormais le Forum (www.uefje.org).

Deux conseils d'administration se sont réunis à la Cour de cassation le 16 avril et le 15 octobre 2005. Lors de l'Assemblée générale, rassemblée à Londres le 2 décembre 2005, un nouveau conseil d'administration a été élu. Les Vice Présidents Amedeo Postiglione, conseiller à la Cour suprême de cassation italienne, Ulf Bjallas, conseiller à la Cour d'appel de Suède et le Trésorier, Luc Lavrysen, conseiller à la Cour d'arbitrage de Belgique, ont été reconduits dans leurs fonctions. En revanche, le Président du Forum, Guy Canivet, Premier Président de la Cour de cassation et le Secrétaire général, Lord Justice Robert Carnwath des Royal Courts of Justice d'Angleterre avaient choisi de se retirer à l'issue de leur mandat. Lord Justice Robert

Reed de la Court of Session d'Ecosse et Dominique Guihal, conseiller référendaire à la Cour de cassation, ont respectivement pris leur succession. Kari Kuusiniemi, juge à la Cour suprême administrative de Finlande, est le nouvel auditeur.

G.E.M.M.E.

Le Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation a organisé des actions de formation qu'il entend poursuivre et développer dans les années à venir. Ainsi, une session de formation a eu lieu à la Cour d'appel de Grenoble du 31 mai au 2 juin 2005, avec le soutien de l'Ecole Nationale de la Magistrature et du Réseau Européen de Formation Judiciaire. Aux magistrats français qui y participaient ont ainsi pu se joindre un juge italien et un juge portugais.

Un colloque a été organisé le 8 décembre par la section française du GEMME, à l'occasion des dix ans d'application de la médiation judiciaire en matière civile et commerciale. Placée sous le Haut patronage du Président de l'Assemblée Nationale, cette manifestation a réuni plus de trois cents magistrats, médiateurs et parlementaires. Par ailleurs, la section française a élaboré un guide de la médiation qui fera l'objet d'un numéro spécial du BICC.

Enfin, le GEMME a fait parvenir des éléments d'information au député européen chargé de rapporter la proposition de directive relative à la médiation.

Colloque du Centre pour la démocratie

M. Jean-Pierre Dintilhac, président de la Deuxième chambre civile, s'est rendu à Kiev du 25 au 27 mai 2005 pour participer à la 13e conférence internationale annuelle sur la justice qui s'inscrivait dans le cycle initié par une fondation privée américaine (The Furth Family Foundation) en partenariat avec la faculté de droit du Michigan et la Cour suprême d'Ukraine.

VI – CONFÉRENCES ORGANISÉES SUR LE DROIT EUROPÉEN ET INTERNATIONAL ET SUR LE DROIT COMPARÉ

a) Les 27 et 28 janvier 2005, des discussions avec l'American Bar Association (ABA) ont eu lieu à la Cour de cassation sur le droit comparé et international. Après une courte introduction au système judiciaire français faite par le premier président, M. Gérard Pluyette, conseiller à la première chambre civile, a présenté l'exécution des jugements étrangers en France, M. Jean-Pierre Ancel, président de la première chambre civile et M. Alain Lacabarats, directeur du service de documentation et d'études, ont exposé les rapports entre la justice étatique et l'arbitrage en droit français. Le juge Stephen Breyer de la Cour suprême des Etats-Unis s'est enfin exprimé sur la place des décisions judiciaires étrangères dans la jurisprudence nationale, alors qu'une résolution est aujourd'hui pendante devant la chambre des représentants des Etats-Unis pour interdire à leurs Cour suprêmes de se référer à des précédents ou à des lois étrangères. Toutes ces interventions ont été suivies de discussions entre les représentants de la Cour de cassation et l'ABA. M. Lacabarats a ensuite participé le lendemain à un procès fictif avec le juge Breyer et Lord Mustill, ancien membre de la chambre des Lords. Ces deux journées

de travail avec l'ABA dont les membres avaient également tenu des discussions les jours précédents avec les avocats et juges anglais, devraient être suivies d'autres programmes d'études avec la Cour de cassation.

b) Le 17 février 2005, a eu lieu une conférence organisée avec la Société de législation comparée sur « La reconnaissance en France des répudiations de droit musulman. Regards croisés » sous la présidence de Mme Hélène Gaudemet-Tallon, professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas.

c) Le 17 novembre 2005, un séminaire sur les contrats internationaux organisé dans le cadre du colloque « Paris place de droit » a été ouvert par le premier président et conclu par M. Stephen Breyer, juge à la Cour suprême des Etats-Unis.

