

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

Présidence :

- M. Christian Charruault, conseiller

Secrétariat général :

- M. Hugues Adida-Canac, conseiller référendaire
- M^{me} Élodie Dubarry, adjoint administratif

Première chambre civile :

- M. Christian Mellottée, premier avocat général
- M. Pascal Chauvin, conseiller référendaire

Deuxième chambre civile :

- M. Patrice Maynial, premier avocat général
- M^{me} Claire Coutou, conseiller référendaire
- M. Savinien Grignon-Dumoulin, conseiller référendaire

Troisième chambre civile :

- M. Olivier Guérin, avocat général
- M. Laurent Jacques, conseiller référendaire

Chambre commerciale, financière et économique :

- M. Christian Raysséguier, premier avocat général
- M. Ghislain de Monteynard, conseiller référendaire

Chambre sociale :

- M. Jacques Duplat, premier avocat général
- M^{me} Laurence Pécaut-Rivolier, conseiller référendaire

Chambre criminelle :

- M. Louis Di Guardia, premier avocat général
- M. Fabrice Delbano, conseiller référendaire
- M^{me} Pascale Labrousse, conseiller référendaire
- M^{me} Laurence Lazerges, conseiller référendaire
- M. Paul Chaumont, conseiller référendaire

Service de documentation et d'études :

- M. Alain Lacabarats, conseiller, directeur du service de documentation et d'études

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES	7
DEUXIÈME PARTIE DISCOURS	25
TROISIÈME PARTIE ÉTUDE	47
AVANT-PROPOS, par M. Édouard Verny.....	49
LES DISCRIMINATIONS DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION	61
QUATRIÈME PARTIE JURISPRUDENCE DE LA COUR	197
CINQUIÈME PARTIE ACTIVITÉ DE LA COUR	367



PREMIÈRE PARTIE

**SUGGESTIONS
DE MODIFICATIONS
LÉGISLATIVES OU
RÉGLEMENTAIRES**

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

I – PROPOSITIONS DE RÉFORME EN MATIÈRE CIVILE

Le comité de suivi, composé des membres du bureau de la Cour de cassation ainsi que de la directrice des affaires civiles et du sceau, s'est réuni le 26 janvier 2009 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 précédents de la Cour de cassation et d'évoquer les propositions nouvelles que la Cour envisage de faire publier dans son rapport 2008.

A – Suivi des suggestions de réforme dans le domaine civil

La modification des règles de prescription en matière d'assurances¹

Les rapports 1990, 1996, 1997, 2001, 2002 et 2007 soulevaient la question de la suspension du délai de prescription pendant la durée des pourparlers avec l'assureur.

La difficulté tient au fait que, dès lors que des pourparlers s'engagent avec l'assureur, où que se met en œuvre une procédure de médiation dans des conditions prévues au contrat, l'assuré ne peut concevoir que la prescription puisse courir pendant qu'ils se déroulent ; aussi, les assurés n'utilisent pas la procédure d'interruption de la prescription par lettre recommandée avec accusé de réception. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a suggéré, dès 1997, qu'il soit précisé par la loi que l'existence de pourparlers entre l'assureur et l'assuré ou l'ouverture d'une proposition de médiation suspend la prescription aussi longtemps qu'ils durent.

Il convient d'ajouter qu'une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 004/251 du 22 octobre 2004 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale prévoit pour sa part en son article 7 la suspension du délai de prescription en cas de recours à la médiation ; Cette proposition a fait l'objet d'un avis du Conseil économique et social européen le 9 juin 2005 et d'une première lecture par le Parlement européen qui l'a amendée le 29 mars 2007.

La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 a certes modifié l'article 2238 du Code civil afin de prévoir que le délai de prescription est suspendu à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation, ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion ou de médiation ou de conciliation. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle la médiation ou la conciliation est terminée.

Ce texte n'a cependant pas envisagé l'hypothèse où les parties, sans recourir formellement à une procédure de médiation ou de conciliation, entament des pourparlers. Aussi est-il toujours proposé de modifier ainsi qu'il suit la rédaction de l'article L. 114-2 du Code

1. Rapports 1990, 1996, 1997, 2001, 2002, 2007.

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

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

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

La directrice des affaires civiles et du sceau a fait savoir que cette proposition, dont la teneur avait été évoquée lors des travaux parlementaires préalables à la loi du 17 juin 2008, soulevait la question de l'identification du point de départ de la suspension de la prescription. Elle pourrait être de nouveau étudiée dans le cadre du développement des modes alternatifs de règlement des litiges.

Résolution judiciaire du contrat de travail pour inaptitude

La Cour de cassation maintient sa proposition de modification de l'article L. 122-32-9 du Code du travail pour permettre l'extension de la résolution judiciaire du contrat de travail pour une inaptitude dont l'origine n'est pas professionnelle².

La directrice des affaires civiles et du sceau a indiqué que la question avait été évoquée à l'occasion de la dernière modification de l'article L. 122-39-9 du Code de travail par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, mais n'avait pu aboutir. Elle a fait savoir que des discussions étaient en cours avec les partenaires sociaux pour donner une suite à cette proposition. Elle propose de saisir une nouvelle fois la direction générale du travail de cette question.

Oralité des débats³

Un projet de décret réformant la procédure orale et la conciliation est actuellement en cours d'examen. Celui-ci vise à moderniser la procédure orale : il prévoit en particulier de renforcer les droits de la défense en aménageant le principe de l'oralité et en créant des règles communes en matière de procédure orale, et d'assouplir les exigences légales en matière de représentation et de comparution des parties. Ce projet répond donc aux suggestions de modifications de la procédure orale dont les limites avaient été soulignées dans le rapport annuel 2003 qui suggérait la modification des articles 727, 843, 871, 882 et 946 du Code de procédure civile et R. 516-7 du Code du travail⁴.

Il répond aussi aux suggestions de modification de la procédure devant les juridictions du contentieux technique de la sécurité sociale du rapport 2007 en autorisant la dispense

2. Rapports 2002, 2004, 2005.

3. Rapports 2003 et 2007.

4. Rapport 2003, p. 17.

de comparution d'une partie dans les conditions prévues par les nouveaux articles 446-2 et 446-3 du Code de procédure civile.

Modification de l'article 424 du Code de procédure civile⁵

La suggestion de créer un alinéa second à l'article 424 du Code de procédure civile, destiné à élargir en toute matière et pour tous les recours la solution posée par l'article L. 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.

La directrice des affaires civiles a rappelé la position déjà exprimée par la chancellerie sur cette question : la nature d'intérêt général de l'intervention du ministère public s'oppose à ce que l'irrégularité tenant au défaut de communication des procédures soit seulement soulevée par celui-ci. Elle a cependant reconnu l'utilité d'une réflexion sur la liste des procédures dans lesquelles il est prévu une intervention obligatoire du ministère public. Elle a proposé aussi d'engager une réflexion visant à développer les demandes d'avis de la Cour de cassation formulée par le parquet civil ou commercial.

Le représentant du procureur général près la Cour de cassation a indiqué que le parquet général se rapprocherait sur ce point prochainement de la Direction des affaires civiles et du sceau.

Abrogation du dernier alinéa de l'article L. 261-11 du Code de la construction et de l'habitation⁶

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

Cette suggestion n'a pas été suivie d'effet.

Après avoir indiqué que cette proposition, qui participe de la protection du consommateur, lui paraissait opportune, la directrice des affaires civiles a fait savoir qu'elle se rapprocherait des ministères de l'Économie et des Finances et du Logement pour tenter de la faire aboutir en 2009.

Modification de l'article L. 654-6 du Code de commerce⁷

Pour harmoniser le régime de l'interdiction de gérer que les juges pénaux et commerciaux peuvent prononcer respectivement en vertu des articles L. 654-6 et L. 653-11 du Code de commerce et mettre en cohérence ces deux textes, il a été suggéré d'ajouter à l'article L. 654-6 du Code de commerce, après l'expression « *qui reconnaît l'une des personnes mentionnées à l'article 654-1 coupable de banqueroute peut en outre* », les mots « *dans les conditions prévues à l'article 653-11, alinéa 1* ».

5. Rapport 2004, p. 14.

6. Rapport 2006 p. 13.

7. Rapport 2006 p. 14.

Cette suggestion a été intégrée à l'article 142 de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises.

Modification des dispositions régissant la procédure du pourvoi, en matière civile, avec représentation obligatoire

Le décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 relatif à la procédure devant la Cour de cassation a repris les suggestions de modifications des dispositions du Code de procédure civile relatives au pourvoi avec représentation obligatoire, qui étaient apparues nécessaires à la Cour de cassation, d'une part, pour accompagner le processus de dématérialisation des dossiers en œuvre devant la Cour de cassation, et, d'autre part, pour prendre en compte certaines modifications des pratiques suivies devant la Cour, résultant de la jurisprudence de la Cour mais aussi des dispositions relevant de la juridiction du premier président.

Modification de l'article 1009-2 du Code de procédure civile

La suggestion de conférer au premier président de la Cour de cassation la faculté de relever d'office la péremption du pourvoi radié en application des dispositions de l'article 1009-1 du Code de procédure civile a été suivie d'effet par le décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 qui a, notamment, modifié l'article 1009-2.

La protection des conseillers prud'hommes⁸

Il a été suggéré dans le rapport 2007 de modifier les dispositions de l'article L. 514-2 du Code du travail (désormais L. 1442-19) pour clarifier la durée de la protection du conseiller prud'homme salarié et préciser les conséquences d'un licenciement prononcé en méconnaissance de son statut.

Cette suggestion n'a pas été suivie d'effet.

La directrice des affaires civiles a proposé de revoir la question avec la direction générale du travail.

Abrogation de l'article 1792-4 du Code civil⁹

La suggestion d'abroger, en raison de son imprécision et de son faible intérêt, l'article 1792-1 du Code civil, qui définit les éléments d'équipement entraînant la responsabilité solidaire (habituellement appelés EPERS) n'a pas été suivie d'effet.

La directrice des affaires civiles a fait savoir qu'une concertation avec les ministères de l'Économie et du Logement, ainsi que les représentants des assureurs devrait être conduite dès cette année sur cette question.

8. Rapport 2007.

9. Rapport 2007.

B – Suggestions nouvelles

Proposition de la deuxième chambre civile

Abrogation de l'article 370 de la loi du 31 décembre 1992

L'article L. 5 du Code électoral, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, prévoyait qu'étaient privées de plein droit de leur capacité électorale les personnes faisant l'objet de certaines condamnations énumérées. L'article 159 de la loi du 16 décembre 1992, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994, a supprimé les incapacités électorales résultant de plein droit d'une condamnation pénale. Les incapacités électorales liées aux condamnations pénales ne peuvent maintenant résulter, en principe, sous réserve de l'application des dispositions de l'article L. 7 du Code électoral, que d'une décision expresse de la juridiction qui la prononce et qui en fixe la durée.

Néanmoins, l'article 370 de la loi du 16 décembre 1992 a maintenu l'interdiction des droits civiques résultant d'une condamnation pénale prononcée en dernier ressort avant le 1^{er} mars 1994. Il en résulte que ces incapacités de plein droit antérieures au 1^{er} mars 1994 subsistent jusqu'à ce que la personne frappée d'incapacité électorale obtienne soit sa réhabilitation judiciaire ou légale, soit une décision de relèvement ou de dispense d'inscription au bulletin n° 2 (deux. ch. civ., 18 avril 2007, pourvoi n° 07-60188; deux. ch. civ., 23 mai 2001, pourvoi n° 01-60547; deux. ch. civ., 20 novembre 1996, Bull. 1996, II, n° 256; deux. ch. civ., 29 mai 1995, Bull. 1995, II, n° 158; Crim., 8 novembre 2000, Bull. crim., n° 336).

Les effets de ces incapacités peuvent donc se poursuivre encore maintenant. Cette situation et l'inégalité de traitement qui en résulte vis-à-vis des personnes condamnées postérieurement au 1^{er} mars 1994, n'est plus comprise et ne trouve plus de réelle justification.

C'est pourquoi il apparaît souhaitable de suggérer de mettre fin pour l'avenir au maintien de l'interdiction des droits civiques résultant d'une condamnation pénale prononcée en dernier ressort avant le 1^{er} mars 1994, par une abrogation de l'article 370 de la loi du 31 décembre 1992.

Propositions de la chambre sociale

Procédure de contestation des élections professionnelles et de la désignation des représentants syndicaux devant le tribunal d'instance

Proposition de modification réglementaire des articles R. 2143-5, R. 2324-29 et R. 2324-25 relatifs à la procédure d'examen des contestations des désignations de délégués syndicaux et des élections professionnelles par le juge d'instance.

Ces trois textes, rédigés en des termes identiques, organisent les conditions dans lequel le juge d'instance examine ces contestations, dans un souci de rapidité afin d'éviter des remises en cause tardive des institutions représentatives du personnel. Ils précisent que le juge d'instance statue dans les dix jours de sa saisine, qui est faite par simple déclaration

au greffe, après avertissement donné trois jours à l'avance à toutes les parties intéressées. Le jugement rendu en dernier ressort est notifié dans les trois jours par lettre recommandée avec accusé de réception, il est susceptible de pourvoi en cassation.

L'application de ces textes a soulevé trois types de difficultés.

La première tient à la nécessité de convoquer toutes les parties intéressées qui peuvent être très nombreuses dans ce type de litige, afin de permettre de rendre une décision qui leur soit opposable à toutes. Selon la chambre sociale, il appartient le cas échéant au juge d'instance d'ordonner un renvoi pour permettre une régularisation de la procédure (Soc., 20 octobre 1993, Bull. 1993, V, n° 242; Soc., 3 mars 1999, Bull. 1999, V, n° 94). Cette solution jurisprudentielle qui fait peser une charge lourde sur le tribunal d'instance, mérite d'être maintenue.

La deuxième difficulté tient à la brièveté du délai d'avertissement des parties intéressées. La Cour de cassation, depuis longtemps, veille strictement au respect de ce délai de trois jours pour permettre aux parties de préparer leur défense (Soc., 25 février 1985, Bull. 1985, V, n° 112). Ce délai est extrêmement bref, compte tenu de la complexité de ces contentieux, ce qui justifie des renvois allongeant la procédure malgré la finalité de ces textes. Un délai plus long de huit à quinze jours serait donc opportun.

La troisième difficulté résulte des formes de l'avertissement par lettre simple. La brièveté du délai d'avertissement conduit fréquemment à une non-comparution du défendeur ou de certaines parties intéressées, sans qu'il soit possible de déterminer si elles ont reçu l'avertissement dans le délai prévu. Dans un arrêt récent du 13 novembre 2008 (pourvoi n° 08-60006), modifiant une jurisprudence ancienne, la Cour de cassation a jugé qu'en l'absence d'exclusion express de la voie de l'opposition, cette voie de recours était alors ouverte, en précisant que le délai d'opposition n'avait pas couru pas si l'acte de notification du jugement ne mentionnait pas cette possibilité de recours et le délai pour le former, ce qui est actuellement le cas des actes de notification des jugements rendus en cette matière. Pour éviter de telles difficultés il serait donc opportun non seulement d'allonger le délai d'avertissement mais également de prévoir qu'il doit être fait par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

La quatrième difficulté résulte de la disparité existant actuellement entre les voies de recours susceptibles d'être exercées contre les décisions des tribunaux d'instance; alors en effet que les textes relatifs aux élections politiques ou prud'homales (par exemple l'article R. 15 du Code électoral et R. 513-112 du Code du travail, devenu R. 1441-176) disposent que le juge d'instance statue dans les trois jours et que sa décision n'est pas susceptible d'opposition, ceux (cités en tête) qui concernent les élections des institutions représentatives des salariés, bien qu'étant, pour le reste exactement rédigé dans les mêmes termes que ceux relatifs aux élections politiques ou prud'homales, ne comportent pas mention de cette exclusion de sorte que la chambre sociale vient de juger que cette voie de recours était recevable dans le cas où le tribunal d'instance avait statué par défaut sur la régularité de l'élection d'un délégué syndical. Ces disparités ne se justifient guère et sont certainement source de complication.

Aussi est-il proposé de modifier ainsi qu'il suit le troisième alinéa des articles R. 2143-5, R. 2324-29 et R. 2324-25 du Code du travail : « *Il [le tribunal] statue dans les 20 jours sans frais ni forme de procédure et sur avertissement donné dans les 8 [15] jours à l'avance par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à toutes les parties intéressées* ».

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

En matière d'élections professionnelles, la presque totalité des décisions sont de la compétence du tribunal d'instance et sont rendues en dernier ressort (articles R. 2143-5, R. 2314-27 et R. 2324-23 du Code du travail). Le seul recours ouvert, dans une matière pourtant souvent complexe et mettant en jeu des intérêts importants, est le recours en cassation, possible sans représentation obligatoire par avocat. L'analyse des pourvois montre que cette situation est doublement insatisfaisante. D'une part, le pourvoi en cassation est utilisé par les parties comme une voie de recours ordinaire, ce qui aboutit à un taux de non admission anormalement élevé. D'autre part, le pourvoi est mis en œuvre par des parties peu au fait des subtilités procédurales, ce qui aboutit à un taux d'irrecevabilité de 12 points supérieur à la moyenne. C'est pourquoi il est proposé :

- l'ouverture de l'appel sur les décisions prises en matière de désignation des représentants syndicaux et d'élections professionnelles, selon une procédure spéciale et rapide ;
- l'extension de la représentation obligatoire pour les pourvois formés dans ces matières.

Les délégués syndicaux supplémentaires

En application de l'article L. 2143-4 du Code du travail, « *dans les entreprises de cinq cents salariés et plus, tout syndicat représentatif peut désigner un délégué syndical supplémentaire s'il a obtenu un ou plusieurs élus dans le collège des ouvriers et employés lors de l'élection du comité d'entreprise et s'il compte au moins un élu dans l'un des deux autres collèges* ». Cette disposition, qui a pour vocation de permettre une meilleure représentation des cadres par les syndicats généralistes, pose difficulté en cas de liste commune à plusieurs syndicats : peuvent-ils désigner chacun un délégué syndical supplémentaire, et à défaut, quel syndicat est recevable à le faire ?

Le recours aux listes communes étant susceptible de devenir très fréquent avec l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, il est proposé de modifier l'article L. 2143-4 du Code du travail en le complétant par l'alinéa suivant : « *Dans le cas où remplissent les conditions visées au 1^{er} alinéa des syndicats ayant constitué une liste commune, le délégué syndical supplémentaire est désigné par commun accord des syndicats ayant présenté des candidats sur la liste commune* ».

Par ailleurs, dans la mesure où la désignation du délégué syndical supplémentaire est directement liée aux résultats de chaque élection, il est proposé de consacrer une solution prétorienne affirmée récemment dans un arrêt rendu le 18 novembre 2008 (pourvoi n° 08-60397) en précisant dans la loi que le mandat du délégué supplémentaire est d'office caduc lors des élections suivantes. Il peut être proposé de modifier l'article L. 2143-4 du Code du travail en le complétant par l'alinéa suivant : « *Le mandat du délégué syndical*

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

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

L'augmentation actuelle et à venir du contentieux électoral conduit à s'interroger sur la validité des actes qui ont pu être conclus par un représentant dont la désignation ou l'élection est ultérieurement annulée. La loi ne prévoit en effet aucune disposition particulière sur ce point. L'annulation par voie de conséquence, rétroactivement, des actes qui ont pu être signés par un représentant avant que son mandat ne soit remis en cause est susceptible de créer une situation d'insécurité dangereuse pour les entreprises et les salariés.

Il est ainsi proposé de rajouter pour chacune des institutions représentatives du personnel un article ainsi rédigé : *« L'annulation de l'élection [ou de la désignation] du représentant du personnel n'a pas d'effet sur la validité des actes conclus par ce représentant avant la décision d'annulation ».*

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

L'article L. 212-15-3, III, devenu L. 3121-45, du Code du travail prévoit que l'accord collectif permettant le recours à une convention de forfaits en jours doit *« préciser les modalités de décompte des journées et demi-journées travaillées et de prise des journées ou demi-journées de repos ».* Mais, très logiquement, puisqu'il n'y a pas de décompte horaire du temps de travail dans le cadre des conventions de forfait en jours, la loi n'évoque pas le cas des absences non comptabilisables en journée ou demi-journée.

Or, en application de l'article L. 521-1, devenu L. 2511-1, du Code du travail, toutes les absences de cadres en forfait jours non comptabilisables en journée ou demi-journée doivent être traitées de façon identique.

Dans une affaire soumise récemment à la chambre sociale et opposant la société Giat-Industries au syndicat CFE-CGC qui contestait les modalités de décompte des absences, et donc des retenues pour fait de grève opérées par la direction, la chambre sociale, dans un arrêt du 13 novembre 2008 (pourvoi n° 06-44 608) a estimé nécessaire, en l'absence de disposition législative sur ce point, de rappeler les principes qui doivent guider les modalités de décompte des arrêts de travail et retenues pour fait de grève, et de fixer, à défaut d'accord collectif applicable, un mode de décompte de ces absences non comptabilisables en journée ou demi-journée :

« Attendu, d'abord, que l'exercice du droit de grève ne saurait donner lieu de la part de l'employeur à des mesures discriminatoires en matière de rémunération et d'avantages sociaux et qu'il ne peut donner lieu de la part de l'employeur qu'à un abattement de salaire proportionnel à la durée de l'arrêt de travail ;

« Attendu, ensuite, que lorsque l'absence pour fait de grève d'un salarié cadre soumis à une convention de forfait en jours sur l'année est d'une durée non comptabilisable en journée ou demi-journée, la retenue opérée doit être identique à celle pratiquée pour toute autre absence d'une même durée ;

« Attendu, enfin, qu'en l'absence de disposition, sur ce point, de l'accord collectif, la retenue opérée résulte de la durée de l'absence et de la détermination, à partir du salaire mensuel ou annuel, d'un salaire horaire tenant compte du nombre de jours travaillés prévus par la convention de forfait et prenant pour base, soit la durée légale du travail si la durée du travail applicable dans l'entreprise aux cadres soumis à l'horaire collectif lui est inférieure, soit la durée du travail applicable à ces cadres si elle est supérieure à la durée légale ».