VII – SOMMET MONDIAL DES PROCUREURS GÉNÉRAUX

Le procureur général et M. Didier Boccon-Gibod, chargé de mission, ont participé au deuxième sommet mondial des procureurs généraux qui s'est tenu du 14 au 17 novembre 2005 au Qatar. M. Jean-Louis Nadal a été élu vice-président du sommet. Au cours de cette réunion à laquelle participaient une centaine de délégations étrangères, le procureur général a exposé le système du ministère public en France et a participé à une table ronde portant sur la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée.

11

Manifestations organisées à la Cour de cassation

MANIFESTATIONS ORGANISÉES À LA COUR DE CASSATION

I – MANIFESTATIONS DIVERSES

Les 3 et 4 février 2005, la Cour de cassation a accueilli une conférence des présidents des cours suprêmes de 29 Etats francophones d'Afrique sur la contribution du droit au développement durable, réunie pour débattre des conditions de mise en œuvre du droit de l'environnement dans les systèmes juridiques qu'ils représentent. Organisée à l'initiative du Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE), avec le concours de l'Agence intergouvernementale de la Francophonie (AIF) et de l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), cette manifestation s'inscrivait dans un processus visant à engager les juges dans la mise en œuvre effective des instruments juridiques, internationaux et nationaux de protection de l'environnement, dans la perspective du développement durable, qui a débuté lors du colloque mondial des juges tenu à Johannesbourg en août 2002.

Le compte rendu de cette manifestation et les textes des allocutions et interventions peuvent être consultés sur le site internet de la Cour de cassation.

Le 24 mai 2005, la Cour de cassation, la Chaire Régulation de Sciences Po et la banque mondiale ont organisé à la Cour de cassation une journée de réflexion intitulée « *L'évolution méthodologique du rapport doing business* ».

Le 19 septembre 2005 s'est tenu à la Cour de cassation un séminaire franco-brésilien ayant pour thème « *Regards croisés sur la sécurité juridique* ». Les communications seront publiées.

Le 12 décembre 2005 s'est tenu à la Cour de cassation le 14e forum de la Régulation organisé par la Chaire Régulation de Sciences Po sur le thème de « *L'auto-régulation* ».

II – COLLOQUES

Le 12 janvier 2005, la Cour de cassation et le Laboratoire de sociologie juridique de l'université Panthéon-Assas (Paris II) ont organisé à la Cour de cassation, sous la présidence de Guy Canivet, premier président, et avec le soutien de LexisNexis JurisClasseur, un colloque ayant pour thème « *Pour une modulation dans le temps des revirements de jurisprudence ?* » au cours duquel ont notamment été discutées les conclusions du groupe de travail dirigé par le professeur Nicolas Molfessis à la suite du rapport remis au premier président le 30 novembre 2004.

Le 28 janvier 2005, l'Ordre des avocats de Paris et l'Association Louis Chatin – Défense des droits de l'enfant ont organisé à la Cour de cassation un colloqué sur le thème « *Mineurs étrangers isolés, un défi à relever* ».

Le 13 mai 2005, l'Université Paris II Panthéon-Assas a organisé à la Cour de cassation, avec le concours de la Cour de cassation, de l'Institut de criminologie de Paris et de l'Ecole doctorale de droit privé, un colloque sur le thème « *La contumace (le défaut criminel) en Europe* ».

Le 2 juin 2005, la Cour de cassation, l'Institut des hautes études sur la Justice, Culture et droit et les éditions juridiques Lexbase ont organisé à la Cour de cassation un colloque intitulé « *Les actions collectives : points communs et divergences des expériences américaines et européennes* ».

Les allocutions et interventions prononcées peuvent être consultés sur le site internet de la Cour de cassation.

Les 20 et 21 juin 2005 s'est tenu à la Cour de cassation un colloque sur la Charte constitutionnelle de l'environnement, sous le haut patronage de Monsieur Jacques Chirac, président de la République, coorganisé par la Cour de cassation, la SFDE, le CIDCE, le CRIDEAU, la Consultation nationale pour la charte de l'environnement et le ministère de l'écologie et du développement durable.

Les allocutions prononcées peuvent être consultés sur le site internet de la Cour de cassation.

Les actes du colloque ont été publiés en septembre 2005 par la Revue juridique de l'environnement.

Le 30 novembre 2005, la Cour de cassation et l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ont organisé à la Cour de cassation un colloque sur le thème « *Le Doyen Jean Carbonnier et la jurisprudence* ».

III – CYCLES DE CONFÉRENCES ET SÉMINAIRES

En 2005, ont été données à la Cour de cassation des conférences incluses dans des cycles de conférences, organisés ou coorganisés par la Cour de cassation, et programmés soit sur 2004-2005, soit durant l'année 2005, soit sur 2005-2006.

Séminaire « risques, assurances, responsabilités » :

Anciennement dénommé « Cultures judiciaires comparées » s'agissant de la session 2003-2004 en raison de la dimension comparatiste qui le caractérise, coorganisé cette année par la Cour de cassation, l'institut des hautes études sur la justice (IHEJ), le centre des hautes études d'assurances (CHEA) et l'école nationale supérieure de sécurité sociale (EN3S), le

séminaire « risques, assurances, responsabilités » présente la particularité de faire précéder chaque conférence d'une réflexion menée pendant plusieurs mois dans le cadre de groupes de travail pluri-professionnels travaillant de manière pluri-disciplinaire.

Dans le cadre de la session 2004-2005, cinq groupes de travail ont traité de sujets particuliers déclinant le thème général du « *Traitement juridique et judiciaire de l'incertitude* ». Cette réflexion s'est conclue par des contributions écrites, disponibles sur le site internet de la Cour de cassation dans l'attente de la suite éditoriale envisagée, et la présentation de propositions discutées à l'occasion de cinq conférences de restitution publique qui se sont tenues en 2005 à la Cour de cassation :
– le 17 mars 2005, les membres du groupe de travail piloté par Michel Pinault, Conseiller d'Etat, ont restitué leurs travaux sur le thème « *Incertitude et sécurité juridique* » ;
– le 2 juin 2005, les membres du groupe de travail piloté par Antoine Garapon, magistrat, secrétaire général de l'IHEJ, ont restitué leurs travaux sur le thème « *Incertitude et expertise* » ;
– le 23 juin 2005, les membres du groupe de travail piloté par Vincent Heuzé, professeur à l'université Paris I, ont restitué leurs travaux sur le thème « *Incertitude et indemnisation du préjudice* » ;
– le 13 octobre 2005, les membres du groupe de travail piloté par Michel Borgetto, professeur à l'université Paris II, ont restitué leurs travaux sur le thème « *Incertitude et répartition entre dispositifs d'assurances et dispositifs de solidarité* » ;
– le 17 novembre 2005, les membres du groupe de travail piloté par Horatia Muir-Watt, professeur à l'université Paris I, ont restitué leurs travaux sur le thème « *Incertitude et causalité* ».

Cycle de conférences « droit et technique de cassation » :

Ce cycle de conférences, organisé par la Cour de cassation, a été conçu à l'origine pour faire connaître la technique du pourvoi en cassation et sa contribution à la création jurisprudentielle de la Cour de cassation. Il est désormais ouvert à l'ensemble des juristes intéressés et vise à une analyse critique de la méthode de jugement de la Cour ou de sa jurisprudence.

• Dans le cadre de la session 2004-2005, les conférences suivantes se sont tenues en 2005 à la Cour de cassation :
– le 15 mars 2005, Jean-Luc Aubert, conseiller honoraire à la Cour de cassation, professeur agrégé des facultés de droit, a donné une conférence sur le thème « *Le droit et le fait devant la Cour de cassation en matière civile* » ; le texte de l'intervention est disponible sur le site internet de la Cour de cassation ;
– le 24 mars 2005, Alain Bénabent, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, professeur agrégé des facultés de droit, a donné une conférence sur le thème « *Violation de la loi ou manque de base légale ?* » ;
– le 17 mai 2005, Christian Atias, professeur à la faculté de droit d'Aix-Marseille, a donné une conférence sur le thème « *La crise de la motivation judiciaire ?* » ; le texte de l'intervention est disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

• Dans le cadre de la session 2005-2006, les conférences suivantes se sont tenues en 2005 à la Cour de cassation :

– le 12 octobre 2005, Jacques Mestre, professeur à la Faculté de droit d'Aix-Marseille, a donné une conférence sur le thème « *La distinction du fait et du droit en matière économique* » ;
– le 12 décembre 2005, Denis Mazeaud, professeur à l'université Paris II, a donné une conférence sur le thème « *La politique contractuelle de la Cour de cassation* ».

Cycle de conférences « procédure civile » :

Ce cycle de conférences, organisé par la Cour de cassation et ouvert à l'ensemble des juristes intéressés, a pour objet, en lien avec la Deuxième chambre civile, en charge du contentieux de la procédure, de mener une réflexion sur les enjeux contemporains de la procédure civile.