– Le dernier attendu, qui détermine la méthode de décompte à retenir à défaut d'accord collectif, pourrait être utilement intégré dans le Code du travail.

Dans ces conditions, l'article L. 212-15-3, III, devenu L. 3121-45, pourrait être modifié afin de prévoir que l'accord collectif instituant les conventions de forfait en jours devrait comporter les modalités de décompte des absences non comptabilisables en journée ou demi-journée et qu'à défaut d'accord, l'employeur devrait utiliser un mode de décompte défini réglementairement.

II – 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 23 janvier 2009 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 précédents de la Cour de cassation et d'évoquer les propositions nouvelles que la Cour envisage de faire publier dans son rapport 2008.

A – Suivi des suggestions de réforme dans le domaine pénal

Extension de la représentation obligatoire devant la chambre criminelle

Cette proposition, régulièrement formulée depuis 2000¹⁰, n'a pas été suivie d'effet.

Modification de l'article 223-15-2 du Code pénal¹¹

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

10. Rapport 2000, p. 23, rapport 2001, p. 18, rapport 2002, p. 12, rapport 2003, p. 14, rapport 2004, p. 9, rapport 2005, p. 9.

11. Rapport 2005, p. 17.

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* ». Le bureau de la Cour de cassation a proposé au rapport annuel 2005 (page 17) de substituer aux mots « *dont la vulnérabilité est apparente et connue de son auteur* » les mots « *apparente ou connue de son auteur* ».

Cette suggestion n'a pas été suivie d'effet.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a indiqué qu'elle pourrait cependant être reprise à l'occasion de la discussion d'une proposition de loi déposée devant le bureau de l'Assemblée nationale par M. Warsmann.

Modification de l'article 551 du Code de procédure pénale¹²

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. 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. Le bureau de la Cour de cassation a donc suggéré que l'article 551 du Code de procédure pénale soit complété en reprenant la formulation retenue à l'article 648 du Code de procédure civile selon lequel 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.

La loi n° 2008-644 du 1^{er} juillet 2008 a ajouté à l'article 551 du code un quatrième alinéa reprenant la suggestion de la Cour de cassation d'étendre l'application de ce texte à l'hypothèse où un huissier de justice est requis, par une personne morale partie civile de délivrer sans délai une citation.

Modification de l'article 380-14 du Code de procédure pénale¹³

Cette proposition, consistant à étendre la dérogation actuellement prévue par l'article 698-7 du Code de procédure pénale et à 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* », a été reprise à l'article L. 221-2 du Code de justice militaire résultant de loi du 5 mars 2007 instituant un nouveau Code de justice militaire.

Modification de l'article 695-12-2° du Code de procédure pénale¹⁴

Cette proposition consiste à substituer à l'article 695-12-2° aux mots « *quatre mois d'emprisonnement* » les mots « *quatre mois de privation de liberté* ».

Cette suggestion n'a pas été suivie d'effet.

12. Rapport 2005, p. 17.

13. Rapport 2005, p. 19.

14. Rapport 2005 p. 21.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a indiqué qu'elle pourrait cependant être reprise à l'occasion de la discussion d'une proposition de loi déposée devant le bureau de l'Assemblée nationale par M. Warsmann.

Modification de l'article 623 du Code de procédure pénale¹⁵

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

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a fait savoir qu'il était favorable à cette proposition qui pourrait s'inscrire dans la réforme de la procédure pénale qui pourrait déboucher à la suite des travaux de la commission présidée par M. Léger.

Modification de l'article 308 du Code de procédure pénale¹⁶

Cette proposition, consistant à permettre l'utilisation ultérieure devant la commission de révision d'enregistrement de débats judiciaires, n'a pas été suivie d'effet.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a indiqué qu'elle pourrait cependant être reprise à l'occasion de la discussion d'une proposition de loi déposée devant le bureau de l'Assemblée nationale par M. Warsmann.

Modification de la législation sur la conservation des scellés¹⁷

Cette proposition, consistant à soumettre la destruction des scellés à un contrôle ou à une autorisation préalable du parquet, qui, à cette occasion, n'a pas été suivie d'effet.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a fait part de son accord sur cette suggestion qui pourrait cependant être limitée, pour limiter la charge de travail des parquets, aux seules affaires criminelles.

B – Suggestions nouvelles

Modification de l'article 222-13 du Code pénal

L'article 222-13, 4° bis du Code pénal pourrait, dans un souci de cohérence et d'efficacité de l'intervention judiciaire, être complété pour prévoir que la circonstance aggravante prévue à l'article 132-80, alinéa 2 du même code, introduit par la loi du 4 avril 2006, pour les seuls délits et crimes, s'applique aussi lorsque des violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant pas entraîné une

15. Rapport 2007 p 20.

16. Rapport 2007 p 21.

17. Rapport 2007 p 21.

incapacité de travail sont commises par un ancien conjoint, un ancien concubin ou un ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité. En effet, cette circonstance aggravante transformerait cette contravention en délit et harmoniserait, dans tous les cas de violences, les peines encourues par les anciens ou actuels conjoints, concubins et partenaires liés par un pacte civil de solidarité.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a indiqué qu'un avant-projet de loi sur les violences actuellement en préparation pourrait reprendre le principe de cette suggestion.

Modification de l'article 224-4 du Code pénal

L'ancien article 343 du Code pénal, applicable jusqu'au 1^{er} mars 1994, prévoyait que si une personne arrêtée, détenue ou séquestrée comme otage l'avait été, soit pour préparer ou faciliter la commission d'un crime ou d'un délit, soit pour favoriser la fuite ou assurer l'impunité des auteurs ou complices d'un crime ou d'un délit, soit, en un lieu tenu secret, pour répondre de l'exécution d'un ordre ou d'une condition, les coupables étaient punis de la réclusion criminelle à perpétuité. Cette peine était ramenée à la réclusion criminelle de dix à vingt ans dans le seul cas où la personne arrêtée ou détenue comme otage pour répondre de l'exécution d'un ordre ou d'une condition était libérée volontairement avant le cinquième jour.

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, ces prises d'otage sont punies de trente ans de réclusion criminelle. La chambre criminelle a, en application de l'article 224-4, alinéa 3 du nouveau Code pénal, jugé qu'un tel enlèvement ou une telle séquestration avec prise d'otage devenaient un délit puni de dix ans d'emprisonnement dès lors que la personne prise en otage pour l'une des raisons énumérées ci-dessus, avait été libérée volontairement avant le septième jour depuis celui de son appréhension (Crim., 8 juin 2006, Bull. crim., n° 171). Les personnes commettant des crimes ou des délits punis de dix ans d'emprisonnement n'encourent donc pas une peine supérieure lorsqu'elles prennent en même temps, pour l'un des motifs énumérés ci-dessus, un otage qu'elles libèrent avant le septième jour accompli. Tel serait, par exemple, le cas d'un voleur à main armée qui couvrirait sa fuite avec une prise d'otage, celui-ci étant libéré dans les sept jours.

Une modification de l'article 224-4 du Code pénal ne prévoyant la diminution de la peine encourue qu'en cas de prise d'otage avec ordre ou condition permettrait de retrouver une plus grande cohérence dans l'échelle des peines encourues.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a indiqué qu'un avant-projet de loi sur les violences actuellement en préparation pourrait reprendre cette suggestion.

Modification de l'article 227-3 du Code pénal

Les conséquences du divorce pour les enfants sont désormais réglées, depuis la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, par le titre IX du livre 1^{er} du Code civil, et non plus par les titres V, VI, VII et VIII du même livre. L'article 227-3 du Code pénal devrait être adapté en ce sens, même si la chambre criminelle a jugé qu'il se déduit de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 que le législateur a entendu remplacer dans cet article la référence aux anciennes dispositions abrogées par les nouvelles dispositions précitées (Crim., 10 décembre 2008, pourvoi n° 08-83 663).

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a fait connaître son accord sur cette proposition.

Modification de l'article L. 121-14 du Code de la consommation

L'article L. 121-14 du Code de la consommation prévoit que la publicité comparative illicite est punie des peines prévues, d'une part, aux articles L. 121-1 à L. 121-7 dudit code et, d'autre part, aux articles L. 716-9 et L. 716-12 du Code de la propriété intellectuelle. Or, l'article L. 121-6 du Code de la consommation prévoit, par référence à l'article L. 213-1, une amende de 37 500 euros, celle-ci pouvant être portée « à 50 % des dépenses de la publicité ou de la pratique constituant le délit », tandis que L. 716-9 du Code de la propriété intellectuelle prévoit une amende de 400 000 euros. Il conviendrait que le législateur fasse un choix unique pour le montant de l'amende encourue.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a fait connaître son accord sur cette proposition.

Modification de l'article L. 121-3 du Code la route

La combinaison des articles L. 121-2 et L. 121-3 du Code de la route a suscité une difficulté d'interprétation, que la chambre criminelle a tranchée récemment en jugeant que le représentant légal d'une personne morale est redevable pécuniairement de l'amende encourue pour les excès de vitesse, commis avec un véhicule immatriculé au nom de cette personne morale, à moins qu'il n'établisse l'existence d'un événement de force majeure ou qu'il ne fournisse des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction (Crim., 26 novembre 2008, pourvoi n° 08-83 003).

Il conviendrait de rendre plus claire la loi en modifiant le 3^e alinéa de l'article L. 121-3 du Code de la route dans le sens de cette jurisprudence, en écrivant que, lorsque le certificat d'immatriculation du véhicule est établi au nom d'une personne morale, la responsabilité pécuniaire prévue au premier alinéa incombe, sous les réserves prévues au premier alinéa de l'article L. 121-2, au représentant légal de cette personne morale.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a fait connaître son accord sur cette proposition.

Modification de l'article 2-1 du Code de procédure pénale

L'alinéa 2 de l'article 2-1 du Code de procédure pénale devrait être modifié pour que la disposition trouve une pleine portée dans les cas les plus graves : en effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation a, au regard de la rédaction actuelle du texte, jugé que le droit de consentir à la constitution de partie civile d'une association se proposant de lutter contre le racisme appartenait à la seule victime et s'éteignait par son décès (Crim., 25 septembre 2007, Bull. crim., 2007, n° 220). Il conviendrait, dans cette hypothèse, que la loi prévoit que l'accord des ayants droit de la victime peut être recueilli.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a fait savoir qu'il était favorable à cette proposition qui pourrait s'inscrire dans la réforme de la procédure pénale qui pourrait déboucher à la suite des travaux de la commission présidée par M. Léger.

Modification de l'article 181 du Code de procédure pénale

Il est proposé une modification de l'article 181, alinéa 6 du Code de procédure pénale afin que le juge d'instruction statue, par une ordonnance motivée, sur le maintien, ou non, en détention du mis en examen lorsqu'il le met en accusation. Le caractère automatique actuel du maintien en détention provisoire, alors que la procédure criminelle rentre dans une nouvelle phase, pose un problème de principe, notamment par rapport à l'esprit général de la loi dans ce domaine.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a fait connaître son accord de principe sur cette proposition.

Modification de l'article 367 du Code de procédure pénale

Il est proposé une modification de l'article 367, alinéa 2 du Code de procédure pénale afin qu'il soit précisé que, dans le cas où la cour d'assises prononce une peine d'emprisonnement supérieure à la durée de la détention provisoire subie, cette condamnation vaut, sauf décision contraire, titre de détention de l'accusé. Celui-ci sera ainsi détenu en application de la décision de la juridiction criminelle, qui, par la condamnation qu'elle vient de prononcer, même si elle n'est pas définitive, vient de transformer totalement sa situation juridique.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a fait connaître son accord sur cette proposition.

Modification de l'article 505-1 du Code de procédure pénale

La loi du 9 mars 2004 a introduit, dans le Code de procédure pénale, un article 505-1 pour éviter qu'un appel hors délai, un appel sans objet ou un appel dont l'appelant s'est désisté soient examinés à l'audience de la cour d'appel. Le président de la chambre des appels correctionnels peut, dans ces cas, rendre, sans que la question soit débattue contrairement, une ordonnance de non-admission d'appel non susceptible de recours. Cette disposition est proche de celle applicable aux appels des ordonnances des juges d'instruction (article 186, dernier alinéa) mais celles-ci ont par nature, un caractère provisoire alors que les condamnations prononcées par les tribunaux correctionnels, parfois de lourdes peines d'emprisonnement, deviennent alors définitives. Ainsi, un président de la cour d'appel a pu être conduit à déclarer non-admis, en raison de l'expiration des délais, un appel d'une condamnation à une peine d'emprisonnement ferme, alors qu'il est apparu ultérieurement que le caractère tardif du recours résultait d'un dysfonctionnement administratif (voir Crim., 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-84546).

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

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a indiqué qu'il étudierait cette proposition.

Modifications législatives et réglementaires destinées à accroître l'utilisation de la visioconférence

La Cour de cassation comporte en son sein diverses commissions dont la compétence nationale rend nécessaire l'audition de requérants ou de tiers situés sur l'ensemble du territoire. Jusqu'à présent, à défaut de disposition légale permettant l'utilisation de moyens de communication à distance, ces commissions se voient contraintes de devoir convoquer des parties ou des témoins domiciliés souvent en province ou outre-mer, ou de requérir des transfèrements de détenus.

Aussi, apparaîtrait-il opportun de conférer à la commission nationale de réparation des détentions ainsi qu'à la commission de révision des condamnations pénales et à la commission de réexamen, la faculté de recourir à la visioconférence.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a indiqué qu'un projet de décret est en cours de préparation pour permettre le recours à la visioconférence par l'ensemble des commissions établies auprès de la Cour de cassation, ainsi qu'aux premiers présidents des cours d'appel statuant en matière d'indemnisation de la détention provisoire.



DEUXIÈME PARTIE

DISCOURS

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle
de début d'année judiciaire, le mercredi 7 janvier 2009 par :

Monsieur Vincent Lamanda,
premier président de la Cour de cassation

Monsieur le président,

En dépit des lourdes contraintes de votre agenda, vous nous faites le très grand honneur d'assister, pour la seconde fois, à une de nos audiences solennelles.

Nous sommes particulièrement sensibles à l'hommage que vous rendez ainsi à notre cour et, au-delà, à la justice française toute entière.

Rien de ce qui la concerne ne vous est étranger. Issu du monde judiciaire, vous en connaissez, mieux que beaucoup, les grandeurs et les servitudes.

Votre venue aujourd'hui revêt une double signification. Elle marque la place essentielle de la justice au sein de l'État. Elle manifeste l'attention constante que vous portez à son bon fonctionnement.

Nous en tirons naturellement une stimulante fierté.

M^{me} le garde des Sceaux,

Votre fidélité à nos cérémonies nous touche.

Vous nous avez déjà donné des preuves de votre volonté de réforme, de votre dynamisme et de votre ténacité. Notre juridiction vous exprime sa gratitude pour la considération et le soutien que vous lui avez toujours témoigné.

M. le ministre de la Justice du royaume d'Espagne,

Votre présence symbolise, de la meilleure façon, la réalité de l'espace judiciaire européen. La coopération entre les justices espagnole et française est des plus fructueuses. Sachez notre reconnaissance pour votre implication personnelle, déterminante à cet égard.

M^{mes} et MM. les hautes personnalités, en vous rendant quai de l'horloge, vous nous avez montré, une nouvelle fois, votre attachement et votre estime. Nous vous en savons gré.

Mesdames, Messieurs, mes chers collègues,

Recevez nos meilleurs vœux pour 2009. Nos souhaits chaleureux s'adressent à vous-même, à vos proches ainsi qu'aux institutions, juridictions, organismes et services que vous représentez.

À chaque siècle la physionomie de l'humanité change.

Aussi, nos sociétés ont-elles pris l'habitude de se regarder dans le miroir du nouvel an pour mesurer l'évolution de leurs traits. Elles se remémorent les événements des mois écoulés et cherchent à deviner ce qui va survenir, parce qu'il est indispensable de relater hier et qu'il est impossible de raconter demain : on ne peut que le déduire et le préparer.

Mais nos sociétés s'affolent quand la transformation de leur aspect les surprend par son ampleur. Elles ne se sont pas apprêtées à une telle métamorphose.

Nous vivons sans doute une de ces périodes charnières où les mutations s'accélèrent brusquement.

Qu'observons-nous ?

Au dehors, l'amenuisement des ressources de la planète ; une crise financière et économique mondiale ; la révision des données géopolitiques ; d'importantes migrations ; plusieurs conflits préoccupants.

Au-dedans, les membrures des institutions qu'il faut détordre, restaurer, voire reforgier ; un besoin d'adaptation qui risque d'achopper sur une propension foncière à conserver les situations en l'état ; une conjoncture budgétaire fort difficile.

Au dehors comme au-dedans, les consciences au travail, les croyances en lutte, les idées en débat, les théories et les systèmes aux prises avec le réel.

En un pareil moment, on pourrait être tenté de s'arrêter et de se replier sur soi-même. Mais on n'immobilise pas l'avenir.

Ce n'est pas une raison parce que l'usure de certaines choses les fait crouler et que des nouveautés surgissent de ces décombres, pour cesser d'avancer.

Même si tout progrès a son revers et même si la route est malaisée, il faut poursuivre entre la structure d'une société qui n'est déjà plus, et l'ébauche d'une société qui n'est pas encore. L'homme grandit des pas qu'il fait. Un de nos auteurs a pu dire : « *Sa destination, c'est d'aller [...], ce n'est pas de toucher le but, c'est d'être en marche* ».

La justice, en équilibrant les passions, les intérêts, les pouvoirs, en réparant les torts, les dommages, les préjudices, en sanctionnant les manquements, les fautes, les infractions, contribue à apporter la tranquillité et la confiance sans quoi rien n'est possible.

Mais elle ne peut jouer pleinement son rôle si elle est déstabilisée ou si elle ne parvient plus à trouver elle-même son équilibre. S'évertuer à garder toujours le même, en une occurrence aussi mouvante, serait d'ailleurs une façon de s'exposer à le perdre. Pour le conserver, elle est tenue de se porter en avant. Elle se doit d'être un compromis dynamique entre des exigences contraires, le foyer mobile d'une société en quête perpétuelle de sa plus pleine liberté.

Certes, le juge est, en un sens, en décalage avec le rythme de son époque. Le temps de la justice n'est ni celui du législateur, ni celui de l'opinion. L'application du droit suppose une forme de retrait, de distance à l'égard de l'actualité. La pérennité de nos rites et de nos costumes en témoigne.

Mais, dans l'action de chaque jour, le juge est intimement lié à son époque. Par ses jugements, il en souligne les tensions, en trahit les carences, en reflète les perversions. Au quotidien, la justice est d'abord une relation directe avec les citoyens.

Elle n'est intemporelle que servie par des hommes de leur temps.

Cette temporalité propre à notre institution contribue sans doute à en défigurer le vrai visage.

On persiste à colporter qu'elle serait lente, archaïque, dépendante, alors qu'il n'en est plus rien.

Je voudrais aujourd'hui souligner son efficacité, sa modernité et son indépendance.

Si la procédure, le débat contradictoire, le délibéré ont leur nécessaire durée, cela ne signifie pas que le juge se prononce avec retard. Le bilan de nos juridictions atteste au contraire que la justice française est rendue à brève échéance.

Pour la Cour de cassation, vous observerez sur la plaquette que vous avez trouvée à votre place, les bons résultats de 2008.

En matière civile, le délai moyen de jugement des affaires est inférieur à quinze mois. Encore faut-il préciser qu'en principe, sur cette quinzaine de mois, huit ont dû être réservés aux avocats pour déposer leurs mémoires en demande et en défense. Le travail effectif de la Cour – étude du dossier et rapport du conseiller, conclusions de l'avocat général, conférence préparatoire avec le président et le doyen de la chambre, audience, mise en forme définitive de l'arrêt, délivrance de sa copie exécutoire – a donc été achevé en moins de sept mois.

L'entrée en vigueur du décret du 22 mai 2008, qui a réduit à six mois le délai global imparti aux avocats, et les dispositions qui seront prises, devraient permettre, en 2009, de tendre vers l'objectif symbolique de douze mois entre le pourvoi et l'arrêt.

En matière pénale, ici, l'an passé, les recours ont été jugés en quatre mois, moyenne la plus faible jamais enregistrée.

Les autres juridictions réalisent aussi d'excellentes performances. Les cours d'appel règlent les affaires civiles, entendues au sens large, en à peine plus d'un an, en ce compris la mise en état des causes. Les tribunaux de grande instance en moins de sept mois. Les tribunaux d'instance en moins de cinq mois.

Il s'agit, encore une fois, de moyennes, les modalités d'un traitement plus différencié des dossiers ayant été recherchées.

Longtemps submergée, la justice a réussi, en quelques années, à gagner le pari de la quantité.