Dans le cadre de la session 2005-2006 a été donnée, le 15 novembre 2005, une première conférence sur le thème « *La globalisation du procès civil international (dans l'espace judiciaire européen et mondial)* » par Marie-Laure Niboyet, professeur à l'Université de Paris X ; le texte de l'intervention est disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

Cycle de conférences « les méthodes de jugement » :

Organisé par le Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Paris II Panthéon-Assas et l'Association française de sociologie du droit (A.F.S.D.), en collaboration avec la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, ce cycle de conférence a pour objet de mener une réflexion transversale sur les méthodes de jugement, en droit interne et en droit comparé, destinée à envisager un échange possible des modèles de jugement, selon les systèmes juridiques, à étudier les influences réciproques et l'interpénétration des modèles entre les systèmes juridiques.

Dans le cadre de la session 2004-2005, les conférences suivantes se sont tenues en 2005 à la Cour de cassation :
– le 26 janvier 2005, sous la présidence de Yves Gaudemet, professeur à l'université Paris II, MM. Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation, Daniel Labetoulle, président de section au Conseil d'Etat et Emmanuel Piwnica, président de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, ont donné une conférence sur le thème « *Ordres de juridiction et méthodes de jugement* » ; les textes de certaines interventions sont disponibles sur le site internet de la Cour de cassation ;
– le 31 mars 2005, sous la présidence de François Terré, membre de l'Institut, Philippe Waquet, doyen honoraire de la Cour de cassation, Noëlle Lenoir, avocat, ancien membre du Conseil constitutionnel, ancien ministre et Yann Aguila, maître des requêtes au Conseil d'Etat, directeur de la Mission de recherche droit et justice, ont donné une conférence sur le thème « *L'officieux et le non-dit dans le jugement* » ;
– le 19 avril 2005, sous la présidence de Jean-Louis Nadal, procureur général près la Cour de cassation, Thierry Tuot, conseiller d'Etat, Claude Nocquet, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation et Jean-François Prat, avocat à la Cour, ont donné une conférence sur le thème « *Juger les normes, juger les faits, juger les chiffres* » ;

– le 18 octobre 2005, sous la présidence d'Emmanuel Piwnica, Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Marie-Claire Belleau, Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Laval, Rebecca Johnson, Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université de Victoria, Jean-Pierre Ancel, Président de la Première chambre civile de la Cour de cassation et Wanda Mastor, Maître de conférences à l'Université des sciences sociales de Toulouse, ont donné une conférence sur le thème « *Les opinions dissidentes* » ; les textes de certaines interventions sont disponibles sur le site internet de la Cour de cassation ;
– le 28 novembre 2005, sous la présidence d'Horatia Muir-Watt, professeur à l'Université Paris I, Françoise Tulkens, juge à la Cour européenne des droits de l'homme, Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation et Jacqueline de Guillenschmidt, membre du Conseil constitutionnel, ont donné une conférence sur le thème « *La circulation des méthodes de jugement* ».

Cycle de conférences « Normes comptables internationales et environnement judiciaire – IFRS (*International Financial Reporting Standards*) » :

Coorganisé par la Cour de cassation, la compagnie des experts agréés près la Cour de cassation et le cabinet Deloitte, ce cycle de conférences a pour objet de sensibiliser le monde judiciaire aux nouveaux concepts économiques et financiers résultant de la mise en œuvre en France, depuis le 1er janvier 2005, des normes IFRS qui aboutit à une financiarisation des états comptables annuels, consacrant la prééminence attribuée au bilan.

Dans le cadre de la session 2005, les conférences suivantes, dont le texte est disponible sur le site internet de la Cour de cassation, se sont tenues à la Chambre commerciale de la Cour de cassation :
– le 27 octobre 2005, Olivier Azières, Associé Mondial Deloitte, a donné une conférence sur le thème « *Généralités sur les IFRS* », animée par Jean Tourin, expert agréé par la Cour de cassation ;
– le 3 novembre 2005, Mireille Berthelot, Associée Deloitte, a donné une conférence sur le thème « *Evolution des actifs selon les IFRS* », animée par Gérard Valin, doyen honoraire du CERAM (Centre d'enseignement et de recherche appliqués au management) ;
– le 10 novembre 2005, Eric Dard, Expert technique IFRS du cabinet Deloitte, a donné une conférence sur le thème « *Evaluation des passifs* », animée par Jean Tourin, expert agréé par la Cour de cassation ;
– le 17 novembre 2005, Catherine Guttmann, Associée Deloitte, a donné une conférence sur le thème « *Information et communication financière* », animée par Jean Tourin, expert agréé par la Cour de cassation ;
– le 24 novembre 2005, Philippe Danjou, directeur des affaires comptables de l'Autorité des marchés financiers, a donné une conférence sur le thème « *Cas particuliers des activités financières* », animée par Gérard Valin, doyen honoraire du CERAM (Centre d'enseignement et de recherche appliqués au management) ;

– le 8 décembre 2005, Dominique Ledouble, expert-comptable, commissaire aux comptes, professeur associé au CNAM, et Didier Kling ont donné une conférence sur le thème « *Transitions, enjeux et évolutions* », animée par Jean Tourin, expert agréé par la Cour de cassation.