Une justice rendue dans un délai raisonnable n'en est pas moins sereine et de qualité quand elle utilise au mieux le temps, en l'adaptant aux nécessités de chaque espèce.

Nous nous y employons tous, chacun avec les moyens dont il dispose.

À l'heure où les technologies de l'information, comme la recherche biologique, ouvrent de nouvelles perspectives et offrent tant aux juges qu'aux fonctionnaires qui les assistent, des procédés inédits, la Cour de cassation n'est pas restée à l'écart de cette évolution : conservatoire du droit, elle sait aussi être le laboratoire d'une justice efficiente, aux décisions reconnues.

En 2009, la dématérialisation totale de nos dossiers devient opérationnelle. Le Garde des sceaux que nous remercions, a bien voulu, en effet, satisfaire notre demande d'une application anticipée des dispositions du Code de procédure civile relatives à la notification par voie électronique des actes et pièces de procédure.

Désormais, les avocats aux conseils peuvent, à l'aide d'une signature électronique, former leur déclaration de pourvoi sans être tenus d'en faire parvenir un exemplaire sur papier. Les significations entre avocats ont lieu, de même, par acte d'huissier dématérialisé. La Cour dispose ainsi de documents entièrement numérisés.

Pour sa part, elle donne aux parties la faculté de consulter depuis leur ordinateur, en temps réel, l'état de la procédure et d'obtenir le rapport du conseiller ainsi que la copie de la décision rendue.

Les outils dont nous nous sommes dotés, en facilitant les recherches et les échanges, permettent à chacun de consacrer davantage d'énergie à l'amélioration de la qualité du travail, dans l'intérêt des justiciables.

Ce projet n'aurait pu aboutir sans l'engagement conjoint des magistrats, des fonctionnaires du greffe, des avocats aux conseils et des huissiers de justice. Qu'ils en soient remerciés.

M. le président de l'Ordre, nous vous félicitons pour votre élection. Je veux aussi rendre hommage à l'action de votre prédécesseur.

Par leurs savantes discussions, leur connaissance approfondie des spécificités de la Cour, les avocats aux conseils contribuent, de façon irremplaçable, à préparer nos arrêts, tout en assurant un égal accès au juge de cassation.

Les juridictions du fond s'attachent, pareillement, à innover pour mieux répondre aux attentes de nos concitoyens.

Mais il est évident, car il faut tout dire, que le fonctionnement de notre Justice demeure perfectible.

Comment celle-ci pourrait-elle prétendre exprimer la perfection, elle qui n'est qu'une approximation permanente ?

La justice est l'asymptote de la vérité. Approcher toujours et n'atteindre jamais tout à fait, tel est son devoir incessant. Elle le remplit, comme s'accomplissent les devoirs, sans bruit et sans passion.

C'est pourquoi certaines critiques ont pu être d'autant plus douloureusement ressenties qu'elles sont apparues excessives au regard des efforts consentis et des progrès réalisés.

La Justice est souvent à l'origine de ces adaptations utiles, mettant ainsi son indépendance au service de sa noble mission.

L'indépendance du juge est le principe qui donne aux jugements toute leur autorité.

Je tiens donc à saluer l'initiative que vous avez prise, M. le président, de réformer le Conseil supérieur de la magistrature. Vous avez souhaité que le président de la République et le garde des Sceaux s'effacent d'une instance dont ils donnaient – fût-ce sans motif – l'impression de limiter l'indépendance.

Le débat sur la nouvelle composition du Conseil, où les magistrats ont regretté d'être désormais minoritaires, n'a pas permis de prendre l'exacte mesure de cette émancipation.

Comme vous l'avez voulu, le premier président de la Cour de cassation présidera la formation compétente pour les nominations des magistrats du siège et le procureur général près cette Cour celle en charge des magistrats du parquet.

En leur confiant cette responsabilité supplémentaire et en élargissant la composition du Conseil à un plus grand nombre de personnalités de la société civile, la modification constitutionnelle du 23 juillet dernier a eu un triple effet : refonder l'indépendance de l'autorité judiciaire, ouvrir d'avantage l'institution sur l'extérieur, valoriser la place éminente de la Cour de cassation.

Sachez notre gratitude.

Cette indépendance réaffirmée ne peut que renforcer la confiance de la société en ses juges. Si, pour eux, l'indépendance constitue un droit, elle est plus encore un devoir envers eux-mêmes comme envers les autres.

Soucieuse d'être diligente, efficace et pertinente, libre et impartiale, notre justice se modernise sans trahir ses valeurs.

À l'écoute de l'âme humaine, protectrice des libertés, elle se meut au service de la loi. Soyez persuadé qu'elle ira de l'avant, d'un pas assuré, tâchant de maintenir toujours le plus juste équilibre.

M. le procureur général vous avez la parole.

L'audience est levée. Mais cette cérémonie n'est pas pour autant achevée.

M. le président,

Vous avez souhaité, comme l'ont fait vos prédécesseurs depuis les débuts de la V^e République, prendre la parole dans cette enceinte, en votre qualité de garant constitutionnel de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

Nous sommes sensibles au choix que vous avez fait de ce lieu et de cet instant symbolique, pour vous exprimer sur la place de la justice dans l'État.

Vous n'allez pas vous adresser seulement à notre Cour, mais aussi à l'ensemble de la France judiciaire. Dans cette salle, se trouvent notamment assemblés les premiers présidents

de nos cours d'appel et les procureurs généraux, les présidents des tribunaux de grande instance et les procureurs de la République ainsi que des représentants des organisations professionnelles de magistrats et de fonctionnaires de justice.

C'est pour tous une occasion privilégiée.

Vos propos sont attendus. J'aurai garde de ne pas retarder davantage le moment de les écouter.

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle
de début d'année judiciaire, le mercredi 7 janvier 2009 par :

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

Monsieur le président de la République,

Malgré un emploi du temps particulièrement chargé en raison d'une tragique actualité internationale, vous nous faites le grand honneur d'assister à cette audience solennelle de rentrée et nous vous en sommes très reconnaissants.

Votre présence a un sens tout particulier, car vous avez déjà marqué de votre empreinte le fonctionnement de notre institution. Je pense bien sûr, et en tout premier lieu, à la réforme en profondeur que vous avez initiée, concernant le Conseil supérieur de la magistrature, réforme guidée par une volonté de clarification au nom de laquelle l'exécutif ne participe plus aux délibérations de cet organe constitutionnel. On ne pouvait porter plus de considération, marquer plus de confiance, à la justice, à ceux qui la font vivre, considération que vous avez bien voulu renouveler aujourd'hui en répondant à notre invitation et en prenant la parole à l'issue de cette audience. Je suis donc heureux de vous souhaiter, avec Monsieur le Premier président, la bienvenue à la Cour de cassation.

Madame le garde des Sceaux, ministre de la Justice,

Monsieur le ministre de la Justice du royaume d'Espagne,

Mesdames et Messieurs les hautes personnalités, nationales, européennes et internationales,
nous sommes également honorés et heureux de vous accueillir dans cette maison,

* * *

Mesdames et Messieurs,

Je n'abuserai pas de votre patience en vous imposant le rapport détaillé des événements importants qui ont marqué la vie de notre Cour et de son parquet général.

Je souhaiterais seulement indiquer que l'année 2009 sera marquée, notamment, par l'aboutissement d'un projet, dont l'objet est de fédérer une réflexion commune au niveau des ministères publics des cours suprêmes de l'Union européenne.

Avec le soutien de la Commission européenne, de Jacques Barrot et de vous-même, Monsieur le premier président, sera signée le 6 février prochain, ici, dans cette grande

chambre, la convention fondatrice du Réseau des procureurs généraux des cours suprêmes de l'Union européenne.

Ainsi pourrons-nous, par une meilleure connaissance mutuelle, confronter les analyses, provoquer des rapprochements et partager nos réflexions dans les domaines professionnels, éthiques et déontologiques.

* * *

Au cours de l'année 2008, une réforme de très grande ampleur est venue profondément modifier l'architecture de notre organisation judiciaire et, par conséquent, la perception que les citoyens auront du fonctionnement de la justice. En son cinquantième anniversaire, notre Constitution a connu une véritable refonte, sur deux éléments concernant la Cour de cassation.

Le premier est la possibilité maintenant offerte aux parties de soulever devant le juge une exception d'inconstitutionnalité. Le second intéresse le Conseil supérieur de la magistrature. Mon propos portera sur ce dernier point.

En effet, la réforme du Conseil supérieur de la magistrature comprend une série de modifications majeures, à même de réduire les reproches trop souvent adressés aux magistrats non seulement de corporatisme mais aussi de politisation. C'est ainsi que la majorité, au sein du Conseil, reviendra aux représentants de la société civile, parmi lesquels il faut saluer l'arrivée d'un membre du barreau, dont la vision de la justice à partir de l'exercice de sa propre profession sera à l'évidence une source d'enrichissement.

Ce nouveau dispositif ne pouvait arriver à un meilleur moment, tandis que le statut du ministère public semble remis en cause par une décision de la Cour européenne des droits de l'homme qui, contre toute la jurisprudence du Conseil constitutionnel, veut dénier au procureur de la République la qualité d'autorité judiciaire au sens de l'article 5 de la Convention. La réforme du Conseil supérieur de la magistrature, non seulement répond aux critiques que j'évoquais à l'instant de corporatisme et de politisation, mais encore constitue un atout majeur pour faire face au regard que la Cour européenne des droits de l'homme porte sur notre ministère public.

Oui, cette réforme renforce la figure d'un ministère public impartial en l'inscrivant dans le professionnalisme, puisque par exemple les nominations des procureurs généraux devront intervenir, après avis, même s'il est simple, du Conseil supérieur de la magistrature.

Par ailleurs, le principe de l'unité du corps, proclamé par la réforme qui vous place à la tête, Monsieur le premier président, du Conseil supérieur de la magistrature dans sa formation plénière, forge les principes d'une éthique et d'une déontologie partagées entre le juge et le procureur.

C'est en effet l'honneur du ministère public en France que d'être composé de magistrats et d'assurer sa mission de poursuivant tout en ayant comme exigence première la garantie

des droits fondamentaux. C'est au demeurant au vu de cette spécificité que le législateur lui a confié ces dernières années des missions nouvelles, parfois quasi juridictionnelles.

Sans doute, d'autres aménagements seront-ils encore nécessaires, mais il est rassurant de constater que la réforme du Conseil supérieur de la magistrature met en mesure le ministère public de mieux jouer son rôle dans le fonctionnement de notre justice pénale, tel qu'assigné par la Constitution, dans une architecture générale qui pourrait demain permettre aux droits de la défense de trouver une plus grande expression, si une nouvelle répartition des compétences entre les différents acteurs de la procédure pénale était mise en œuvre.

Ce sera, Monsieur le premier président, à l'organe placé sous notre autorité qu'il appartiendra de s'assurer que les nominations à intervenir dans les différentes fonctions de notre corps prennent en compte les aptitudes, reconnaissent les mérites, répondent aux besoins des juridictions, et par-delà les cours et tribunaux, à l'intérêt du service de la justice.

* * *

Mesdames et Messieurs,

« [...] *Dans une démocratie l'autorité, le prestige de l'institution judiciaire sont une nécessité sociale, étant entendu que les animateurs de cette institution judiciaire, bien formés et compétents, sont conscients de leur responsabilité à l'égard de la société et de la Nation* ». Ainsi s'exprimait Michel Debré, évoquant la responsabilité des magistrats.

À compter de l'entrée en vigueur de la loi organique qui doit intervenir pour l'application du nouvel article 65 de la Constitution, le Conseil supérieur de la magistrature pourra être directement saisi, en matière disciplinaire, par les justiciables.

Je sais les inquiétudes que peut susciter une telle mesure que, pourtant, le Comité présidé par le doyen Georges Vedel proposait déjà en 1993. Elle ne doit évidemment pas conduire à une déstabilisation du cours de la justice par le biais de la mise en cause systématique des magistrats et ne pourra en aucun cas se substituer de manière détournée aux voies de recours prévues par la loi.

Mais une fois écarté ce qui relève de polémiques finalement stériles, il serait vain de nier que peut aussi survenir de la part d'un magistrat, un comportement suscitant des interrogations légitimes. Ce n'est pas le fond de la décision qui est ici en cause, mais le comportement.

D'Aguesseau ne professait pas autre chose lorsqu'il proclamait que la justice, « *humaine parmi les hommes, porte malgré elle l'impression de leur inconstance et la marque de leur instabilité* ».

Il arrive malheureusement que, pour des raisons diverses, un comportement choquant ne provoque aucune réaction de la hiérarchie, soit qu'elle reste dans l'ignorance de difficultés naissantes, soit qu'elle ne prenne pas la mesure de situations dégradées. La possibilité ouverte aux justiciables de saisir, avec les filtres qui s'imposent, le Conseil supérieur

de la magistrature constitue donc à mes yeux, un progrès, un moyen de rapprocher la justice des citoyens.

* * *

J'aurai en conséquence à cœur, tout comme vous, Monsieur le premier président, que le Conseil supérieur de la magistrature rénové, élargi, enrichi, soit de manière égale attentif à l'intérêt des magistrats, des juridictions et des justiciables sans qui nos actions n'auraient pas de signification. C'est que la déontologie est aussi un rempart de l'indépendance. Une indépendance certes d'une nature particulière pour les magistrats du ministère public, mais bien réelle quand, selon l'expression de Treilhard, le procureur devient, pendant le procès, « *l'homme de la justice* ».

L'un des aspects les plus emblématiques de cette indépendance est la liberté de parole à l'audience : « *La plume est servie mais la parole est libre* ». Si cet adage tire ses lettres de noblesse de l'ancien droit, il n'en est pas moins une prescription légale actuelle, inscrite tant dans l'ordonnance statutaire que dans le Code de procédure pénale et qui s'impose non seulement au représentant du ministère public mais aussi à sa hiérarchie qui doit savoir où s'arrête son droit de demander des comptes.

Pour autant, cette liberté n'autorise pas à toutes les licences. Beaucoup de magistrats, je pense, sont mal à l'aise quand ils entendent que tel ou tel de leur collègue, prenant des réquisitions contre l'auteur de faits d'une extrême gravité, ayant causé un scandale immense, un malheur indescriptible, ont cru rendre des devoirs à l'opinion publique et faire honneur aux victimes, en se livrant à l'invective, voire à la vulgarité contre l'accusé.

De ces magistrats qui confondent rigueur et emportement, je dis simplement qu'ils font fausse route. Le droit de tout dire, le respect dû aux victimes, la nécessaire sévérité à laquelle nous appelons certains faits ne doit pas nous faire oublier notre devoir de se conduire en dignes magistrats.

Cette dignité, Sénèque la revendiquait déjà, qui écrivait : « *Pour réprimer les erreurs et les crimes, point n'est besoin d'un juge irrité, puisque la colère est un délit moral, il ne faut pas que celui qui redresse les fautes soit lui-même fautif* ».

Et ce qui est vrai pour les paroles l'est plus encore pour les actes. La loi confie au juge des pouvoirs exorbitants, portant atteinte à la liberté individuelle, susceptible de frapper les personnes dans leur honneur ou dans leurs biens. Encore le juge doit-il exercer ces pouvoirs avec discernement, avec le souci de respecter le principe de proportionnalité auquel nous invitent tant la Convention européenne des droits de l'homme que l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Ainsi, la déontologie est-elle ce cadre dont il nous appartient, comme à d'autres, de fixer les contours en fonction de nos devoirs.

Nous savons que pour André Malraux « *juger c'est ne pas comprendre* » : et bien audacieux celui qui ne trouverait pas une part de vérité dans cet aphorisme provocateur. Mais ne faut-il pas d'abord proclamer que juger c'est respecter ?

* * *

Me voici, Mesdames et Messieurs, au terme de mon propos.

Je ne voudrais pas le terminer sans vous renouveler mes remerciements pour votre présence et votre attention et, puisque la période y invite, sans vous souhaiter, à vous-mêmes et ceux qui vous sont chers, une très heureuse année.

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle
de début d'année judiciaire, le mercredi 7 janvier 2009 par :

Monsieur Nicolas Sarkozy, président de la République

Monsieur le premier président,
Monsieur le procureur général,
Monsieur le président du Conseil constitutionnel,
Madame le garde des Sceaux,
Mesdames, Messieurs,

C'est la première fois que je prends la parole dans cette salle de la première chambre de la Cour de cassation, toute chargée d'histoire et de symboles.

Au moment de m'exprimer, j'en mesure, à l'aune de ce cadre prestigieux, toute la solennité.

Pour autant, parce que je suis par mon propre parcours, un membre à part entière de la famille judiciaire, j'entends que mon propos soit, au-delà des termes convenus, un moment de vrai dialogue entre deux des trois pouvoirs nécessaires à l'équilibre de notre démocratie : le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire.

Oui, le mot est lâché. J'ai dit pouvoir judiciaire. Je n'ignore pas bien sûr que les pères fondateurs de notre V^e République ont veillé à retenir dans notre Constitution que le vocable « autorité judiciaire ».

Je sais aussi notre goût pour les guerres civiles sémantiques dans un pays où le pouvoir du verbe reste puissant dans les esprits. C'est pourquoi je n'ai pas souhaité en déclencher une en réformant la Constitution sur ce point. Vous conviendrez qu'il y avait d'autres sujets plus nécessaires à la respiration de notre démocratie. Mais c'eût été, en outre, un débat vain. Qui aujourd'hui peut nier qu'il existe dans notre pays un réel pouvoir judiciaire ? Ou plus exactement, qui pourrait affirmer sans ridicule que notre pays n'est pas un état de droit ? Or, sans justice indépendante et forte, pas d'état de droit. Sans pouvoir de régulation distinct des pouvoirs prescripteurs de droit et administrateurs, pourrait-on tenter de traduire dans une vision contemporaine, pas d'état de droit.

Évidemment, ce pouvoir régulateur est bien plus large que la seule justice judiciaire et Montesquieu en conviendrait s'il vivait aujourd'hui. Mais le pilier en reste judiciaire parce que les responsabilités les plus grandes, celles qui visent à la liberté et à la dignité des personnes lui sont confiées.

Pour autant, s'il faut écartier cette querelle de mots, il ne faut pas fuir les réalités.

Oui les relations entre le politique et le judiciaire sont dans notre pays marquées d'une tradition au pire de rivalité, au mieux de méfiance mutuelle.

Il faut y voir la trace de cette querelle séculaire entre le pouvoir monarchique et les Parlements que, curieusement, la République a reprise à son compte.

Il est vrai que les libertés dont se réclamaient les magistrats d'alors relevaient en réalité d'une défense de caste à laquelle les révolutionnaires, souvent eux-mêmes avocats restés à la porte des cours souveraines, ne pouvaient et ne devaient s'identifier.

Mais il n'est pas plus question aujourd'hui d'arrêt de règlement que de lit de justice. Et si l'un ou l'autre s'indigne de quelques déclarations générales, force est de constater qu'elles trouvent leur origine dans un syndrome syndical né de l'après 68 ou dans un phénomène de glorification, bien temporaire, de telle ou telle figure élevée au rang de chevalier blanc. Mais de revendication globale d'un pouvoir autre que celui reconnu par la loi, je n'en vois pas trace dans la magistrature française.

Et c'est heureux ! Car le corps judiciaire ne pourrait contester l'architecture de l'État dont il est l'un des murs porteurs sans ruiner l'édifice tout entier.

L'indépendance nécessaire des magistrats du siècle qui s'exerce dans leurs pouvoirs juridictionnels, l'autonomie tempérée par la règle hiérarchique qui est l'honneur des magistrats du parquet sont autant de garanties d'égalité et d'impartialité dans l'exercice de la justice de notre pays. Ils ne les placent pas pour autant hors de l'État. La justice n'est pas une planète en orbite indéfinie autour d'un monde qui lui serait étranger.

C'est bien ce qu'a voulu signifier notre Constitution en confiant au chef de l'État la garantie de l'indépendance de la magistrature comme c'est à lui qu'il appartient de nommer les magistrats.

C'est pourquoi j'ai tenu à m'exprimer aujourd'hui pour vous dire comment je conçois ce rôle éminent et pour tracer devant vous le chemin de la justice rénovée que je veux pour notre pays.

* * *

D'abord, je veux dire ma confiance dans la justice de notre pays. Qu'on m'entende bien. Il ne s'agit pas là de la figure de style obligée de celui qui, ayant affaire à elle, adopte cette posture prudente et vaguement hypocrite. J'ai réellement confiance dans la justice. Au risque d'être mal compris, je dirai que j'ai confiance en elle car je n'en ai pas peur. À chaque fois que j'ai eu à constater un dysfonctionnement, je l'ai dénoncé non pas pour stigmatiser l'institution judiciaire mais pour qu'elle trouve en elle-même les moyens de le résoudre. Qui niera que j'ai été le plus souvent entendu ?

Nul ne pourra contester non plus que lorsque dans ma vie privée ou publique j'ai été l'objet d'accusations fallacieuses ou d'instrumentalisations intéressées, c'est à la justice que j'ai demandé protection et réparation. Comme tous les Français, je veux quand il est mis en cause, que mon bon droit soit reconnu. Et je comprends les Français qui souhaitent,

quand cela leur arrive, que cela soit fait dans des conditions de délai et de sécurité juridiques les meilleures.

Pour y aboutir, j'ai voulu que les conditions de travail offertes aux magistrats et aux fonctionnaires de justice soient améliorées.

En 2009, le budget de la justice progresse de 2,6 % pour atteindre un montant de près de 7 milliards d'Euros. Cette augmentation, particulièrement significative dans un contexte budgétaire très difficile, permet de poursuivre et d'intensifier l'effort de modernisation du patrimoine immobilier de la justice.

La réforme de la carte judiciaire que Madame le garde des Sceaux a menée avec détermination permettra de dégager de nouveaux moyens comme de construire une organisation judiciaire adaptée aux exigences du XXI^e siècle.

J'ai souhaité enfin que le ministère de la Justice bénéficie du plan de relance. Ce sont plus de 80 millions d'Euros qui vont permettre de mettre en œuvre, dès 2009, des opérations de rénovation de locaux pénitentiaires et judiciaires.

Je suis conscient des efforts qui restent à accomplir. Mais quelles que soient les critiques, souvent légitimes, sur l'état de nos prisons ou de certaines juridictions, toute personne de bonne foi mesurera le chemin parcouru ces dernières années.

Est-ce à dire que tout va pour le mieux dans le meilleur des mondes ?

Je me garderai bien d'une telle affirmation. D'abord parce que je mesure la crise morale qui traverse l'institution. Le traumatisme qui a parcouru la Nation toute entière lors de l'affaire d'Outreau a atteint au premier chef le corps judiciaire.

Nul n'a été besoin de mise en cause individuelle ou collective, par ailleurs inévitable dans un contexte social de recherches exacerbées de responsabilités, pour que la magistrature s'interroge sur ses pratiques, son éthique.

Mais la réflexion sur la justice ne saurait être le seul apanage des juges. Cette réflexion ne peut en effet se nourrir seulement d'introspection, elle doit au contraire s'ouvrir sur la société toute entière.

C'est d'abord le sens de la réforme du Conseil supérieur de la magistrature.

Je suis persuadé qu'un Conseil supérieur de la magistrature composé en majorité de non-magistrats retrouvera aux yeux de nos concitoyens toute sa légitimité et donnera enfin à cet organe constitutionnel la place essentielle qu'il doit jouer dans l'équilibre de nos institutions.

C'est ce même esprit qui m'a conduit à ouvrir le Conseil supérieur de la magistrature aux justiciables en leur permettant de le saisir directement.

La justice, et c'est là toute sa légitimité, est rendue au nom du peuple français. Le peuple français est donc en droit d'exiger le sens et le respect des responsabilités de ceux qui exercent ces pouvoirs en son nom.

Pour maintenir sa cohérence à ce Conseil, comme pour marquer ma confiance à l'institution, j'ai souhaité lui donner une présidence forte. Sa formation plénière est présidée par le premier président de la Cour de cassation, tout comme la formation compétente à l'égard des magistrats du siège. S'agissant de la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet, elle sera présidée par le procureur général près la Cour de cassation.

Ces deux hauts magistrats sont ceux qui ont la plus grande expérience, la plus grande légitimité et la meilleure connaissance du corps. Ils ont tous deux une vision exigeante et ambitieuse de la justice, et je ne doute pas un instant qu'ils s'attacheront à donner à leur présidence la force qui fera de ce Conseil supérieur de la magistrature rénové la clé de voûte de notre système judiciaire.

Il n'était pas conforme à l'idée que je me fais de l'équilibre de nos institutions de demander au Président de la République de présider le Conseil supérieur de la magistrature.

Au demeurant, lorsque j'ai pris mes fonctions et qu'est arrivé le premier Conseil supérieur de la magistrature/Élysée, il m'a été expliqué que mon rôle de président se limitait à ouvrir la séance, à écouter les propositions du Conseil supérieur de la magistrature, sans intervenir ni émettre le moindre avis, puis à lever la séance.

Je n'ai pas besoin de vous expliquer longuement que ce rôle ne correspondait pas exactement à l'idée que je me fais de l'exercice d'une présidence.

C'est pourquoi, je me réjouis que le Parlement ait compris les enjeux de cette réforme en bâtissant un dispositif à la fois équilibré et ouvert. Mais cette ouverture du Conseil supérieur de la magistrature doit être le signal d'une ouverture plus large du corps judiciaire.

Bien sûr, les voies de recrutement des magistrats sont d'ores et déjà parmi les plus diverses qu'on rencontre dans l'État. Mais il faut que cela conduise à une vraie diversité.

La réforme de l'École nationale de la magistrature comme les classes préparatoires *ad hoc* mises en place sont autant de gages de nominations futures plus conformes à la réalité sociologique de notre pays. J'y veillerai.

Une magistrature plus ouverte, plus responsable et donc plus considérée qui ne s'accordera sur ces objectifs ?

Mais à quelles fins ?

Je ne crains pas de le dire : pour rendre aux Français la justice qu'ils sont en droit d'attendre dans une société moderne.

Rendre la justice, c'est d'abord assurer la paix sociale.

Cela passe bien sûr par la résolution des conflits civils.

Je sais tous les efforts qui sont consentis pour que les juridictions, au premier rang desquelles la Cour de cassation, bénéficie des techniques les plus modernes pour traiter ces procédures. Leur dématérialisation est un gage de fluidité des futurs contentieux. Elle permettra aux juges de se consacrer plus encore à la qualité de leurs décisions. C'est pourquoi aussi

dans les domaines qui l'autorisent faut-il privilégier les solutions gracieuses car l'office du juge est d'intervenir lorsque le litige appelle à dénouer les enjeux juridiques d'une situation.

Mais, aussi importantes que soient ces procédures et j'ai garde d'y inclure les contentieux administratifs, commerciaux et prud'homaux qui sont si sensibles pour beaucoup de nos compatriotes, c'est en matière pénale que l'institution judiciaire exerce ses responsabilités les plus lourdes.

Je ne crains pas de le dire, la justice prend toute sa part dans la lutte contre l'insécurité. Pour la doter des armes nécessaires face à la délinquance d'aujourd'hui, plusieurs réformes ont été conduites par le Gouvernement ; je pense aux sanctions applicables à la récidive, à la rétention de sûreté. D'autres restent à conduire comme l'adaptation de l'ordonnance de 1945 aux réalités de la délinquance des mineurs et la modernisation de notre droit pénitentiaire.

Mais cet arsenal nécessaire à la protection des Français doit être utilisé dans des conditions qui garantissent les libertés individuelles.

Or, chacun s'accordera à constater que notre procédure pénale n'est pas suffisamment respectueuse des droits des personnes. Entendons-nous bien, si je ne méconnais pas les quelques excès contre lesquels je me suis élevé quand c'était nécessaire, ce n'est pas l'action des juges qui est en cause mais l'inadaptation et la lourdeur des textes qu'on leur demande d'appliquer. N'est-il pas d'ailleurs de règle générale qu'il n'est de bons juges qu'avec de bonnes lois ?

Or, le nombre de modifications du Code de procédure pénale, près de vingt réformes depuis vingt ans, marque que l'on n'a manifestement pas encore trouvé l'équilibre nécessaire.

C'est la raison pour laquelle avec le Premier ministre nous avons confié une mission très ambitieuse à la commission présidée par Philippe Léger, ancien avocat général à la Cour de justice des communautés européennes. Son expérience professionnelle comme la diversité des compétences représentées par les membres de la commission sont le gage de qualité des propositions visant à la refonte des codes pénal et de procédure pénale que nos compatriotes attendent. Je suis attentivement ses travaux et je sais que les orientations prises en matière de procédure pénale sont celles d'une réforme en profondeur. Je souhaite aujourd'hui vous dire quelles sont, à mon sens, les lignes directrices de cette réforme qui devra être engagée dès cette année.

Je pense en effet qu'il est possible d'aboutir à un consensus sur une nouvelle procédure pénale, plus soucieuse des libertés, plus adaptée aux évolutions de la police technique et scientifique. À l'heure de l'ADN, la procédure pénale ne peut plus avoir pour socle le culte de l'aveu.

La confusion entre les pouvoirs d'enquête et les pouvoirs juridictionnels du juge d'instruction n'est plus acceptable. Un juge en charge de l'enquête ne peut raisonnablement veiller, en même temps, à la garantie des droits de la personne mise en examen.

Nous ne pouvons faire comme si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'existait pas. Nous ne pouvons faire comme si notre société n'évoluait pas : l'exigence de contradictoire est très forte et, je le regrette, pas suffisamment respectée.

Je veux être clair : le respect des libertés individuelles doit aussi être garanti dans le secret du cabinet des juges d'instruction. Puisqu'il ne l'est pas suffisamment aujourd'hui, je m'engage très fermement à ce qu'il le soit demain.

Le juge d'instruction, en la forme actuelle ne peut être l'arbitre. Comment lui demander de prendre des mesures coercitives, des mesures touchant à l'intimité de la vie privée alors qu'il est avant tout guidé par les nécessités de son enquête ?

Il est donc temps que le juge d'instruction cède la place à un juge de l'instruction, qui contrôlera le déroulement des enquêtes mais ne les dirigera plus.

Il en est de même pour la mise en examen. Le législateur avait espéré que la substitution de ce terme à celui d'inculpation suffirait à effacer la stigmatisation de ce moment. Il n'en est rien. La mise en examen, signifiée dans le cabinet du juge d'instruction, s'apparente en réalité pour l'opinion publique à une reconnaissance de culpabilité.

Là aussi, je pense qu'il faut accorder davantage de place au principe du contradictoire. Une audience publique sur les charges s'impose.

Elle s'impose d'autant plus que le secret de l'instruction est une fable à laquelle plus personne ne croit. Alors là aussi les choses sont simples : si le secret de l'instruction n'existe plus, si plus personne ne le respecte, alors il est inutile de maintenir dans le code cette fiction. Je crois en revanche utile de créer un réel secret de l'enquête avec comme seule limite de renforcer la communication du parquet afin, le cas échéant, de démentir les informations fausses qui, souvent à dessein, sont diffusées dans le seul but de nuire à tel ou tel.

Enfin, la question de la détention provisoire est une question difficile. On a cru pouvoir la résoudre en multipliant les contraintes procédurales au point de faire de ces délais superposés un champ de mines propres aux erreurs et aux nullités. Telle ne me semble pas la solution et il faudra sans doute rendre plus simples les règles en la matière. En revanche, la décision en elle-même est suffisamment grave pour qu'elle implique, comme l'audience de charge que j'appelais de mes vœux, une audience collégiale publique. Je ne méconnaissais pas les difficultés pratiques de cette réforme qui en ont déjà fait échouer plusieurs. Ne serait-ce pas l'occasion de donner l'élan souhaitable à l'innovation des juges de proximité qui feraient d'excellents assesseurs ?

Au total, je pense qu'il est possible d'aborder toutes ces questions avec le souci d'un dispositif équilibré et pleinement contradictoire. C'est la prise en compte d'un réel débat contradictoire dès l'origine du procès qui nous donnera les voies et moyens d'un **véritable *habeas corpus*** à la française.

Je vous demande de vous engager à mes côtés pour que ce progrès nécessaire à une démocratie exemplaire puisse être bâti et offrir enfin à notre procédure pénale la stabilité dont elle a été privée toutes ces années.

Qu'il me soit permis de dire un mot des avocats. Parce qu'ils sont auxiliaires de justice et qu'ils ont une déontologie forte, il ne faut pas craindre leur présence dès les premiers moments de la procédure. Elle est bien sûr une garantie pour leurs clients mais elle l'est aussi pour les enquêteurs qui ont tout à gagner d'un processus consacré par le principe contradictoire.

C'est en 1774 que Miromesnil a supprimé la question préparatoire qui faisait de la torture un moyen d'enquête mais notre procédure reste encore marquée par ce souvenir de la contrainte.

Qu'on n'oublie pas, même si ce rappel prête souvent à sourire, que la garde à vue comme la mise en examen sont juridiquement conçues comme des garanties données aux justiciables. On mesure ainsi le chemin qui reste à parcourir pour construire la procédure pénale digne de notre siècle.

De même faut-il faire le point d'une pénalisation excessive de notre droit. Est-il besoin pour qu'une loi soit prise au sérieux de l'assortir de nouvelles incriminations pénales ?

Un premier projet de loi a été préparé qui aura pour finalité de réserver le droit pénal aux circonstances portant une atteinte directe aux personnes ou à la société ainsi qu'à empêcher les doubles poursuites administratives et pénales. Seront contenues dans ce texte les dispositions nécessaires pour faire de la diffamation un droit de la réparation civile.

Mais il y a encore bien des chantiers à ouvrir pour moderniser notre droit pénal et je considérerai le moment venu les propositions de la commission Léger sur ce point soit pour les agréger au précédent projet si le calendrier parlementaire n'a pas permis son examen soit pour en faire un projet complémentaire.

* * *

La justice est un sujet inépuisable et il y aurait encore tant à dire. Vous le sentez bien, c'est un sujet qui me passionne. Mais ne vous trompez pas, il passionne aussi nos compatriotes.

Bien sûr, ils expriment d'abord une insatisfaction à l'égard de la justice. Mais cette dernière, qui pour les anciens était une vertu, n'a-t-elle pas par nature la destinée cruelle de faire naître la frustration ? Faut-il pour cela ne rien faire ? Vous savez que jamais je ne fais le choix de la passivité.

Depuis les temps antiques ou dans les théâtres grecs, retentissaient les cris d'Antigone réclamant en vain son droit à Créon, la responsabilité de l'État est de répondre à la soif légitime de justice. Je forme le vœu que l'année 2009 nous voit travailler ensemble à la satisfaction toujours meilleure de ce besoin social premier.



TROISIÈME PARTIE

ÉTUDE

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

LES DISCRIMINATIONS DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

Sous la direction scientifique du professeur Édouard Verny,
ont contribué à l'étude :

Pierre Bailly

Jean-Marc Beraud

Dominique Bignon

Christian Charruault

Paul Chaumont

Claire Coutou

Fabrice Delbano

Jacques Duplat

Régis De Gouttes

Dominique Guirimand

Pascale Labrousse

Marie-France Mazars

Valérie Michel-Amsellem

Françoise Monéger

Marie-Laure Morin

Laurence Pécaut-Rivolier

Xavier Prétot

Franck Terrier

Serge Trassoudaine

AVANT-PROPOS

Par M. Édouard Verny,

Professeur à l'université de Rennes I

Depuis le XVIII^e siècle, les sociétés occidentales ont adopté progressivement un modèle social fondé sur l'égalité. Comme l'observait, au XIX^e siècle, Tocqueville dans *La Démocratie en Amérique* : « *Le fait particulier, dominant qui singularise les siècles démocratiques, c'est l'égalité des conditions; la principale passion qui agite les hommes dans ces temps-là, c'est l'amour de cette égalité. Ne demandez point quel charme singulier trouvent les hommes des âges démocratiques à vivre égaux, [...] l'égalité forme le caractère distinctif de l'époque où ils vivent; cela seul suffit pour expliquer qu'ils la préfèrent à tout le reste* »¹. À partir de la fin du XIX^e siècle, la recherche d'une égalité concrète a complété l'égalité formelle qui avait été exprimée avec éclat par l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen aux termes duquel « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ». Cette passion pour l'égalité fut certainement renforcée par les combats remportés contre le totalitarisme. Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame l'égalité des droits. Aux termes de l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958, la France « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ».

Ces dernières décennies, la philosophie morale et politique fut renouvelée par le débat entre les libéraux – selon l'acception américaine de ce terme et dont le représentant principal était John Rawls couramment présenté comme le philosophe de la social-démocratie moderne – et les communautariens². Si les libéraux avancent une combinaison souvent approuvée entre le principe d'égalité et le principe de différence, les communautariens leur reprochent de présenter les individus indépendamment de leurs appartenances d'ordre social, religieux, ethnique ou encore sexuel : la perception désincarnée prônée par les libéraux serait la marque inavouée de la domination du groupe social majoritaire sur les cultures minoritaires. Si l'objection communautarienne a sa part de pertinence, elle s'expose elle-même à la critique en ce qu'elle justifie et entretient une aspiration difficilement contrôlable à la reconnaissance par les autorités de toutes les différences³.

L'égalité et la dignité de la personne humaine fondent la prohibition des discriminations⁴. Or ces principes ont non seulement reçu une consécration constitutionnelle (Cons. const.,

1. A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique (1835-1840)*, Paris, Flammarion, 1981, t. 2, p. 120.

2. A. Berten, H. Pourtois et Pablo da Silveira *Libéraux et communautariens*, Paris, PUF, 1997.

3. Sur ce sujet, voir P. Portier, in « L'égalité », *Revue Juridique de l'Ouest*, 2004, pp. 21-22.

4. L'article 2 de la loi du 27 mai 2008 condamne la discrimination « *sans préjudice de l'application des autres règles assurant le respect du principe d'égalité* ». Les discriminations figurent, dans le Code pénal, dans un chapitre consacré aux atteintes à la dignité de la personne.

27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC : « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* ») mais sont aussi revêtus d'une valeur symbolique particulière qui attise des passions, parfois pleinement légitimes. Ce succès même risque pourtant d'encourager la convocation des autorités, et notamment de l'autorité judiciaire, à la reconnaissance de droits qui devraient être soumis au débat politique. Fut ainsi évoquée « *l'idéologie de la dignité humaine comme axiome de droit, symbole de référence, postulat de règles et standard flou de comportement* »⁵ tandis que l'égalité fut récemment présentée par un autre auteur éminent, qui en soulignait néanmoins le rayonnement, comme « *une idée à la mode* »⁶.

Toute rupture d'égalité n'est pas une discrimination car seule est ainsi qualifiée une distinction opérée selon certains critères spécialement visés par la loi. Il serait envisageable de concevoir la discrimination de la façon la plus large comme toute distinction, acceptable ou condamnable. Le *Dictionnaire de l'Académie française* définit ainsi la discrimination comme l'« *action de distinguer, de séparer deux ou plusieurs éléments d'après les critères distinctifs* » ou encore comme l'« *action de distinguer une personne, une catégorie de personnes ou un groupe humain en vue d'un traitement différent d'après des critères variables* ». Pourtant, dans le domaine juridique, domine une définition plus restreinte qui limite la discrimination à la distinction fondée sur des raisons prohibées. Le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri-Capitant présente la discrimination, dans un sens général, d'abord comme une « *différenciation contraire au principe de l'égalité civile consistant à rompre celle-ci au détriment de certaines personnes physiques en raison de leur appartenance raciale ou confessionnelle, plus généralement de critères sur lesquels la loi interdit de fonder des distinctions juridiques [...]* ou au détriment de certaines personnes morales en raison des mêmes critères appréciés sur la tête de leurs membres [...] » et ensuite comme étant « *plus rarement, dans un sens neutre, synonyme de distinction (non nécessairement odieuse)* ». Face aux discriminations interdites existent naturellement des distinctions valables qui doivent être étudiées non seulement parce que les partisans d'une définition large y voient des formes de discrimination mais aussi parce que les adeptes d'une définition étroite mesurent que ces différences – par hypothèses justifiées – sont pourtant contestées en invoquant un grief de discrimination.

Outre la discrimination directe ou indirecte, des discriminations particulières sont plus ou moins couramment évoquées. Il s'agit évidemment de la discrimination positive qui peut être définie comme « *une différenciation juridique de traitement créée de manière temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une*

5. J.-C. Baudouin, in *Mélanges C. Bolze*, préface, p. X.

6. J. Foyer, in *L'égalité, Archives de philosophie du droit*, tome 51, Dalloz, 2008, p. 3. L'auteur observe « *qu'avec cette notion d'égalité, le législateur prend – au demeurant dans de nombreux cas – de très grandes libertés, il l'aménage selon les besoins de la cause en lui donnant des sens suffisamment différents dans un cas ou dans un autre* ».

inégalité de fait préexistant entre elles »⁷. Une mesure de discrimination positive qui dépasserait l'égalité concrète recherchée pourrait être dénoncée comme une « discrimination à rebours ». On évoque une « discrimination pas association » lorsqu'une personne est victime d'une discrimination en raison des liens qui l'unissent à une autre personne. Existente aussi des « discriminations multiples » ou « discriminations cumulées » lorsqu'une même personne est soumise à plusieurs facteurs de discrimination.

Les normes internationales, communautaires, européennes et internes montrent à travers leurs prescriptions une détermination croissante dans la lutte contre les discriminations (I) tandis que la jurisprudence apporte en la matière d'indispensables précisions (II).

I – LES TEXTES PROHIBANT LES DISCRIMINATIONS

Sans prétention d'exhaustivité, doivent être rappelées certaines prescriptions internationales (A) puis internes (B) qui occupent une place majeure dans la lutte contre les discriminations.

A – Les prescriptions internationales

La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 affirme dans son article premier que « *tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* ». Aux termes de l'article 2 « *chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ». L'article 7 prévoit que « *tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination* ».

La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 interdit, selon son article 1^{er}, « *toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre*

7. F. Mélin-Soucramanien, « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité du territoire », in *RFDA*, 1997, p. 911. Cet auteur relève que la définition de la discrimination positive « *est rendue difficile en raison des glissements sémantiques qui ont affecté le terme même de "discrimination"* ». En effet, à l'origine, cette expression désignait simplement l'opération qui consiste à séparer, à distinguer, des choses ou des êtres. Or, aujourd'hui, cette notion revêt une signification essentiellement péjorative selon laquelle toute discrimination serait négative. Par conséquent, affirmer qu'une discrimination puisse être positive, cela revient à réaliser ce qu'en rhétorique l'on appelle un oxymore, c'est-à-dire associer deux termes contradictoires au sein d'une seule et même expression, ce qui ne fait qu'ajouter à l'ambivalence de celle-ci ».

domaine de la vie publique ». Certes, aux termes du § 2 de cet article 1^{er}, la Convention « *ne s'applique pas aux distinctions, exclusions, restrictions ou préférences établies par un État partie à la Convention selon qu'il s'agit de ses ressortissants ou de non-ressortissants* ». Toutefois, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) considère que la différenciation entre ressortissants et étrangers doit viser un but légitime et être proportionnée à la réalisation de ce but.