Cycle de conférences « droit et économie de la concurrence » :

Ce cycle de conférences, conçu autour d'un dialogue entre juristes et économistes organisé pour la deuxième fois par la Cour de cassation, a vocation à sensibiliser les praticiens du droit aux enjeux des décisions rendues dans une matière dont l'objet est économique. Après une première année consacrée à la modernisation du droit communautaire de la concurrence plaçant le juge national au cœur du dispositif d'application de ce droit, la deuxième année a été dédiée à l'étude de questions portant sur des notions fondamentales du droit de la concurrence et sur certains aspects procéduraux spécifiques.

Dans le cadre de la session 2005, les manifestations suivantes se sont tenues à la Cour de cassation :
– le 24 février 2005, Bo Vesterdorf, président du Tribunal de première instance des Communautés européennes, Barry Hawk, professeur de droit à l'université de Fordham (New-York), avocat et Patrick Rey, professeur d'économie à l'université de Toulouse I, ont donné une conférence sur le thème « *La concurrence par les mérites* » présentée par Frédéric Jenny, professeur d'économie, conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation ; une partie des interventions est disponible sur le site internet de la Cour de cassation ;
– le 14 avril 2005, Jérôme Philippe, avocat, Henry Lesguillons, professeur émérite à l'université Paris X, avocat et Christopher Bellamy, président du « Competition appeal tribunal » du Royaume-Uni, président de l'association des juges européens de la concurrence, ont donné une conférence sur le thème « *Les ententes internationales* » présentée par Frédéric Jenny, professeur d'économie, conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation ;
– le 17 octobre 2005, en présence de Neelie Kroes, Commissaire européen à la concurrence, s'est tenue une journée de réflexion consacrée à « *La réparation du préjudice causé par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspectives* » ; une partie des interventions est disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

Cycle de conférences « droit, économie et justice » :

Coorganisé depuis 2003 par la Cour de cassation et la *Chaire Régulation* de Sciences Po, ce cycle de conférences a pour ambition de mieux faire connaître et de discuter les théories économiques applicables au droit. Sans méconnaître les limites de l'analyse économique du droit, et la fondamentale autonomie des sources du droit, l'objet des conférences est de fournir aux juristes intéressés des observations et des raisonnements venus des théories économiques en confrontant le point de vue d'un juriste et celui d'un économiste.

Dans le cadre de la session 2005, consacrée au thème général « Droit et économie du secteur bancaire », qui fera l'objet d'une suite éditoriale, les manifestations suivantes se sont tenues à la Cour de cassation :

– le 14 février 2005, Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation et Marie-Anne Frison-Roche, professeur de droit à Sciences-Po, directeur de la Chaire Régulation, ont présenté le thème de l'année « Problématique générale : le droit et l'économie appliqués au secteur bancaire » ; Jean-Paul Pollin, professeur d'économie à l'Université d'Orléans et Bertrand Fages, professeur de droit à l'Université Paris XII, ont donné ensuite une conférence sur le thème « *Le contrat de dette : pourquoi le secteur bancaire a-t-il un régime spécifique ?* » ;
– le 7 mars 2005, Jean-Paul Betbèze, professeur d'économie à l'Université Paris II, et Didier R. Martin, professeur de droit à l'Université Paris XI, ont donné une conférence sur le thème « *L'information de la monnaie : appréhension économique et répercussions juridiques* » ; le texte des interventions est disponible sur le site internet de la Cour de cassation ;
– le 21 mars 2005, Dominique Lacoue-Labarthe, professeur d'économie à l'Université de Bordeaux IV et Jean-Claude Thebault, Directeur pour les services financiers à la Commission Européenne, ont donné une conférence sur le thème « *Les nouvelles normes comptables, Bâle II et les directives communautaires* » ; le texte des interventions est disponible sur le site internet de la Cour de cassation ;
– le 4 avril 2005, Michel Dietsch, professeur d'économie à l'Université Robert Schumann, et Blanche Sousi, professeur de droit à l'Université de Lyon, ont donné une conférence sur le thème « *La place de la concurrence dans l'organisation et le fonctionnement du secteur bancaire* » ; une partie des interventions est disponible sur le site internet de la Cour de cassation ;
– le 16 mai 2005, Pierre Kopp, professeur d'économie à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), et François Mongin, directeur général des douanes et secrétaire général de Tracfin, ont donné une conférence sur le thème « *Banque et blanchiment* » ;
– le 30 mai 2005, Anne Lavigne, professeur d'économie à l'Université d'Orléans, et Marielle Cohen-Branche, conseiller en service extraordinaire à la Chambre commerciale de la Cour de cassation, ont donné une conférence sur le thème « *Tarification, relations de clientèle et opacité* » ; une partie des interventions est disponible sur le site internet de la Cour de cassation ;
– le 6 juin 2005, Christian Bordes, professeur d'économie à l'Université Paris I, et Jean-Pierre Jouyet, ambassadeur en mission, chargé de questions économiques internationales, ont donné une conférence sur le thème « *Banque et risque systémique* » ; une partie des interventions est disponible sur le site internet de la Cour de cassation ;
– le 20 juin 2005, Myriam Doriat-Duban, professeur d'économie à l'Université de Nancy 2, et André Potocki, président de chambre à la Cour d'appel de Paris, ont donné une conférence sur le thème « *Les stratégies économiques du contentieux dans le secteur bancaire* » ;
– le 26 septembre 2005, Bruno Deffains, professeur d'économie à l'Université de Nancy 2, et Philippe Neau-Leduc, professeur de droit à l'Université de Montpellier, ont donné une conférence sur le thème « *La responsabilité bancaire* » ;
– le 10 octobre 2005, Olivier Pastré, professeur d'économie à l'Université de Paris XII, et Christian Noyer, gouverneur de la Banque de France, ont donné une conférence sur le thème « *Corporate governance et banque : les banques se gouvernent-elles comme d'autres entreprises ?* ».