Selon l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, les États parties « *s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ». L'article 26 énonce que « *toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ». Des différences de traitement entre nationaux et étrangers sont possibles dès lors qu'elles reposent sur une justification objective et raisonnable⁸.

Aux termes de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ». Des distinctions sont possibles, car considérées alors comme non discriminatoires, si elles se fondent sur une justification objective et raisonnable qui s'apprécie par rapport au but – qui doit être légitime – et aux effets – qui ne doivent pas être disproportionnés – de la mesure considérée. Le protocole n° 12 pose une interdiction générale de la discrimination, pour la jouissance de tout droit prévu par la loi et pas seulement des droits et libertés reconnus par la Convention européenne. Cependant, ce protocole n'a pas encore été ratifié par la France.

Le droit communautaire participe également à la lutte contre les discriminations. L'article 12 du traité CE interdit, dans le domaine d'application du traité, et sans préjudice de ses dispositions particulières, toute discrimination exercée en raison de la nationalité. L'article 13 prévoit la possibilité pour le Conseil de prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Aux termes de l'article 39, la libre circulation des travailleurs implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. Certes, selon l'article 45, échappent à cette prohibition de la discrimination les activités participant à l'exercice de l'autorité publique mais

8. V. notamment D. Lochak, « Droits et libertés des étrangers », in *Jcl. Libertés*, fasc. 720, n° 24.

la Cour de justice des Communautés européennes retient une conception restrictive de ces activités. Enfin, l'article 141 du traité CE pose l'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe.

Les instruments internationaux, communautaires et européens ont exercé une influence déterminante sur la législation française.

B – Les prescriptions internes

Les textes constitutionnels ayant été précédemment évoqués, il convient désormais de mentionner plusieurs dispositions de la législation française qui permettent de circonscrire la notion de discrimination prohibée et qui expriment la détermination du législateur en ce domaine.

La discrimination est une distinction opérée selon certains critères et prohibée lorsqu'elle consiste en certains comportements. L'article 225-2 du Code pénal punit ainsi de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende⁹ certains faits commis selon une distinction discriminatoire telle qu'elle est déterminée à l'article 225-1. Certaines discriminations, exceptionnellement justifiées, sont exclues de la répression par les dispositions de l'article 225-3. L'article 432-7 du Code pénal punit, de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende, la discrimination, définie à l'article 225-1, commise par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, lorsqu'elle consiste à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ou à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque. Outre la discrimination elle-même, est punie la provocation à la discrimination prévue à l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881¹⁰.

L'article L. 1132-1 du Code du travail vise aussi comme discriminatoires certaines mesures décidées selon certains critères. C'est encore ainsi que procède la loi du 28 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Les articles L. 1133-1 et suivants du Code du travail prévoient des différences de traitement autorisées dont une dérogation générale, formulée à l'article L. 1133-1 et issue de la loi du 28 mai 2008, selon laquelle « l'article L. 1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».

9. Lorsque le refus discriminatoire de la fourniture d'un bien ou d'un service est commis dans un lieu accueillant du public aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende. L'article 225-4 du Code pénal prévoit en outre les peines encourues par les personnes morales.

10. Le délit de provocation publique à la discrimination, à la haine ou à la violence est prévu à l'article 24, al. 8 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse tandis que la contravention de provocation non publique est prévue à l'article R. 625-7 du Code pénal. Sur l'influence exercée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, voir P. Conte, obs. sous Crim., 30 mai 2007, *RDPD 2008*, p. 122.

L'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008, auquel renvoie l'article L. 1132-1 du Code du travail, définit dans son alinéa premier la discrimination directe comme « *la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou à une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* » et définit dans son alinéa 2 la discrimination indirecte comme « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ». L'alinéa 3 de cet article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 assimile à la discrimination elle-même le harcèlement et l'injonction à commettre une discrimination.

La loi du 30 décembre 2004 a créé la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE). Cette autorité administrative indépendante est compétente pour connaître de toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international auquel la France est partie. La HALDE peut procéder ou faire procéder à une médiation. Elle peut aussi formuler des recommandations. Lorsqu'elle constate une discrimination sanctionnée par le Code pénal ou par le Code du travail, la haute autorité peut, si l'action publique n'a pas été mise en mouvement, proposer une transaction qui devra être acceptée par l'auteur des faits, le cas échéant par la victime et être homologuée par le procureur de la République. Sans préjudice de la mise en œuvre d'une transaction, la haute autorité, lorsque les faits portés à sa connaissance sont constitutifs d'un crime ou d'un délit, en informe le procureur de la République qui indique à la haute autorité des suites données à ses transmissions. La HALDE porte aussi à la connaissance des autorités ou personnes publiques investies du pouvoir disciplinaire les faits de nature à entraîner des poursuites. Lorsqu'elle constate une discrimination dans l'activité professionnelle d'une personne physique ou morale soumise à agrément ou autorisation par une autorité publique ou à l'encontre de laquelle une telle autorité peut prendre des mesures conservatoires ou des sanctions, la haute autorité peut recommander à cette autorité publique d'exercer ses pouvoirs de suspension ou de sanction.

La HALDE mène aussi des actions de communication et d'information pour promouvoir l'égalité. Elle peut recommander toute modification législative ou réglementaire. Elle est consultée sur tout projet de loi relatif à la lutte contre les discriminations et à la promotion de l'égalité; elle contribue à la préparation et à la définition de la position française dans les organisations internationales et communautaires compétentes en ce domaine. La haute autorité remet chaque année au président de la République, au Parlement et au Premier ministre un rapport public rendant compte de l'exécution de ses missions et énumérant les discriminations portées à sa connaissance.

L'office de cette haute autorité est évidemment important mais ne se substitue pas à celui du juge appelé à trancher des litiges à l'occasion desquels s'expriment des controverses juridiques souvent complexes.

II – LES DÉCISIONS PRÉCISANT LA PROHIBITION

Avant de présenter brièvement certaines précisions apportées par la Cour de cassation (B), qui seront naturellement au cœur des développements de cette étude, il semble nécessaire d'exposer quelques exemples de précisions apportées par d'autres institutions (A).

A – Les précisions hors la Cour de cassation

Relève de la discrimination le traitement inégal de situations semblables. Le critère premier de la discrimination est donc l'analogie des situations. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi décidé récemment que deux sœurs vivant ensemble ne pouvaient, aux fins des droits de succession, être assimilées à des conjoints ou à des partenaires civils (CEDH, gr. ch., 29 avril 2008, *Burden c./Royaume-Uni*, req. n° 13378/05)¹¹. Un arrêt concernant la scolarité d'enfants Roms mérite une attention particulière (CEDH, gr. ch., 13 novembre 2007, *D.H. et autres c./République tchèque*, req. n° 57325/00)¹². Des enfants d'origine Rom avaient été placés dans des écoles spéciales destinées aux enfants atteints de déficiences intellectuelles. La grande chambre retient une discrimination indirecte par une mesure générale qui, sans viser spécifiquement un groupe de personnes, produit néanmoins à son encontre une différence de traitement sans justification objective et raisonnable, étant expressément relevé qu'« *en cas de différence de traitement fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible* » (§ 196). Dans un registre probatoire, elle estime que « *lorsqu'il s'agit d'évaluer l'incidence de mesures ou de pratiques sur un individu ou sur un groupe, les statistiques qui, après avoir été soumises à un examen critique de la Cour, paraissent fiables et significatives suffisent pour constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant* » (§ 188) et que « *si une présomption réfragable de discrimination relativement à l'effet d'une mesure ou d'une pratique est ainsi établie par le requérant alléguant une discrimination indirecte, il incombe ensuite à l'État défendeur de réfuter cette présomption en démontrant que la différence en question n'est pas discriminatoire* » (§ 189).

Parmi les arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme doit aussi être mentionné celui condamnant la France dans le cas d'un rejet d'une demande d'agrément présentée par la requérante en vue d'adopter, opéré « *selon une distinction dictée par des considérations tenant à son orientation sexuelle* » (CEDH, gr. ch., 22 janvier 2008, *E.B. c./France*,

11. CEDH, gr. ch., 29 avril 2008, *Burden c./Royaume-Uni* : « *Plutôt que la durée ou le caractère solidaire de la relation, l'élément déterminant est l'existence d'un engagement public, qui va de pair avec un ensemble de droits et d'obligations d'ordre contractuel. [...] l'absence d'un tel accord juridiquement contraignant entre les requérantes fait que leur relation de cohabitation, malgré sa longue durée, est fondamentalement différente de celle qui existe entre deux conjoints ou partenaires civils* » (§ 65). On pourrait déduire de cet arrêt que des époux et des partenaires civils seraient dans des situations analogues : voir F. Sudre, « Droits de la Convention européenne des droits de l'homme », in *JCP*, 2008, I, 167, n° 20.

12. Voir *JCP* 2008, I, 110, n° 14, obs. F. Sudre.

req. n° 43546/02)¹³. Cette formulation un peu alambiquée invite à une lecture approfondie de cet arrêt. L'agrément avait été refusé pour deux raisons. En premier lieu à cause de l'absence de référent paternel, ce que la Cour traduit comme une discrimination implicite à l'égard d'une femme homosexuelle vivant en couple. Cette interprétation ne procède déjà pas de l'évidence. En second lieu, était relevée l'indifférence, pour ne pas dire l'hostilité, de la compagne de la requérante à sa demande d'adoption. Ce second critère était exempt de tout élément, même implicite, de discrimination, ce qu'admet parfaitement la Cour selon laquelle « *ce motif, étranger à toute considération sur l'orientation sexuelle de l'intéressée, repose sur une simple analyse de la situation de fait avérée et des conséquences de celle-ci quant à l'accueil d'un enfant* » (§ 78). Cependant, en relevant que ces deux motifs s'inscrivent dans le cadre d'une appréciation globale de la situation de la requérante, la Cour estime « *qu'ils ne sauraient être appréciés cumulativement. En conséquence, le caractère illégitime de l'un des motifs a pour effet de contaminer l'ensemble de la décision* » (§ 80). Dans une opinion concordante, des juges qui avaient donc été favorables à la condamnation de la France – étant précisé que la violation de la Convention fut décidée par dix voix contre sept – ont pourtant admis que le motif fondé sur l'attitude de la compagne était pertinent¹⁴ tandis que des juges, auteurs d'opinions dissidentes, ont refusé ce mécanisme de contamination d'un motif illégitime sur un motif légitime. Ainsi, des juges approuvant cette condamnation de la France pour discrimination en raison d'une orientation sexuelle estimaient cependant que le refus d'agrément pouvait être fondé tandis que des juges critiquant cette condamnation considéraient pourtant, et on ne peut être plus clair, que « *le refus d'agrément fondé exclusivement sur l'homosexualité déclarée ou établie de la personne demandant l'agrément serait contraire tant au Code civil qu'à la Convention* »¹⁵.

Pour la Cour de justice des Communautés européennes également, la discrimination peut consister à appliquer des règles différentes à des situations comparables ou à appliquer la même règle à des situations différentes. La jurisprudence du juge communautaire est particulièrement intéressante en matière de discrimination indirecte. Ainsi, fut considérée comme discriminatoire, dans le cadre d'une législation nationale garantissant aux assurés atteints d'une incapacité de travail un minimum social dont le montant était indépendant des revenus

13. Voir JCP, 2008, II, 10071, note A. Gouttenoire et F. Sudre. La décision de refus d'agrément en vue de l'adoption avait été prise par le président du conseil général du Jura qui, sur recours gracieux, confirma ce refus. Le tribunal administratif de Besançon annula ces décisions mais son jugement fut infirmé par la cour administrative d'appel de Nancy. Le Conseil d'État rejeta le pourvoi formé par la requérante en considérant que la cour administrative d'appel « *n'a ni fondé sa décision sur une position de principe concernant les orientations sexuelles de la requérante, ni méconnu les stipulations combinées des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Dans cet arrêt du 22 janvier 2008, la Cour européenne des droits de l'homme conclut pourtant à une violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8. Il convient de rappeler que l'application de l'article 14 suppose que soit atteinte la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention.

14. Opinion concordante des juges Lorenzen et Jebens.

15. Opinion dissidente du juge Costa à laquelle se rallient les juges Türmen, Ugrekhelidze et Jociene. D'autres juges ont émis des opinions dissidentes en contestant une prise en considération décisive par les autorités françaises de l'orientation sexuelle de la requérante et en refusant le mécanisme de contamination.

professionnels perçus antérieurement par l'assuré, une exception à l'égard de ceux ayant travaillé à temps partiel puisque cette mesure frappait bien plus de femmes que d'hommes et qu'elle n'était pas fondée sur des facteurs objectifs. D'apparence neutre, une telle mesure était en réalité une discrimination indirecte fondée sur le sexe (CJCE, 13 décembre 1989, affaire C-102/88).

La jurisprudence du Conseil constitutionnel s'avère nuancée comme le montre la décision du 13 août 1993 par laquelle il considère que si le législateur doit respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République, il peut néanmoins adopter à l'égard des étrangers certaines dispositions spécifiques (Cons. const., 13 décembre 1993, n° 93-325 DC). On ne peut manquer de citer l'importante décision du 15 novembre 2007 par laquelle le Conseil constitutionnel a, notamment, rappelé que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général* » et a considéré, à propos de dispositions qui procédaient en outre d'un « cavalier législatif » contraire à la Constitution, que « *si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1^{er} de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race* » (Cons. const., 15 novembre 2007, n° 2007-557 DC).

Le Conseil d'État considère qu'une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique, ou si elle n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi. C'est pourquoi il a finalement admis que la différence de situation existant entre d'anciens agents publics de la France, selon qu'ils ont la nationalité française ou sont ressortissants d'États devenus indépendants, ne justifie pas une différence de traitement pour les pensions de retraite (CE, 30 novembre 2001, n° 212179; le Conseil d'État tirait ainsi les conséquences de l'arrêt de la CEDH, *Gaygusuz c./Autriche*, du 16 septembre 1996).

Enfin, en ce qui concerne la HALDE, et une nouvelle fois à titre de simple illustration, peut être évoquée la délibération n° 2007-75 du 26 mars 2007 selon laquelle apparaît relever d'une discrimination le licenciement de la réclamante qui travaillait dans le même magasin que son concubin, délégué syndical, dès lors que les éléments présentés par l'employeur ne permettaient pas de justifier cette mesure par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Au-delà de la discrimination fondée sur la situation de famille se posait le cas d'une discrimination syndicale par association pour laquelle la haute autorité recommandait une modification de la législation¹⁶.

16. Dans cette affaire, le conseil de prud'hommes de Caen a retenu la discrimination, prononcé la nullité du licenciement et condamné la société mise en cause à des dommages et intérêts. La Cour de justice des Communautés européennes a considéré que le traitement défavorable d'un employé, fondé sur le handicap de son enfant, était contraire à l'interdiction de la discrimination directe énoncée par la directive 2000/78 (CJCE, 17 juillet 2008, aff. C-303/06). Sur ce sujet, voir S. Detraz, « La discrimination "par ricochet" : un aspect latent du délit de discrimination », in *Droit pénal*, 2008, études 10.

B – Les précisions de la Cour de cassation

La corrélation précise entre l'appréciation du juge et les faits particuliers qui lui sont soumis est soulignée par la Cour de cassation qui exige ainsi, face à un cas allégué de discrimination syndicale affectant l'évolution des carrières, que les juges du fond procèdent à une étude comparative des salaires et coefficients des représentants du personnel et des autres salariés de l'entreprise, à diplôme équivalent et même ancienneté (Crim., 9 novembre 2004, Bull. crim. 2004, n° 279, pourvoi n° 04-81397). Ces éléments de comparaison ont été repris par la chambre sociale (Soc., 17 octobre 2007, pourvoi n° 06-41053). La charge et l'administration de la preuve d'un comportement discriminatoire soulèvent des difficultés particulières. En matière civile, toute personne qui s'estime victime d'une discrimination doit seulement présenter des éléments permettant d'en présumer l'existence, la partie défenderesse devant alors prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. En matière pénale, la preuve doit être apportée par la partie qui invoque la discrimination. La Cour de cassation a pourtant admis que les moyens de preuve obtenus par une partie privée de façon déloyale étaient néanmoins recevables devant les juridictions répressives. L'admission de la pratique du *testing* permettait une lutte plus efficace contre les discriminations mais accordait une place à la déloyauté en procédure pénale (Crim., 11 juin 2002, Bull. crim. 2002, n° 131, pourvoi n° 01-85559). Loïn d'appliquer avec retenue les lois prohibant la discrimination, la Cour de cassation, sans contredire la loi ni porter atteinte à la présomption d'innocence, adoptait une position audacieuse ultérieurement consacrée par le législateur¹⁷.

Afin de retenir une acception élargie de la discrimination prohibée, la Cour de cassation peut même se référer expressément non seulement à la Convention européenne des droits de l'homme et à ses protocoles mais aussi à l'interprétation, par nature dynamique et évolutive, qui en est faite par la Cour européenne des droits de l'homme (Soc., 14 janvier 1999, Bull. 1999, V, n° 24, pourvoi n° 97-12487; Soc., 2 décembre 1999, pourvoi n° 98-17350).

Face à une distinction considérée comme discriminatoire, la Cour de cassation fait preuve de la plus grande intransigeance que lui permettent les limites posées par la loi. Ainsi, dans le cas d'une délibération d'un conseil municipal qui instaurait une prime discriminatoire, la répression pouvait sembler entravée par l'impossibilité d'imputer la décision d'un organe collégial à l'un des membres de cet organe. C'est pourtant sans contredire les dispositions de l'article 121-1 du Code pénal, aux termes desquelles nul n'est responsable pénalement que de son propre fait, que furent à bon droit condamnés le maire qui avait pris l'initiative de ce projet et son adjoint qui en avait été le rapporteur et l'avait proposé au vote, en raison de leur participation personnelle à l'infraction, indépendamment du vote de la délibération du conseil municipal (Crim., 17 décembre 2002, Bull. crim. 2002, n° 227, pourvoi n° 01-85650). Ce raisonnement pragmatique fut aussi retenu par la chambre criminelle en matière d'atteinte à la liberté d'accès ou à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public¹⁸ (Crim., 19 novembre 2003, pourvoi n° 02-87336).

17. Article 225-3-1 du Code pénal, créé par la loi du 31 mars 2006.

18. Infraction prévue à l'article 432-14 du Code pénal et couramment appelée délit de favoritisme.

Dans un registre différent, mais toujours afin de répondre avec efficacité aux discriminations constatées, la chambre sociale a considéré que les dispositions de l'article L. 412-2 du Code du travail (désormais de l'article L. 2141-8) ne faisaient pas obstacle au reclassement, justifié par la réparation intégrale du dommage, d'un salarié victime de discrimination prohibée (Soc., 23 novembre 2005, Bull. 2005, V, n° 332, pourvoi n° 03-40826; Soc., 31 janvier 2007, pourvoi n° 05-42855; Soc., 10 avril 2008, pourvoi n° 06-45821).

La volonté de la Cour de cassation de donner son plein effet à la prohibition de la discrimination est naturellement circonscrite par sa fidélité envers le législateur et plus largement par le respect des normes internationales et internes. Il fut ainsi constaté, par un arrêt largement médiatisé, que la loi française, nullement contredite par la Convention européenne des droits de l'homme, ne concevait le mariage que comme une union entre un homme et une femme (prem. ch. civ., 13 mars 2007, Bull. 2007, I, n° 113, pourvoi n° 05-16627).

C'est au nom du principe de légalité, et plus spécialement de l'interprétation stricte de la loi pénale (article 111-4 du Code pénal) qui en est un corollaire, que la chambre criminelle a estimé que les dispositions de l'article 432-7, 1° du Code pénal qui punissent la discrimination commise par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, lorsqu'elle consiste à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi, ne pouvaient s'appliquer à l'exercice d'un droit de préemption (Crim., 17 juin 2008, Bull. crim. 2008, n° 148, pourvoi n° 07-81666). Soucieuse de ne pas dépasser les termes de la loi, la chambre criminelle a aussi, fort justement, considéré que des propos blessants et racistes pouvaient cependant ne pas relever du délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, prévu par l'article 24, alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881 (Crim., 29 janvier 2008, Bull. crim. 2008, n° 25, pourvoi n° 07-83695).

Alors que ressortent en la matière plus de nuances que de contrastes, cette étude a l'ambition d'apporter un éclairage sur des discriminations prohibées (première partie) puis sur des distinctions juridiquement justifiées (seconde partie). Cette opposition sera également retenue lors de propos préliminaires et transversaux sur l'application, par la Cour de cassation, de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.



Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation

Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation

Sommaire

Propos préliminaires sur l'application par la Cour de cassation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.....	65
0.1. LA PROHIBITION DE LA DISCRIMINATION PAR APPLICATION DE L'ARTICLE 14 CEDH.....	67
0.1.1. L'application par la chambre sociale et par l'assemblée plénière	67
0.1.2. L'application par les autres chambres.....	71
0.2. LES DISTINCTIONS ACCEPTÉES NONOBTANT L'ARTICLE 14 CEDH.....	72
0.2.1. L'article 14 CEDH écarté pour des raisons procédurales.....	72
0.2.2. L'article 14 CEDH écarté en raison de son champ d'application.....	73
0.2.3. L'inexistence de la discrimination alléguée.....	75
0.2.4. La proportionnalité ou la similitude de traitement.....	76
0.2.5. Le critère de légitimité.....	79
1. Les discriminations prohibées	83
1.1. LES DISCRIMINATIONS EN DROIT SOCIAL.....	83
1.1.1. Les discriminations dans le travail.....	83
1.1.1.1. La distinction entre les discriminations et les règles d'égalité	83
1.1.1.1.1. Discriminations et règles d'égalité du point de vue de leurs fondements....	84
1.1.1.1.1.1. <i>La prohibition des discriminations, traduction d'une pensée ontologique...</i>	84
1.1.1.1.1.2. <i>Les exigences d'égalité, traduction d'une pensée sociologique</i>	85
1.1.1.1.2. Discriminations et règles d'égalité du point de vue de leur régime juridique	87
1.1.1.1.2.1. <i>L'indisponibilité des discriminations.....</i>	87
1.1.1.1.2.2. <i>Les aménagements possibles des règles d'égalité.....</i>	88
1.1.1.2. Les cas de discrimination devant la chambre sociale : recensement et statistiques sur l'année 2007.....	89
1.1.1.2.1. Les griefs invoqués.....	90
1.1.1.2.2. Les décisions de non-admission ou de rejet	90
1.1.1.2.3. La discrimination invoquée à titre accessoire.....	91
1.1.1.2.4. La confusion des concepts.....	91
1.1.1.3. Les discriminations syndicales.....	91
1.1.1.3.1. La discrimination syndicale, comme variété de discrimination.....	92
1.1.1.3.2. L'égalité et les discriminations entre syndicats.....	97
1.1.1.4. L'influence du droit communautaire sur la discrimination dans le travail	99
1.1.1.4.1. Les causes de discrimination	100
1.1.1.4.2. Le régime des discriminations	102

1.1.1.5. La nouvelle législation en matière de discrimination	103
1.1.1.5.1. La loi du 27 mai 2008.....	104
1.1.1.5.1.1. <i>La définition du concept de discrimination</i>	105
1.1.1.5.1.2. <i>L'extension des bénéficiaires protégés</i>	107
1.1.1.5.1.3. <i>Des champs d'application matériels limités et différenciés</i>	108
1.1.1.5.1.4. <i>L'élargissement des possibilités de dérogation au principe de non-discrimination</i>	109
1.1.1.5.1.5. <i>L'accroissement des garanties juridiques</i>	111
1.1.1.5.2. La loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile	113
1.1.1.5.2.1. <i>La genèse de la réforme</i>	113
1.1.1.5.2.2. <i>Les aménagements du régime de prescription en matière de discrimination</i>	114
1.1.2. Les discriminations et le droit de la sécurité sociale.....	117
1.1.2.1. Les discriminations selon la nationalité	119
1.1.2.2. Les discriminations selon le sexe.....	122
1.1.2.3. Les discriminations selon l'état matrimonial et familial.....	125
1.1.2.4. L'égalité devant les charges publiques.....	126
1.2. LES DISCRIMINATIONS EN DROIT ÉCONOMIQUE	128
1.2.1. Les éléments constitutifs de la discrimination	129
1.2.1.1. Les éléments relatifs aux parties en présence.....	129
1.2.1.1.1. L'indifférence de la nature juridique de l'auteur d'une discrimination	129
1.2.1.1.2. L'existence d'une situation de concurrence entre la victime de la discrimination et son bénéficiaire	130
1.2.1.2. Les causes et les effets du comportement prohibé.....	131
1.2.1.2.1. L'absence de justification	132
1.2.1.2.2. Le constat d'un avantage ou d'un désavantage dans la concurrence	133
1.2.2. Le régime de mise en œuvre de la sanction et de la réparation des pratiques constitutives de discrimination	134
1.2.2.1. L'application des règles procédurales du droit commun	135
1.2.2.2. L'action spécifique du ministre chargé de l'Économie	135
1.2.2.3. La charge et les modes de preuve	136
1.3. LES PRATIQUES DISCRIMINATOIRES EN MATIÈRE PÉNALE	137
1.3.1. Les aspects procéduraux	137
1.3.1.1. L'action civile des associations	138
1.3.1.2. La discrimination à l'occasion de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen ...	138
1.3.2. Les aspects de droit substantiel	139
1.3.2.1. Les conditions de la responsabilité pénale des personnes morales.....	140
1.3.2.2. Des pratiques discriminatoires particulières.....	140
1.3.2.2.1. Les pratiques discriminatoires en droit pénal du travail	140
1.3.2.2.2. Les pratiques discriminatoires portant atteinte à la libre circulation des marchandises	142
1.3.2.2.3. Les pratiques discriminatoires dans les marchés publics.....	144
1.3.2.2.3.1. <i>L'auteur de l'infraction</i>	146
1.3.2.2.3.2. <i>L'élément matériel de l'infraction</i>	147
1.3.2.2.3.3. <i>L'élément intentionnel</i>	151

1.3.2.2.4. Les discriminations commises par des personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public.....	152
1.3.2.2.5. Les discriminations commises par des personnes morales de droit public..	153
2. Les distinctions justifiées.....	155
2.1. LES DISTINCTIONS FAMILIALES.....	155
2.1.1. Les distinctions en droit extrapatrimonial de la famille.....	155
2.1.1.1. Le droit au mariage.....	155
2.1.1.2. Le droit au respect de la vie privé et familiale.....	157
2.1.1.2.1. La délégation d'autorité parentale accordée à la partenaire pacsée.....	157
2.1.1.2.2. L'adoption simple refusée à la partenaire pacsée.....	158
2.1.1.2.3. L'adoption d'un enfant recueilli dans son pays d'origine.....	160
2.1.1.2.4. L'établissement de la filiation maternelle.....	162
2.1.2. Les distinctions en droit successoral.....	164
2.1.2.1. Rappel historique du statut inégalitaire des enfants.....	164
2.1.2.2. Les inégalités abrogées.....	165
2.1.2.3. Les inégalités subsistantes.....	167
2.2. LES DISTINCTIONS ENTRE PROPRIÉTAIRES.....	171
2.2.1. Les limitations à l'exercice du droit de propriété.....	173
2.2.1.1. Les limites d'intérêt général restreignant le droit d'usage.....	174
2.2.1.1.1. Les limitations légales et réglementaires au droit d'usage ou de non-usage d'un bien foncier.....	174
2.2.1.1.2. Les troubles anormaux de voisinage.....	176
2.2.1.2. Les limites d'intérêt général restreignant le droit d'exploiter ou de ne pas exploiter.....	178
2.2.1.3. Les limites d'intérêt général au droit de librement disposer : les droits de préemption.....	179
2.2.2. La privation du droit de propriété.....	181
2.2.2.1. L'expropriation pour cause d'utilité publique.....	182
2.2.2.1.1. Le contrôle par le juge de la décision d'exproprier.....	182
2.2.2.1.2. La qualité de la procédure d'expropriation.....	184
2.2.2.1.3. La juste et préalable indemnisation de l'exproprié.....	184
2.2.2.2. La nationalisation.....	185
2.3. LE CONTRÔLE VARIABLE DES DISTINCTIONS JUSTIFIÉES.....	188
2.3.1. Le traitement de l'étranger en situation irrégulière.....	188
2.3.1.1. Le contrôle des étrangers.....	188
2.3.1.2. Les limites de l'autorité judiciaire.....	190
2.3.2. Le devoir de mise en garde.....	191
2.3.2.1. La situation personnelle de l'emprunteur, critère de détermination du contenu du devoir de mise en garde.....	193
2.3.2.2. La situation personnelle de l'emprunteur, critère de détermination du champ d'application du devoir de mise en garde.....	195

Propos préliminaires sur l'application par la Cour de cassation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme

Il convient à titre préalable de rappeler quelques données de base concernant l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme :

En premier lieu, l'article 14 de la Convention européenne énumère à lui seul treize motifs de distinctions ou discriminations prohibées : le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques, toutes autres opinions, l'origine nationale, l'origine sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, toute autre situation¹⁹. Ces motifs sont, à l'exception de l'appartenance à une minorité nationale, les mêmes que ceux qui figurent dans la Déclaration universelle et dans les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme.

En deuxième lieu, ces distinctions ou discriminations ne sont prohibées que pour autant qu'elles se pratiquent dans un droit ou une liberté protégée par la Convention. Cela signifie que l'article 14, dans sa rédaction d'origine, ne contient pas une interdiction générale de la discrimination ou un principe général d'égalité. Il interdit seulement les traitements inégaux ou discriminatoires dans l'exercice des droits et libertés inscrits dans la Convention européenne. Telle est d'ailleurs l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, qui n'applique pas l'article 14 de façon indépendante, mais en combinaison avec un ou d'autres articles de la Convention.

En troisième lieu, cette application non indépendante de l'article 14 n'a pas empêché la Cour européenne d'en faire une interprétation dynamique et extensive.

Ainsi, par le jeu combiné de l'article 14 avec l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la Convention européenne concernant la protection de la propriété²⁰, ou avec l'article 8 de la Convention européenne concernant la protection de la vie privée et familiale²¹, la Cour européenne a pu étendre le principe de non-discrimination, d'une part aux droits patrimoniaux et, par ce biais, à la jouissance des prestations sociales, d'autre part à l'exercice des droits syndicaux.

19. D'autres discriminations sont aujourd'hui énumérées par la loi en France ; voir : articles 225-1 du Code pénal, 32 et s. de la loi du 29 juillet 1881 (discriminations à raison de l'orientation sexuelle, des mœurs, de l'apparence physique, de la santé, du handicap, de l'âge, de la grossesse, de la situation de famille, du patronyme, des caractéristiques génétiques...).

20. Voir notamment, CEDH, 16 septembre 1996, arrêts *Gaygusuz c./Autriche*, requête n° 40892/98 et CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Pouarez c./France*, req. n° 17371/90

21. Voir : CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c./Autriche*, req. n° 20458/92 ; CEDH, 15 février 2006, *Niedzwiecki et Okpiz c./Allemagne*, req. n° 58453/00 ; CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c./Luxembourg*, req. n° 76240/01.

Par ailleurs, la Cour européenne a souligné le caractère impératif du principe de non-discrimination, notamment dans un arrêt du 3 juin 2008²² qui a rappelé par exemple qu'en raison de « *l'importance fondamentale de la prohibition de la discrimination raciale, on ne peut admettre la possibilité de renoncer au droit de ne pas faire l'objet d'une telle discrimination, pareille renonciation se heurtant à un intérêt public important* ».

Enfin, pour l'avenir, le protocole n° 12 à la Convention européenne, en date du 4 novembre 2000, est venu élargir la portée du texte de l'article 14, en posant un principe général d'interdiction de la discrimination dans « *la jouissance de tout droit* » prévu par la loi, quand bien même un tel droit ne serait pas consacré par la Convention européenne, tels les droits économiques, sociaux et culturels protégés par la loi. Mais le protocole n° 12 n'a pas été ratifié par plusieurs pays, dont la France. La Cour de cassation n'a donc pu appliquer l'article 14 que dans sa rédaction initiale.

Avant d'aborder au fond la question de l'application de l'article 14 de la Convention européenne par la Cour de cassation, il convient cependant d'apporter encore trois précisions :

– S'agissant de la question de savoir si la violation de l'article 14 de la Convention européenne peut ou non être soulevée d'office par la Cour de cassation, l'on doit noter que cette question a reçu une réponse positive de la chambre sociale, mais que la troisième chambre civile de la Cour de cassation s'y est refusée, quant à elle, dans un arrêt de 1995 (trois. ch. civ., 8 novembre 1995, pourvoi n° 91-19835).

– S'agissant du caractère non autonome de l'article 14, qui doit être appliqué en combinaison avec un autre article de la Convention, la Cour de cassation, comme la Cour européenne des droits de l'homme, a eu l'occasion de rappeler ce caractère non autonome notamment dans un arrêt de la chambre commerciale du 27 septembre 2005 (Com., 27 septembre 2005, Bull. 2005, IV, n° 184, pourvoi n° 03-15245), qui a considéré comme inopérant le moyen « *qui ne précise pas le droit ou la liberté reconnu par la Convention européenne dont la jouissance n'aurait pas été assurée conformément aux dispositions de l'article 14, du fait de l'existence d'une différence entre le taux de l'intérêt de retard et le taux légal* ».

– S'agissant, enfin, de la définition du terme de « *discrimination* » lui-même, l'on se réfère souvent à la formule consacrée²³ selon laquelle « *discriminer, c'est traiter de façon inégale des situations semblables ou traiter de façon égale des situations dissemblables, sans justification objective ou raisonnable* ».

Cela signifie que le principe de non-discrimination n'est pas absolu. Il peut exister, dans certaines conditions étroitement définies, des distinctions, des restrictions, des limites ou

22. CEDH, 3 juin 2008, *Dimitrescu c./Roumanie*, req. n° 3028/04 (à propos de la scolarisation des enfants Roms).

23. En ce sens : observation générale n° 18 du 9 novembre 1989 du Comité des droits de l'homme des Nations unies ; observations du juge Tanaka dans l'arrêt de la Cour internationale de justice de 1968 concernant l'affaire du Sud-Ouest africain ; CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c./Royaume-Uni*, req. n° 9214/80, n° 9473/81 et n° 9474/81 et CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c./Royaume-Uni*, 2346/02.

des ingérences de l'État qui ont l'apparence d'une discrimination, mais qui sont justifiées par la nécessité de préserver l'intérêt général, l'ordre, la sûreté publique, la santé, la morale ou les droits et libertés d'autrui.

Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les distinctions ou discriminations prohibées sont celles qui n'ont pas de justification objective et raisonnable (critère de légitimité) et celles qui ne présentent pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (critère de proportionnalité).

La Cour européenne admet d'ailleurs que les États jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement²⁴.

Sous le bénéfice de ces observations préalables, il convient de se poser deux questions simples : quand et pourquoi la Cour de cassation a-t-elle appliqué l'article 14 de la Convention européenne ? C'est la question des discriminations ou distinctions prohibées ; quand et pourquoi la Cour de cassation a-t-elle écarté l'application de l'article 14 de la Convention européenne ? C'est la question des discriminations ou plus exactement des distinctions ou différenciations justifiées.

0.1. LA PROHIBITION DE LA DISCRIMINATION PAR APPLICATION DE L'ARTICLE 14 CEDH

Si l'on se réfère aux arrêts les plus récents de la Cour de cassation qui ont fondé directement leur décision sur l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, on constate :

- que les plus nombreux émanent de la chambre sociale et concernent le droit aux prestations sociales et que l'assemblée plénière a ensuite suivi la position de la chambre sociale ;
- que les autres chambres civiles ont rendu aussi quelques arrêts fondés directement sur l'article 14 dans d'autres domaines tandis que la chambre criminelle est celle qui a rendu le moins de décisions fondées sur l'article 14.

0.1.1. L'application par la chambre sociale et par l'assemblée plénière

En premier lieu, c'est d'abord la chambre sociale qui a été la première à prendre en compte la jurisprudence de la Cour européenne concernant l'application de l'article 14 de la Convention européenne, combiné avec l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la Convention, pour

24. En ce sens, CEDH, 18 février 1999, *Larkos c./Chypre*, n° 29515/95 ; CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c./Grèce*, n° 34369/97 ; CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c./France*, n° 40892/98.

prononcer des arrêts de cassation à l'effet de faire bénéficier les étrangers de diverses prestations sociales²⁵.

Peuvent être cités en ce sens, parmi beaucoup d'autres²⁶, trois arrêts de cassation de la chambre sociale rendus au visa de l'article 14 de la Convention européenne qui paraissent représentatifs :

– Le premier arrêt de cassation est celui de la chambre sociale du 14 janvier 1999 (Soc., 14 janvier 1999, Bull. 1999, V, n° 24, pourvoi n° 97-12487), qui a admis le bénéfice de l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité réclamé par un ressortissant turc résidant en France et qui a cassé un arrêt de la cour d'appel de Lyon. En se fondant sur le visa des articles 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 et 1^{er} du protocole n° 1 de cette Convention du 20 mars 1952, la chambre sociale a affirmé « *qu'il résulte de la combinaison de ces textes, tels qu'interprétés par la Convention européenne des droits de l'homme, que les États signataires reconnaissent et assurent à toute personne relevant de leur juridiction la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, sans distinction aucune, fondée notamment sur l'origine nationale* ». En conséquence, la chambre sociale a estimé que la décision de refus de l'allocation réclamée par M. Bozkurt, uniquement fondée sur sa nationalité étrangère, n'était pas justifiée, alors qu'il n'était pas contesté que l'intéressé remplissait toutes les conditions exigées pour l'attribution de cette prestation.

– Le deuxième arrêt de cassation est celui de la chambre sociale du 2 décembre 1999 (Soc., 2 décembre 1999, pourvoi n° 98-17350), qui a repris le même visa en le complétant de la manière suivante : « *Vu les articles 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 et 1^{er} du protocole n° 1 de cette Convention du 20 mars 1952, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme* ». Utilisant ensuite la même motivation que dans l'arrêt *Bozkurt* du 14 janvier 1999, la chambre sociale a cassé l'arrêt attaqué de la cour d'appel de Lyon, qui avait confirmé à tort le refus du bénéfice de l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité à M. Keskin, de nationalité turque, résidant en France et titulaire d'une pension d'invalidité du régime français, alors que M. Keskin remplissait toutes les conditions exigées pour l'attribution de cette

25. CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c./Autriche*, req. n° 17371/90; CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c./Autriche*, req. n° 20458/92; CEDH, 4 juin 2002, CEDH, *Wessels-Bergervoet c./Pays-Bas*, req. n° 34462/97; CEDH, 11 juin 2002, *Willis c./Royaume-Uni*, req. n° 36042/97; CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c./France*, req. n° 40892/98.

26. Voir par exemple : Soc., 7 octobre 1999, pourvoi n° 98-10030 (concernant l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité), *Gaz. Pal.* 4 février 2000, p. 15; Soc., 21 octobre 1999 (concernant l'allocation aux adultes handicapés), Bull. 1999, V, n° 395; Soc., 19 octobre 2000, pourvoi n° 99-12507 (concernant l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité); Soc., 31 octobre 2000, pourvoi n° 98-42594 (concernant l'allocation supplémentaire du Fonds spécial d'invalidité); Soc., 25 janv. 2001, pourvoi n° 99-16462 (concernant l'allocation supplémentaire du Fonds national de sécurité); Soc., 15 mars 2001, pourvoi n° 99-18357 (concernant l'allocation aux adultes handicapés); Soc., 4 octobre 2001, pourvoi n° 00-11755 (concernant l'allocation supplémentaire du Fonds spécial d'invalidité); Soc., 25 octobre 2001, pourvoi n° 00-14106 (concernant l'allocation supplémentaire du Fonds de solidarité vieillesse).

prestation, en sorte que la décision de refus, uniquement fondée sur sa nationalité étrangère, n'était pas justifiée.

– Le troisième arrêt de cassation de la chambre sociale est celui du 31 janvier 2002 (Soc., 31 janvier 2002, Bull. 2002, V, n° 44). Sous les mêmes visas que les deux arrêts précédents, cet arrêt a cassé un arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait confirmé le refus d'attribution de l'allocation aux adultes handicapés à M. Diawara, de nationalité malienne, résidant en France, alors que, selon la chambre sociale « *il résulte des textes susvisés, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme, directement applicables à toute personne relevant de la juridiction des États signataires, que la jouissance d'une prestation telle que l'allocation aux adultes handicapés doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur l'origine nationale, de sorte que M. Diawara ne pouvait pas se voir refuser le versement de l'allocation au seul motif de sa nationalité étrangère* ».

Ces trois arrêts de cassation de la chambre sociale, touchant à l'attribution des prestations sociales, présentent plusieurs intérêts :

– D'une part, ils affirment qu'une distinction ou discrimination fondée uniquement sur l'origine nationale ou une nationalité étrangère est contraire à l'article 14 de la Convention européenne. Ce faisant, ils adoptent une position particulièrement ferme au regard de la jurisprudence de la Cour européenne qui, dans l'arrêt *Gaygusuz* du 16 septembre 1996, avait précisé que « seules des considérations très fortes » ou « des raisons impérieuses » pouvaient l'amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée sur la nationalité.

– D'autre part, ils se réfèrent expressément (le second arrêt dans son chapeau, les deux autres dans leurs motifs), non seulement à l'article 14 de la Convention européenne et à l'article 1^{er} du protocole n° 1, mais aussi à l'interprétation qu'a donnée la Cour européenne de ces textes. La chambre sociale fait donc sienne l'interprétation dynamique de l'article 14 de la Convention qui a été adoptée par la Cour européenne.

– Enfin, le troisième arrêt du 31 janvier 2002 rappelle que les dispositions de la Convention européenne, telle qu'interprétées par la Cour européenne, sont directement applicables à toute personne relevant de la juridiction des États parties, quelle que soit sa nationalité. Cette même affirmation touchant au champ d'application large de la Convention européenne est également présente, de façon plus concise, dans le premier arrêt du 14 janvier 1999.