Cycle de conférences « histoire de la pensée juridique » :

Ce cycle annuel, organisé par la Cour de cassation, a pour objet de contribuer à promouvoir, notamment au travers de conférences en histoire du droit, la pensée juridique, au-delà de

l'œuvre du législateur, de la jurisprudence et de la doctrine, conçue comme instrument de connaissance des continuités de notre droit.

Dans le cadre de la session 2005, a été donnée le 11 octobre 2005 à la Cour de cassation, par Xavier Martin, professeur à la faculté de droit d'Angers, une conférence sur le thème : « *Le droit privé révolutionnaire : essai de synthèse* » ; le texte de l'intervention est disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

IV – AUDIENCE SOLENNELLE DE RENTRÉE

En 2006, l'audience solennelle de rentrée s'est tenue le vendredi 6 janvier à 16 heures, en présence de Monsieur Dominique de Villepin, Premier ministre, de Monsieur Jean-Louis Debré, Président de l'Assemblée nationale, de Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, de Madame Christine Lagarde, ministre déléguée au Commerce extérieur, et de nombreuses personnalités du monde politique et judiciaire.

À cette occasion, il a été communiqué la « Charte de la procédure pour les justiciables » consultable sur le site internet de la Cour de cassation.

Les discours de Monsieur Jean-Louis Nadal, Procureur Général près la Cour de cassation et de Monsieur Guy Canivet, Premier Président de la Cour de cassation, peuvent être consultés au début de la deuxième partie de ce rapport (études et documents).

V – AUTRES CONFÉRENCES

Le 17 janvier 2005, Jean-Denis Bredin, avocat, Membre de l'Académie Française, a donné une conférence sur le thème « *Les maladies du Droit* », coorganisée par la Cour de cassation et l'association Droit et commerce. Le texte de l'intervention est disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

Le 18 janvier 2005, la Cour de cassation et l'Association française d'étude de la concurrence (AFEC) ont organisé une demi-journée d'étude sur le thème « *Une année de jurisprudence en droit de la concurrence* ».

Le 21 avril 2005, Bruno Lasserre, Président du Conseil de la concurrence, a donné, sous la présidence de Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation, une conférence sur le thème « *Le Conseil de la concurrence dans le réseau communautaire* », coorganisée par la Cour de cassation et l'Association française d'étude de la concurrence (AFEC).

12
Attributions des chambres civiles*

* Article R. 121-5 du Code de l'organisation judiciaire. « Les attributions de chacune des chambres civiles sont déterminées par ordonnance du premier président et après avis du procureur général ».

PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE

Agents immobiliers

Arbitrage international et interne

Assistance éducative

Associations

Contrats commerciaux lorsqu'une partie non commerçante a choisi la voie civile

Contrats de mariage, régimes matrimoniaux, pactes civils de solidarité

Coopératives agricoles et contrats d'intégration en agriculture

Discipline des experts judiciaires (articles 35 et 36 du décret du 31 décembre 1974)

Discipline et responsabilité des avocats et officiers publics et ministériels et des conseils juridiques, sauf lorsque la responsabilité de ces derniers est mise en cause à l'occasion d'une activité de conseiller fiscal

Dommages de guerre

Droit des personnes et de la famille, à l'exception des pourvois portant sur les articles 9 et 9-1 du Code civil – divorce et séparation de corps – pensions alimentaires et garde des mineurs

Droit international privé

Législation en matière de protection des consommateurs, à l'exception du surendettement des particuliers

Maintien en rétention des étrangers (article 35 bis et 35 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945)

Nationalité,

Obligations et contrats civils, à l'exception des baux portant sur des immeubles et des ventes immobilières, ainsi que de la responsabilité des architectes, entrepreneurs et promoteurs

Ordres professionnels et professions organisées en ce qui concerne leur organisation, leur fonctionnement et leur gestion, à l'exception des honoraires d'avocats

Presse (diffamation, injure, respect de la vie privée et du droit à l'image, respect de la présomption d'innocence) (articles 9 et 9-1 du Code civil)

Prises à partie

Propriété et droits réels mobiliers

Propriété littéraire et artistique

Rentes viagères entre particuliers

Réquisitions

Responsabilité contractuelle et notamment responsabilité du transporteur terrestre et aérien de personnes et responsabilité médicale

Responsabilité des magistrats du corps judiciaire (article 11-1 modifié de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958)

Responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service de la justice (article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire)

Séparation des pouvoirs

Sociétés civiles professionnelles

Spoliations

Successions, donations, testaments, partages et liquidations

DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE

Assurances terrestres et de la navigation de plaisance (à l'exception de l'assurance construction)

Demandes de renvoi pour cause de suspicion légitime

Experts judiciaires (inscription sur les listes)

Honoraires d'avocats

Indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction (article 706-3 du Code de procédure pénale)

Indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le VIH

Législation concernant les rapatriés

Pourvois électoraux, sauf en ce qui concerne les élections professionnelles internes à l'entreprise

Pourvois formés contre les arrêts de cours d'appel dans lesquels le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante est partie

Procédure civile et voies d'exécution, tarifs

Pupilles de la Nation

Responsabilité délictuelle

Sécurité sociale (dont accidents du travail et prestations familiales)

Surendettement des particuliers

TROISIÈME CHAMBRE CIVILE

Assurance construction

Baux d'habitation

Baux commerciaux

Baux ruraux

Expropriations

Propriété immobilière (revendication, servitudes, bornage, mitoyenneté...)

Actions possessoires

Ventes d'immeubles

Lotissement et remembrement

Copropriété

Contrats d'entreprise et de travaux

Responsabilité des architectes, entrepreneurs et promoteurs

Hypothèques et privilèges immobiliers

Publicité foncière

Construction

Société civile immobilière

Promotion immobilière

CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE

Assurance crédit

Banques et effets de commerce

Bourse

Cautionnement dans la vie des affaires

Concurrence : concurrence déloyale et pourvois formés contre les arrêts de la cour d'appel de Paris en application de l'article L. 464-8 du Code de commerce

Droit fiscal : enregistrement, impôt de solidarité sur la fortune, douane

Droit maritime et assurance maritime

Entreprises de presse

Entreprises en difficulté : prévention et règlement amiable, redressement et liquidation judiciaires et autres procédures collectives

Fonds de commerce

Obligations et contrats commerciaux

Professions commerciales

Propriété industrielle (brevets d'invention, marques, dessins et modèles, contrefaçons)

Sociétés civiles à l'exclusion des sociétés civiles immobilières, des sociétés civiles professionnelles et des coopératives agricoles

Sociétés commerciales et autres personnes morales de droit commercial
Transport de marchandises par voies routière, ferroviaire, fluviale ou aérienne

CHAMBRE SOCIALE

Droit communautaire du travail
Droit de l'emploi et de la formation
Droits et obligations des parties au contrat de travail
Elections en matière sociale et professionnelle, internes à l'entreprise
Entreprises à statut
Interférence du droit commercial et du droit du travail
Licenciement disciplinaire
Relations collectives du travail
Représentation du personnel ; protection des représentants du personnel
Situation économique et droit de l'emploi (notamment licenciement économique)

TABLE DES MATIÈRES

Composition de la commission du rapport et des études de la Cour de cassation . . . 3

Sommaire 5

PREMIÈRE PARTIE
SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES 7

I – SUIVI DES SUGGESTIONS DE REFORME 9
Bilan sur les propositions de réforme en matière pénale 9
Bilan sur les propositions de réforme relevant du domaine civil 9

II – SUGGESTIONS NOUVELLES 12
Textes dont la modification est suggérée 12
Exposé des motifs 12