C'est dans la ligne de la jurisprudence de la chambre sociale que s'inscrit l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 16 avril 2004 (Ass. plén., 16 avril 2004, Bull. 2004, Ass. plén., n° 8), auquel il faut rapprocher deux arrêts ultérieurs de la deuxième chambre civile des 14 septembre 2006 (deux. ch. civ., 14 septembre 2006, Bull. 2006, II, n° 238, pourvoi n° 04-30837) et 6 décembre 2006 (deux. ch. civ., 6 décembre 2006, Bull. 2006, II, n° 342, pourvoi n° 05-12666).

L'arrêt du 16 avril 2004 a confirmé un arrêt de la cour d'appel de Poitiers, qui avait accueilli la demande de M^{me} Lingouala, de nationalité congolaise, résidant régulièrement en France, et réclamant elle-même le bénéfice des allocations familiales pour ses deux enfants

mineurs de nationalité congolaise, entrés et résidant en France avec elle, sans avoir à attendre la délivrance du certificat de contrôle médical de l'Office national d'immigration (OMI).

Dans cet arrêt, qui ne comporte pas de chapeau (puisqu'il s'agit d'un arrêt de rejet et non de cassation), l'assemblée plénière de la Cour de cassation a retenu les motifs suivants : « *Attendu que, selon les articles L. 512-1 et L. 512-2 du Code de la Sécurité sociale, les étrangers résidant régulièrement en France avec leurs enfants mineurs bénéficient de plein droit des prestations familiales ; que la cour d'appel, qui a constaté qu'il n'était pas contesté que M^{me} Lingouala résidait régulièrement en France depuis le 27 septembre 1991 avec ses deux enfants, en a exactement déduit, par une interprétation des textes précités, conforme aux exigences des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, que les prestations familiales étaient dues à compter du 1^{er} mars 1993 (date de la demande auprès de la caisse compétente)* ».

Cet arrêt d'assemblée plénière, qui s'inscrit dans la ligne des arrêts précités de la chambre sociale *Bozkurt* et autres, a marqué la volonté de la Cour de cassation, dans sa formation plénière, d'interpréter l'article L. 512-1 du Code de la Sécurité sociale à la lumière de la jurisprudence européenne, en considérant que la jouissance de prestations sociales comme les prestations familiales, doit, sauf raisons et objectives impérieuses, être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur l'origine nationale.

Or, la subordination de l'ouverture du droit à ces prestations familiales à la délivrance d'un certificat de contrôle médical de l'OMI pour des enfants étrangers dont il n'était pas contesté qu'ils étaient entrés et qu'ils séjournèrent en France avec leurs parents régulièrement, n'a pas semblé répondre à un motif suffisamment impérieux et a été regardée dès lors comme une restriction trop rigoureuse imposée à ces enfants et disproportionnée par rapport au but poursuivi, s'agissant surtout de prestations indispensables pour l'entretien, le bien-être desdits enfants et le respect effectif de leur vie privée et familiale.

Il est clair cependant que cette jurisprudence touche à la question délicate et sensible de la conciliation à trouver entre les impératifs humanitaires ou les exigences de la protection des droits de l'homme, d'une part, et les contraintes de la politique de maîtrise des flux migratoires et des dépenses sociales, d'autre part.

L'arrêt d'assemblée plénière du 16 avril 2004 semble d'ailleurs avoir été remis en cause pour partie par la nouvelle loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005²⁷, dont l'article 89 a modifié l'article L. 512-2 du Code de la Sécurité sociale, ainsi que par le décret n° 2006-234 du 27 février 2006, modifiant l'article D. 512-2 du même code et la liste des justificatifs de la régularité du séjour des étrangers.

La question de la compatibilité de ces nouveaux textes avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme a depuis lors fait l'objet d'une demande d'avis adressée à la Cour de cassation par le tribunal de Créteil, mais cette demande a été suivie d'une décision de non-lieu à avis en date du 8 octobre 2007.

27. Il convient de noter que la loi du 19 décembre 2005 a été déferée avant sa promulgation au Conseil constitutionnel, qui a estimé que l'article 89 de cette loi n'était pas contraire à la Constitution. (Cons. const., 15 décembre 2005, décision n° 2005-528 DC).

0.1.2. L'application par les autres chambres

Trois autres arrêts méritent également d'être cités pour avoir fait application de l'article 14 de la Convention européenne :

– L'arrêt de la première chambre civile du 14 février 2006 (prem. ch. civ., 14 février 2006, Bull. 2006, I, n° 73, pourvoi n° 05-13 006), cassant pour violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne un arrêt de cour d'appel qui avait retenu que, faute de reconnaissance et en l'absence de possession d'état, un acte de naissance ne pouvait suffire à établir la filiation naturelle, alors que la désignation de la mère dans l'acte de naissance suffit à établir cette filiation.

– L'arrêt de la deuxième chambre civile du 21 décembre 2006 (deux. ch. civ., 21 décembre 2006, Bull. 2006, II, n° 364, pourvoi n° 04-30 586), aux termes duquel, en application des dispositions combinées de l'article 14 de la Convention européenne et de l'article 1^{er} du protocole n° 1 à cette Convention, directement applicables à toute personne relevant de la juridiction des États signataires, un homme qui apporte la preuve qu'il a élevé un enfant doit bénéficier de la même majoration de durée d'assurance que celle prévue à l'article L. 351-4 du Code de la Sécurité sociale pour les femmes ayant élevé un ou plusieurs enfants.

– L'arrêt de la chambre commerciale du 8 juillet 2003 (Com., 8 juillet 2003, Bull. 2003, IV, n° 121, pourvoi n° 00-21 591), qui s'est fondé, pour consacrer le droit d'agir en justice des personnes morales de nationalité étrangère, sur les articles 1^{er}, 14 et 6-1 de la Convention européenne, les articles 1^{er} et 5 du protocole n° 1 à cette Convention, ensemble l'article 55 de la Constitution. Au visa de ces articles, la chambre commerciale a ainsi cassé l'arrêt d'une cour d'appel ayant déclaré irrecevable la demande en justice d'une société au motif que celle-ci ne pouvait pas ester en justice faute de satisfaire aux exigences de la loi du 30 mai 1857, qui subordonnait le droit d'agir des sociétés de capitaux étrangères à une autorisation déliivrée par décret, alors que toute personne morale, quelle que soit sa nationalité, a droit au respect de ses biens et à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial.

Qu'en est-il, enfin, de la chambre criminelle de la Cour de cassation ? S'il peut paraître surprenant, à première vue, que ne soient pas cités ici des arrêts de la chambre criminelle ayant fait une application directe de l'article 14 de la Convention européenne, l'explication de cette absence tient à plusieurs facteurs :

– En premier lieu, lorsque la chambre criminelle est saisie – ce qui est fréquent – de pourvois concernant des cas de discriminations, notamment de discriminations fondées sur l'appartenance à une race, une ethnie ou une religion, elle fonde le plus souvent ses décisions sur les dispositions de droit interne français, qui sont nombreuses en la matière²⁸.

– En deuxième lieu, dans le domaine des droits procéduraux, même si le principe de non-discrimination et d'égalité est souvent implicitement en cause, la jurisprudence de la

28. Voir : articles 225-1 et suivants, R. 624-3 et suivants du Code pénal, 32 et suivants de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

chambre criminelle est amenée à se fonder plutôt sur le principe du procès équitable inscrit à l'article 6 de la Convention européenne, qui inclut notamment l'égalité des armes, l'égalité dans l'accès au tribunal et dans l'exercice des voies de recours, sans que l'article 14 de la Convention n'ait à être directement visé²⁹.

– En troisième lieu, s'agissant des affaires de discriminations raciales, d'injures ou de diffamations raciales et d'atteintes au droit à la liberté de religion ou de conviction, elles sont généralement portées devant la chambre criminelle sous l'angle du conflit entre le droit à la liberté d'expression ou la liberté de la presse (article 10 de la Convention européenne) et le droit à la protection contre le racisme (tel que protégé par les dispositions internes précitées) ou le droit à la liberté de religion (article 9 de la Convention européenne), sans que l'article 14 de la Convention européenne soit lui-même invoqué³⁰.

– En ce qui concerne, enfin, problème de la preuve des comportements discriminatoires, la chambre criminelle a rendu dès 2002 un arrêt très remarqué pour valider les opérations dites de *testing* (Crim., 11 juin 2002, Bull. crim. 2002, n° 131, pourvoi n° 01-85 559) mais elle l'a fait en se fondant uniquement sur les dispositions de droit interne : les articles 427, 591, 593 du Code de procédure pénale, 225-1 et 225-2 du Code pénal.

0.2. LES DISTINCTIONS ACCEPTÉES NONOBTANT L'ARTICLE 14 CEDH

Nombreux sont les arrêts de la Cour de cassation de ces dernières années qui ont écarté l'application de l'article 14 de la Convention européenne alors qu'elle était invoquée devant eux. Les motifs de non-application de l'article 14 sont eux-mêmes multiples.

0.2.1. L'article 14 CEDH écarté pour des raisons procédurales

Tel est le cas lorsque les dispositions de l'article 14 n'ont pas été invoquées dans les conclusions des demandeurs :

Ainsi, dans un arrêt du 8 novembre 1995 (pourvoi n° 91-19835), la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé que, dès lors que les demandeurs n'avaient pas invoqué dans leurs conclusions les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme,

29. À rapprocher par exemple, dans le même sens, de la jurisprudence de la Cour de cassation sur les lois de validation à effet rétroactif portant atteinte à l'équité du procès (voir Ass. plén., 23 janvier 2004, Bull. Ass. plén., 2004, n° 2).

30. Crim., 23 février 1993, Bull. crim. 1993, n° 86, pourvoi n° 92-83 478; Crim., 20 décembre 1994, Bull. crim. 1994, n° 424, pourvoi n° 93-80 267; Crim., 24 juin 1997, Bull. crim. 1997, n° 253, pourvoi n° 95-81 187; Crim., 17 juin 1997, Bull. crim. 1997, n° 236, pourvoi n° 94-85 120; Crim., 12 septembre 2000, pourvoi n° 00-82 295, *Dr. pénal* 2001, obs. M. Véron. À rapprocher : Ass. plén., 16 février 2007, pourvoi n° 06-81 785.

le moyen pris de la violation des articles 3, 8 et 14 de la Convention était, de ce chef, nouveau, mélangé de fait et de droit. Il s'agissait en l'espèce de demandeurs qui invoquaient notamment une discrimination fondée sur leur origine sociale, à savoir leur appartenance au monde des sans-logis et à une famille en situation d'extrême pauvreté, du fait de leur assignation en expulsion et leur évacuation des lieux ordonnée sous astreinte.

0.2.2. L'article 14 CEDH écarté en raison de son champ d'application

Tel a été le cas en matière de recouvrement des impôts, dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 septembre 2005 (Com., 27 septembre 2005, Bull. 2005, IV, n° 185, pourvoi n° 03-14636)³¹, qui a considéré que ne sont pas contraires aux articles 14 de la Convention européenne et 1^{er} du protocole n° 1 de cette Convention les pénalités fiscales fixées par l'article 1727 du Code général des impôts en cas de redressement de droits d'enregistrement, dont le taux est supérieur à celui de l'intérêt légal prévu aux articles 1153 du Code civil, L. 208 et L. 209 du Livre des procédures fiscales (ce qui, était-il allégué, introduirait une discrimination injustifiée entre le contribuable et l'État et entre contribuables en fonction de la qualité du créancier), dès lors que les dispositions de l'article 14 de la Convention européenne et de l'article 1^{er} du protocole n° 1 à cette Convention sont sans portée dans les rapports institués entre l'État et les contribuables à l'occasion de l'établissement ou du recouvrement de l'impôt.

Tel a été le cas également en ce qui concerne la détermination des règles applicables aux nationaux, dans un arrêt de la première chambre civile et deux arrêts de la chambre criminelle :

– Par un arrêt du 25 avril 2007 (prem. ch. civ., 25 avril 2007, Bull. 2007, I, n° 159, pourvoi n° 04-17632), la première chambre civile de la Cour de cassation, saisie du pourvoi d'une personne née en Algérie en 1945, qui se prévalait de l'article 32-2 du Code civil pour démontrer sa qualité de français de statut civil de droit commun avant l'indépendance, non soumis à l'obligation de souscrire une déclaration de reconnaissance de la nationalité française, a rejeté ce pourvoi au motif que la détermination par un État de ses nationaux par application de la loi sur la nationalité ne peut constituer une discrimination, ni au sens de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, ni au sens de l'article 5 d-3 de la Convention internationale des Nations unies pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

– Dans un arrêt du 11 mars 1998 (Crim., 11 mars 1998, Bull. crim. 1998, n° 97, pourvoi n° 97-80983), la chambre criminelle de la Cour de cassation a déclaré non contraire à l'article 14 de la Convention européenne la sanction consistant à invalider le permis de conduire par suite de la perte de points qui n'est applicable qu'aux titulaires d'un permis français, dès lors qu'aucune règle de droit international ne fait obstacle à ce qu'un État applique à ses

31. Dans le même sens : avis du Conseil d'État du 12 avril 2002 (*SA Financière Labeyrie*, RJF 06/02 n° 673).

nationaux des règles plus sévères que celles qui s'imposent sur son territoire à des ressortissants étrangers. Il s'agit ici, en quelque sorte, d'une « discrimination à rebours autorisée ».

– Dans un autre arrêt du 31 janvier 2001 (Crim., 31 janvier 2001, Bull. crim. 2001, n° 31, pourvoi n° 00-82984), la chambre criminelle a rappelé que seule la qualité de français de la victime directe de l'infraction commise à l'étranger attribue compétence aux lois et juridictions françaises sur le fondement des articles 113-7 du Code pénal et 689 du Code de procédure pénale et que les stipulations des articles 6 et 14 de la Convention européenne ne sauraient s'interpréter comme étant de nature à remettre en cause les règles relatives à la compétence internationale des lois et juridictions pénales françaises.

– Tel a été le cas encore dans trois arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation des 22 novembre 2000 (Crim., 22 novembre 2000, Bull. crim. 2000, n° 350, pourvoi n° 00-82051), 14 mars 2001 (Crim., 14 mars 2001, pourvoi n° 00-85686) et 25 avril 2001 (Crim., 25 avril 2001, pourvoi n° 00-82013) concernant l'application dans le temps de la loi instituant l'appel des arrêts des cours d'assises :

Ces trois arrêts ont jugé non contraire à l'article 14 de la Convention européenne et au protocole n° 7 à cette Convention la condamnation de l'accusé en dernier ressort par un arrêt de cour d'assises prononcé antérieurement à la publication de la loi du 15 juin 2000 qui a institué l'appel des arrêts des cours d'assises, dès lors que les dispositions des articles 79 à 86 de la loi du 15 juin 2000, ayant instauré un appel en matière criminelle, ne sont entrées en application que le 1^{er} janvier 2001. En conséquence, si l'article 140 de cette loi prévoit que les personnes ayant été condamnées par une cour d'assises postérieurement à la publication de la loi et dont la condamnation ne sera pas définitive le 1^{er} janvier 2001 pourront, dans les dix jours suivant cette date, transformer leur pourvoi en appel, il ne saurait en résulter de discrimination à l'égard des personnes qui ont été condamnées antérieurement, sous l'empire de la loi ancienne.

Il peut arriver cependant qu'en déclarant une distinction ou une discrimination hors du champ d'application de l'article 14 de la Convention européenne, la Cour de cassation se mette en contradiction avec la jurisprudence de la Cour européenne et suscite ensuite une condamnation de la France par les juges européens :

Tel a été le cas lorsque la première chambre civile, à propos de la discrimination dans la part successorale des enfants adultérins, a refusé dans un premier temps d'appliquer l'article 14 de la Convention européenne au motif que la vocation successorale était étrangère au respect de la vie privée et familiale dont le droit est reconnu par l'article 8 de la Convention européenne et garanti sans distinction par l'article 14 de la Convention (prem. ch. civ., 25 juin 1996, Bull. 1996, I, n° 268, pourvoi n° 94-14858).

Cette position de la première chambre civile a été condamnée ensuite par la Cour européenne dans l'arrêt *Mazurek c./France* du 1^{er} février 2000³², qui a rappelé que l'article 14 de la Convention européenne interdit de traiter de manière différente des personnes placées

32. Dans le même sens : voir CEDH, 22 décembre 2004, *Merger et Cros c./France*, req. n° 68864/01.

dans des situations comparables quant à la jouissance des droits et libertés sauf justification objective et raisonnable. Ce faisant, les juges européens ont écarté l'argument de la protection de la famille traditionnelle, en relevant que l'institution de la famille n'est pas figée et que, par ailleurs, l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables pour le pénaliser dans le partage de la masse successorale. Comme on le sait, le législateur français est venu, depuis lors, mettre fin lui-même aux inégalités affectant les enfants adultérins par les lois des 3 décembre 2001 et 4 mars 2002.

0.2.3. L'inexistence de la discrimination alléguée

S'agissant de la chambre sociale de la Cour de cassation, trois arrêts paraissent significatifs en ce sens :

– Dans un arrêt du 6 juin 2001 (Soc., 6 juin 2001, pourvois n° 98-46254 et n° 98-46383), la chambre sociale a estimé que l'article 14 de la Convention européenne et l'article 1^{er} du protocole n° 1 à cette Convention ne sont pas applicables au cas d'un salarié mis à la retraite à raison de son âge, ce qui est bien distinct d'un licenciement, dès lors que l'intéressé remplit les conditions d'âge et d'ancienneté permettant à l'employeur de le mettre à la retraite, conformément à l'article 11 du décret du 5 avril 1968 modifiant le statut des caisses de retraites des personnels de l'opéra.

– Dans un arrêt du 23 mai 2001 (Soc., 23 mai 2001, pourvoi n° 99-42540), la chambre sociale a écarté l'application de l'article 14 de la Convention européenne dans le cas d'une discrimination qui avait déjà donné lieu à réparation. Elle a considéré que c'était à tort qu'une employée des postes des îles Wallis et Futuna reprochait à l'autorité administrative territoriale une discrimination raciale prohibée par l'article 14 de la Convention européenne en lui refusant des dommages et intérêts consécutifs à sa perte de carrière, alors que le tribunal de première instance de Mata-Utu, juridiction d'appel, avait retenu la discrimination dont l'employée avait été victime et réparé, par une indemnité globale, l'intégralité du préjudice subi par l'intéressée.

– Dans un autre arrêt du 26 septembre 2002 (Soc., 26 septembre 2002, pourvoi n° 01-20168), la chambre sociale a estimé également que n'était pas contraire au principe de non-rétroactivité des lois, à l'article 2 du Code civil et au principe juridique de sécurité juridique combiné avec l'article 14 de la Convention européenne, ni avec l'article 55 de la Constitution, la décision de la cour d'appel de Rennes de refuser de rembourser à un exploitant agricole la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS) qu'il avait versée au titre des années 1996 et 1997, alors que cette contribution était, en application de l'article 136-4 du Code de la Sécurité sociale, exigible de cet exploitant agricole dès l'année 1996.

S'agissant de la première chambre civile, un arrêt du 18 mai 2005 (prem. ch. civ., 18 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 211), concernant la reconnaissance de paternité par un transsexuel, a dit que n'était pas contraire aux articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne la décision de la cour d'appel ayant annulé la reconnaissance d'un enfant né par procréation assistée avec tiers donneur, alors que la filiation contestée avait été établie par un transsexuel concubin de la mère avant l'entrée en vigueur des lois bioéthiques de 1994, qu'aucun consentement

à l'insémination artificielle n'avait été établi et que cette reconnaissance de paternité était contraire à la vérité biologique.

S'agissant de la deuxième chambre civile, relèvent également de cette catégorie de cas de discriminations alléguées mais non caractérisées, les deux arrêts suivants concernant les conditions d'allocation du Fonds spécial d'invalidité :

– Un arrêt de rejet du 13 décembre 2005 (deux. ch. civ., 13 décembre 2005, pourvoi n° 04-30400), selon lequel ne viole pas le principe d'égalité de traitement reconnu par l'article 14 de la Convention européenne, l'article 1 du protocole n° 1 à cette Convention et les articles L. 815-4, L. 815-8 et R. 813-50 du Code de la Sécurité sociale, l'arrêt de la cour d'appel de Versailles qui a fait droit au recours d'un ressortissant marocain résidant en France contre la décision de la caisse d'assurance-maladie de suspendre le versement de l'allocation supplémentaire du Fonds spécial d'invalidité dont il bénéficiait, au motif erroné qu'il était séparé de fait de son épouse restée au Maroc avec leurs enfants mineurs et que cette situation était assimilable à celle d'un célibataire pour l'appréciation du niveau des ressources, alors que, malgré leurs résidences distinctes, les deux époux maintenaient une communauté de vie excluant leur séparation de fait et que la situation du mari ne relevait pas du plafond de ressources applicable aux célibataires.

– Un arrêt du 8 novembre 2006 (deux. ch. civ., 8 novembre 2006, pourvoi n° 05-14719), dans lequel la deuxième chambre civile a estimé que n'avait pas procédé à une discrimination prohibée par l'article 14 de la Convention européenne l'arrêt de la cour d'appel de Versailles qui avait confirmé la réduction apportée par la caisse d'assurance-maladie à l'allocation supplémentaire du Fonds spécial d'invalidité à taux plein perçue par un ressortissant algérien résidant en France et titulaire d'une pension d'invalidité, et ce à la suite d'un contrôle qui avait révélé que son épouse ne résidait pas avec lui, dès lors que la cour d'appel avait constaté, par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve, l'absence de toute communauté de vie, excluant la séparation de fait entre l'intéressé et son épouse.