DEUXIÈME PARTIE
LES DISCOURS 23

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le vendredi 6 janvier 2006 par :
Monsieur Jean-Louis Nadal, Procureur général près la Cour de cassation 25

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le vendredi 6 janvier 2006 par :
Monsieur Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation 33

TROISIÈME PARTIE
L'ÉTUDE 43

L'INNOVATION TECHNOLOGIQUE 44

INTRODUCTION
Par Pierre Sirinelli 45

L'INNOVATION TECHNOLOGIQUE APPRÉHENDÉE PAR LE JUGE 57

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE 59

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET DROIT DES MARQUES 63

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET CONCURRENCE 67

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET DROIT BANCAIRE. 87

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET DROIT PÉNAL 93

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET DROIT DU TRAVAIL 97

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET ACTIVITÉ MÉDICALE 115

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET RISQUES PROFESSIONNELS 129

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET ENVIRONNEMENT : LES POLLUTIONS 147

L'INNOVATION TECHNOLOGIQUE AU SERVICE DU JUGE. 165

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET MÉTHODOLOGIE JURISPRUDENTIELLE. 167

INNOVATION TECHNOLOGIQUE ET EXPERTISE. 197

QUATRIÈME PARTIE
LA JURISPRUDENCE DE LA COUR. 201

ARRÊTS RENDUS EN ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET EN CHAMBRE MIXTE-PRÉSENTATION D'ENSEMBLE . . . 203
A. Assemblée plénière 203
B. Chambre mixte 206

I – DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE 211
A. Divorce 211
B. Régimes matrimoniaux 213
C. Succession et libéralités 217
D. Incapacités 218
E. Nom 220

II – DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE 221
Droit du travail 221
A. Contrat de travail, organisation et exécution du travail 224
B. Durée du travail et rémunérations 241
C. Santé et Sécurité au travail. 246
D. Accords collectifs et conflits de travail 251

E. Représentation du personnel et élections professionnelles . . . 258
F. Rupture du contrat de travail . . . 263
G. Actions en justice . . . 274
Sécurité sociale . . . 280

III – LE DROIT IMMOBILIER ET L'URBANISME . . . 289
A. Construction . . . 289
B. Copropriété . . . 291
C. Société civile immobilière . . . 292
D. Servitudes . . . 293
E. Vente . . . 294
F. Baux . . . 295
G. Protection de la nature et de l'environnement . . . 298
H. Publicité foncière . . . 299

IV – LES ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES COMMERCIALES ET FINANCIÈRES . . . 301
A. Entreprises en difficulté . . . 301
B. Droit des sociétés . . . 311
C. Droit bancaire . . . 316
D. Propriété industrielle . . . 337
E. Transports . . . 339
F. Impôts et taxes . . . 341
G. Douanes . . . 347
H. Protection des consommateurs . . . 350
I. Cautionnement . . . 355
J. Professions . . . 360
K. Divers . . . 361

V. LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET LES ASSURANCES . . . 363
La responsabilité civile . . . 363

VI – LA PROCÉDURE CIVILE ET L'ORGANISATION DES PROFESSIONS . . . 371
A. Procédure civile . . . 371
B. Procédures civiles d'exécution . . . 383
C. Organisation des professions . . . 386
D. Responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice – Séparation des pouvoirs . . . 387

VII – LE DROIT PÉNAL ET LA PROCÉDURE PÉNALE . . . 389
A. Droit pénal spécial . . . 389
B. Droit pénal économique et financier . . . 392
C. Procédure pénale . . . 400

VIII – L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE ET DU DROIT INTERNATIONAL . . . 405
A. Droit communautaire . . . 405
B. Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales . . . 405
C. Conflit de lois . . . 406
D. Conflit de juridictions . . . 412
E. Conventions internationales . . . 413

CINQUIÈME PARTIE
L'ACTIVITÉ DE LA COUR 417

1. Statistiques année 2005 419
2. Évolution du stock et de la durée des affaires civiles et pénales 425
3. Appréciation par Chambre de l'activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle 435
4. Les avis de la Cour 453
5. Le service de documentation et d'études de la Cour de cassation 463
6. Activité de la Commission nationale de réparation des détentions 473
7. Activité de la Commission de révision des condamnations pénales . . . 485
8. Commission de réexamen d'une décision consécutif à un arrêt CEDH . 491
9. Activité du bureau d'aide juridictionnelle 497
10. Relations internationales 501
11. Manifestations organisées à la Cour de cassation 519
12. Attributions des chambres civiles 529

5, Quai de l'Horloge TSA 79201 - 75055 Paris cedex 01