0.2.4. La proportionnalité ou la similitude de traitement

La Cour de cassation fonde aussi sa décision de ne pas appliquer l'article 14 de la Convention européenne sur l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (critère de proportionnalité) ou sur le constat que le traitement dénoncé concerne toutes les personnes placées dans une situation semblable.

S'agissant de la première chambre civile de la Cour de cassation, trois arrêts illustrent notamment cette catégorie de décisions :

– Dans un arrêt du 9 novembre 2004 (prem. ch. civ., 9 novembre 2004, pourvoi n° 02-19868), la première chambre civile a considéré que l'interdiction de faire mention de juristes non-avocats sur un papier à lettre d'un avocat, adoptée par le Conseil de l'ordre des avocats au Barreau de Pau, n'avait pas créé une discrimination au sens de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que cette décision, prise dans le respect de l'autonomie de ce barreau, s'étendait à l'ensemble des membres du barreau sans distinction.

– Dans un arrêt du 12 avril 2005 (prem. ch. civ., 12 avril 2005, pourvoi n° 02-13 762), la première chambre civile a décidé que n'est pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention européenne, la suppression, en cas de remariage, de la pension de réversion prévue par la convention collective des cadres au profit des conjoints survivants non remariés, dès lors que cette suppression s'applique sans distinction et de manière objective à une même catégorie de personnes.

– Dans un arrêt du 4 juillet 2006 (prem. ch. civ., 4 juillet 2006, pourvoi n° 03-16 964), la première chambre civile a estimé que l'article 340, alinéa 3, du Code civil, qui enferme l'action en recherche de paternité naturelle exercée par l'enfant dans le délai de deux ans suivant sa majorité, ne comporte pas de caractère discriminatoire à l'égard de l'enfant naturel et n'est pas contraire aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que l'article 313-2, dernier alinéa, du Code civil institue un délai identique pour l'action en rétablissement de la présomption de paternité légitime lorsque celle-ci est exercée par l'enfant.

S'agissant de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, deux arrêts peuvent être cités :

– Dans un arrêt du 11 octobre 2006 (deux. ch. civ., 11 octobre 2006, pourvoi n° 05-15 149), la deuxième chambre civile a déclaré que ne constituait pas une atteinte aux impératifs de proportionnalité et de non-discrimination, découlant des 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et premier du protocole n° 1 à cette Convention, la décision de la cour d'appel de Paris validant les contraintes délivrées par la caisse ORGANIC en vue d'obtenir le paiement par un ex-époux, divorcé de son épouse, de la cotisation additionnelle du régime complémentaire obligatoire des conjoints des travailleurs non salariés pour l'année 2000 et le premier semestre 2001, dès lors que cette cotisation était due par tous les assujettis du régime de base, quel que soit leur état matrimonial, et qu'elle n'est que la conséquence du principe de solidarité sur lequel est fondée la législation de sécurité sociale.

– Dans un arrêt du 6 décembre 2006 (deux. ch. civ., 6 décembre 2006, pourvoi n° 05-20 279), la deuxième chambre civile a considéré que ne constituait pas une discrimination dans l'emploi à raison du seul état de santé, telle que prohibée par l'article 14 de la Convention européenne, la décision de la cour d'appel de Poitiers qui avait refusé de prendre en compte dans le calcul des droits à la retraite d'un médecin (médecin libéral, puis médecin de visite à la SNCF) la période durant laquelle il avait perçu une pension d'invalidité, dès lors, d'une part que la même activité professionnelle ne peut ouvrir de droit à pension de vieillesse au titre de deux régimes différents et qu'une discrimination ne peut être fondée que sur des situations identiques, d'autre part que le médecin concerné n'avait pas perçu du régime général une pension d'invalidité et ne pouvait pas prétendre à la validation par ce régime de la période litigieuse, le cas d'une personne indemnisée de son invalidité n'étant, par ailleurs, pas similaire à celui d'un chômeur.

S'agissant de la chambre sociale, deux arrêts s'inscrivent dans le même esprit :

– Un arrêt du 11 mai 2005 (Soc., 11 mai 2005, Bull. 2005, V, n° 163, pourvoi n° 04-44 065) par lequel la chambre sociale a considéré que ne constitue pas une discrimination dans la

jouissance des droits sociaux, au sens de l'article 14 de la Convention européenne et de l'article 1^{er} du protocole n° 1 à cette Convention, l'existence de régimes de sécurité sociale différents en fonction de la profession exercée par les associés, dès lors que toutes les personnes exerçant une activité professionnelle déterminée dans les mêmes conditions sont affiliées au même régime.

– Un arrêt du 13 décembre 1995 (Soc., 13 décembre 1995, pourvoi n° 92-41 954) qui a constaté que ne constituent pas des irrégularités de traitement et ne sont pas contraires à l'article 14 de la Convention européenne, les dispositions de l'article L. 122-14-4 du Code du travail, combinées avec celles de l'article L. 122-14-6 du même code, subordonnant le remboursement des allocations de chômage à un double critère objectif tenant à l'importance de l'entreprise et à l'ancienneté du travailleur licencié, comme celles fixant la limite de la réparation du préjudice des organismes concernés à la date à laquelle le juge se prononce.

S'agissant de la chambre criminelle de la Cour de cassation, plusieurs arrêts entrent aussi dans cette catégorie de décisions :

– Les arrêts des 13 juin 1995 (Crim., 13 juin 1995, Bull. crim. 1995, n° 217, pourvoi n° 93-82 144, Gaz. Pal. 1995, somm., p. 459, J, n° 297) et 20 juin 2006 (Crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-26 690), qui ont affirmé que n'est pas contraire aux dispositions de l'article 14 de la Convention européenne la protection instituée par les articles 24, alinéa 6 et 32, alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse (protection contre la provocation à la discrimination à l'égard d'un groupe de personnes à raison de leur race ou de leur religion), dès lors que, d'une part elle est offerte à tous ceux qui sont victimes de propos discriminatoires, injurieux ou diffamatoires en raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une communauté ethnique, nationale, raciale ou religieuse, et que, d'autre part, les sanctions qui la garantissent sont applicables à tous.

– L'arrêt du 12 mars 2002 (Crim., 12 mars 2002, pourvoi n° 01-82 510), qui a rappelé que l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme n'exige pas que la loi nationale applique des dispositions identiques à des situations différentes. En conséquence, est regardé comme inopérant le moyen de cassation d'un éleveur de chevaux poursuivi pour exercice illégal de la médecine des animaux, invoquant l'inconventionnalité du texte législatif, base de la poursuite, en ce qu'il prévoit une exception à la poursuite pour les seuls fonctionnaires et agents contractuels du service des haras nationaux.

– L'arrêt du 24 novembre 2004 (Crim., 24 novembre 2004, Bull. crim. 2004, n° 296, pourvoi n° 03-87 855), concernant la compétence de la cour d'assises spécialement composée en matière d'actes de terrorisme, aux termes duquel « *les règles fixées par l'article 706-25 du Code de procédure pénale, qui prévoient que lorsque les infractions entrent dans le champ d'application de l'article 706-16 dudit code, la cour d'assises doit être composée conformément aux dispositions de l'article 698-6 du même code, répondent, au regard du principe de l'égalité, aux exigences des articles 6 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que, d'une part l'attribution de compétence qui en résulte embrasse toutes les infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-16 précité et tous les accusés tombant sous le coup de ce texte, sans aucune distinction, et que d'autre part les droits de la défense peuvent s'exercer sans discrimination* ».

– Les arrêts des 16 novembre 1999 (Crim., 16 novembre 1999, Bull. crim. 1999, n° 260, pourvoi n° 96-85 723) et 12 avril 2005 (Crim., 12 avril 2005, Bull. crim. 2005, n° 121, pourvoi n° 04-85 982), qui ont déclaré que ne constitue pas une discrimination au sens des articles 6 et 14 de la Convention européenne l'exigence, pour qu'une association puisse se constituer partie civile devant la juridiction répressive, qu'elle remplisse les formalités exigées par l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901, auxquelles toute association, française ou étrangère, doit se soumettre pour obtenir la capacité d'ester en justice.

0.2.5. Le critère de légitimité

La Cour de cassation justifie enfin très fréquemment son refus d'appliquer l'article 14 de la Convention européenne en se fondant sur le critère de légitimité, c'est-à-dire sur le constat que la distinction ou la discrimination alléguée répond en réalité à des motifs objectifs et raisonnables ou à un but légitime. Quelques exemples illustrent cette catégorie de décisions :

S'agissant de la première chambre civile, il faut signaler l'arrêt du 13 mars 2007 sur le mariage homosexuel (prem. ch. civ., 13 mars 2007, Bull. 2007, I, n° 113, pourvoi n° 05-16 627), dans lequel la Cour de cassation, saisie de la question du mariage revendiqué par deux personnes de même sexe masculin, a dit que le principe de la loi française selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme n'est pas contraire aux articles 14 et 8 de la Convention européenne ni à l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui n'a pas en France de force obligatoire.

S'agissant de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, deux arrêts peuvent être cités :

– L'arrêt du 3 février 2005 (deux ch. civ., 3 février 2005, Bull. 2005, II, n° 24, pourvois n° 04-06 001 et n° 04-06 002), concernant le bénéfice du Fonds d'indemnisation des victimes contaminées par le virus du SIDA, qui a déclaré non incompatibles avec les principes d'égalité de traitement consacrés par les articles 7 du traité de Rome et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, les dispositions de l'article L. 3122-1 du Code de la santé publique, qui reposent sur un critère objectif d'indemnisation, sans exclusion pour les victimes, quelle que soit leur nationalité, contaminées dans un autre État avec des produits sanguins ou dérivés du sang recueillis et conditionnés en France, le droit de réclamer réparation selon le droit commun.

– L'arrêt du 7 février 1996 (deux ch. civ., 7 février 1996, pourvoi n° 93-12 239), dans lequel cette chambre, saisie d'une décision de la cour d'appel de Versailles qui avait confié à la mère l'autorité parentale sur l'un des enfants du couple en prononçant le divorce des époux, a considéré que cette décision ne saurait être regardée comme contraire au principe de non-discrimination entre les sexes s'agissant de l'exercice de l'autorité parentale ni aux articles 14 de la Convention européenne et 5 du protocole n° 7 à cette Convention, dès lors que la cour d'appel avait justifié sa décision dans l'intérêt de l'enfant, en retenant que la mère avait un emploi stable, qu'elle s'occupait avec attention de ses enfants et qu'elle ne se comportait pas en ennemi du père, à la différence de ce dernier, qui dénigrait constamment

son ex-femme avec une absence totale de respect pour la mère de l'enfant, ce qui ne pouvait manquer d'être perçu par l'enfant.

S'agissant de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, un arrêt intéressant est celui du 17 juillet 1996 (trois. ch. civ., 17 juillet 1996, pourvoi n° 94-14 769), dans lequel cette chambre a décidé que ne sont pas incompatibles avec les articles 14 et 11 de la Convention européenne et avec l'article 1^{er} du protocole n° 1 à cette Convention les dispositions de la loi du 10 juillet 1964 prévoyant l'apport obligatoire du droit de chasse à une association communale de chasse agréée pour les propriétaires fonciers possédant moins de vingt hectares de terres, dès lors que la Convention européenne reconnaît aux États le droit de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour régler l'usage des biens conformément à l'intérêt général, que la protection de la faune et de l'environnement contre la chasse sauvage participe de la sauvegarde de l'intérêt général et que l'admission de droit du propriétaire ayant apporté son terrain à l'ACCA est une contrepartie de son apport et ne met à sa charge aucune obligation de faire acte d'adhésion à cette association.

S'agissant de la chambre criminelle de la Cour de cassation, de nombreux arrêts ont écarté l'application de l'article 14 de la Convention européenne en se fondant sur ce critère de légitimité :

– Tel est le cas de l'arrêt du 8 août 2001 (Crim., 8 août 2001, pourvoi n° 01-83878), affirmant que n'est pas contraire à l'article 14 de la Convention européenne la décision d'une chambre de l'instruction de maintenir en détention un prévenu, dès lors que cette décision n'est pas motivée par une discrimination abstraite fondée sur son origine nationale, mais par l'insuffisance des garanties de maintien à la disposition de la justice³³.

– Tel est aussi le cas de l'arrêt du 12 février 2003 (Crim., 12 février 2003, pourvoi n° 02-87 743) dans lequel la chambre criminelle a considéré que le moyen tiré de la conformité de l'article 137 du Code de justice militaire avec l'article 14 de la Convention européenne n'avait pas à être examiné par la chambre de l'instruction pour confirmer l'ordonnance de rejet de mise en liberté du prévenu rendue par le juge des libertés et de la détention du tribunal aux armées de Paris, dès lors que les juges d'appel avaient relevé que la détention provisoire était l'unique moyen de prévenir le renouvellement de l'infraction et de faire cesser le trouble exceptionnel et persistant porté à l'ordre public, et qu'une mesure de contrôle judiciaire était inadaptée à la situation du prévenu poursuivi pour viol et agression sexuelle.

– Tel est également le cas de l'arrêt du 26 novembre 2003 (Crim., 26 novembre 2003, pourvoi n° 03-85392), considérant que n'a pas méconnu les articles 6-2 et 14 de la Convention européenne et a fait l'exacte application de l'article 144-3 du Code de procédure pénale, la

33. À rapprocher, même s'ils ne visent pas expressément l'article 14 de la convention européenne, les arrêts de la chambre criminelle qui ont rejeté les recours exercés contre l'exécution de mandats d'arrêt européens, dès lors que les requérants ne démontraient l'existence d'aucun fait laissant supposer le caractère politique ou la motivation ethnique ou raciale de la demande d'exécution du mandat d'arrêt : voir Crim., 26 septembre 2007, Bull. crim. 2007, n° 229, pourvoi n° 07-86099 ; Crim., 30 septembre 2007, pourvoi n° 07-86941 ; Crim., 22 janvier 2008, pourvoi n° 07-88657.

chambre de l'instruction qui a justifié la détention du prévenu, poursuivi pour viols aggravés, notamment par la nécessité de mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité des faits.

– Est encore significatif l'arrêt du 6 juin 2004 (Crim., 6 juin 2004, pourvois n° 03-86 264 et n° 03-86 767), constatant que ne sont pas contraires aux exigences de l'article 14 de la Convention européenne les dispositions de l'article 148-2, alinéa 2, du Code de procédure pénale, issues de la loi du 9 septembre 2002, qui accordent aux juridictions appelées à statuer sur une demande de mise en liberté un délai différent au regard de chaque stade de la procédure.

– Enfin, dans plusieurs arrêts concernant la publicité illicite en faveur du tabac³⁴, la chambre criminelle a écarté l'application de l'article 14 de la Convention européenne en considérant que les différences de traitement alléguées par le prévenu procédaient d'une distinction objective et proportionnée au but poursuivi. Ainsi, dans l'arrêt du 11 janvier 2005 (Crim., 11 janvier 2005, pourvoi n° 00-80907) la chambre criminelle a jugé justifiée la condamnation du prévenu à une amende pour publicité illicite en faveur du tabac, dès lors que la cour d'appel avait établi l'existence de photographies d'un pilote de course automobile et de sa voiture laissant apparaître le nom d'une marque de cigarettes ainsi qu'un photomontage satirique tournant en dérision les mentions légales d'information obligatoires, sans que puisse être invoquée une discrimination prohibée par l'article 14 de la Convention européenne du fait que l'article L. 3511-5 du Code de la santé publique autorise la retransmission des compétitions de sport mécanique qui se déroulent dans des pays où la publicité pour le tabac est autorisée par les chaînes de télévision.

En conclusion, on retiendra de façon générale que c'est à la chambre sociale de la Cour de cassation que l'on trouve les plus nombreuses décisions fondées sur l'article 14 de la Convention européenne, tandis que la chambre criminelle se montre plus discrète en la matière, en recourant davantage à l'application des textes internes eu égard probablement aux contraintes spécifiques du droit pénal et aux impératifs propres des juridictions répressives.

La détermination de ce qui est discrimination prohibée et distinction autorisée au regard des critères complexes de la jurisprudence européenne sur le but légitime et le rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, a donné naissance à la Cour de cassation à une jurisprudence abondante, diversifiée, adaptée à chaque situation d'espèce, et parfois difficile en apparence à analyser. Tel est le constat de cette analyse préliminaire et transversale sur l'application par la Cour de cassation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Tel sera l'objet d'une étude dont l'ambition est d'éclairer sur les critères parfois complexes qui permettent de dissocier les discriminations prohibées (1.) des distinctions justifiées (2.).

34. Voir Crim., 11 janvier 2005, Bull. crim. 2005, n° 13, pourvoi n° 04-80907. À rapprocher : Crim., 18 mars 2003, Bull. crim. 2003, n° 72, pourvoi n° 02-83 740 ; Crim., 4 mai 2004, pourvoi n° 03-84 804 ; Crim., 19 juin 2007, pourvoi n° 06-88 018.

1. Les discriminations prohibées

Sans prétention d'exhaustivité, doivent être relevés des cas particulièrement importants de discriminations prohibées. En raison des comportements concernés et des lois qui leur sont applicables, l'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation se révèle particulièrement instructive en droit social (1.1.), en droit économique (1.2.) et en droit pénal (1.3.).

1.1. LES DISCRIMINATIONS EN DROIT SOCIAL

La jurisprudence de la chambre sociale permet d'appréhender les discriminations dans le travail (1.1.1.), excepté sur les aspects répressifs qui seront ultérieurement envisagés, tandis que les discriminations prohibées par le droit de la sécurité sociale (1.1.2.) relèvent désormais des attributions de la deuxième chambre civile.

1.1.1. Les discriminations dans le travail

Après des réflexions préalables sur la distinction entre les discriminations et les règles d'égalité (1.1.1.1.), seront présentés le recensement et les statistiques, sur l'année 2007, des cas de discrimination soumis à la chambre sociale (1.1.1.2.). L'étude juridique portera ensuite sur les discriminations syndicales (1.1.1.3.), sur l'influence du droit communautaire (1.1.1.4.) et enfin sur la nouvelle législation en matière de discrimination (1.1.1.5.).

1.1.1.1. La distinction entre les discriminations et les règles d'égalité

Les notions d'égalité et de discrimination sont souvent confondues. Il est vrai que pour le droit communautaire dont l'influence sur le droit interne est soulignée ci-dessous (1.1.1.4.), la prohibition des discriminations est la conséquence d'un principe d'égalité de traitement. Toutes les directives adoptées en cette matière témoignent peu ou prou de cette approche syncrétique. Sans doute parce qu'il a dû satisfaire des conceptions différentes, le droit communautaire se caractérise donc par une indistinction des notions et la promotion d'un objet qui, du point de vue des concepts de droit interne, peut apparaître comme un objet flou (sur le rattachement des harcèlements aux discriminations, alors qu'ils auraient pu être appréhendés comme des violences, en soi, infligées à l'autre, *infra*, 1.1.1.5.). Il est vrai aussi que discrimination et égalité sont proches, que des affinités les unissent, que des porosités et des interactions existent. Mais il est tout aussi vrai, s'agissant du droit interne, que ces notions sont investies de spécificités fortes qui devraient interdire leur confusion. Un arrêt de la chambre sociale du 27 octobre 1999 (Soc., 27 octobre 1999, Bull. 1999, V, n° 422, pourvoi n° 98-40 769, *Dr. soc.* 2000, note G. Couturier) affirme ainsi qu'une différence de traitement entre les salariés d'une même entreprise ne constitue pas une discrimination illicite au sens de l'article L. 122-45 du Code du travail. De même, aux termes d'une décision rendue

par cette même chambre le 5 juillet 2005 (Soc., 5 juillet 2005, Bull. 2005, V, n° 231, pourvoi n° 03-44281), une cour d'appel saisie du seul point de savoir si le principe « à travail égal, salaire égal » a été méconnu par l'employeur, n'a pas à se prononcer sur une discrimination en raison de l'un des cas énumérés par l'article L. 122-45 du Code du travail. Les deux notions reposent en effet sur des fondements différents qui déterminent des régimes juridiques différents.

1.1.1.1.1. Discriminations et règles d'égalité du point de vue de leurs fondements

La prohibition des discriminations apparaît comme la traduction juridique d'une conception de l'homme appréhendé en lui-même et pour lui-même. Les règles d'égalité, en revanche, se rattachent à une conception des rapports sociaux entre les individus ou les groupes. La prohibition des discriminations est donc avant tout le résultat d'une pensée ontologique (1.1.1.1.1.1.), tandis que les règles d'égalité sont le résultat d'une pensée sociologique (1.1.1.1.1.2.).

1.1.1.1.1.1. La prohibition des discriminations, traduction d'une pensée ontologique

Les dispositions prohibant les discriminations n'interdisent pas que des différenciations soient opérées entre des personnes placées dans des situations identiques ou analogues. Elles empêchent seulement que ces différences soient fondées sur des critères précisément énumérés. Ainsi, l'article L. 1132-1 du Code du travail donne une liste limitative des éléments dont la prise en considération est interdite. Par l'énumération exhaustive des critères de discrimination prohibés, ce texte postule, en creux, la légitimité de principe, et beaucoup plus générale, d'établir des différenciations entre les salariés. La prohibition des discriminations est conceptuellement incompatible avec ce qui serait un principe général d'égalité, *a fortiori* un principe général de non-discrimination. Si un tel principe existait, l'article L. 1132-1 aurait un contenu inverse et énumérerait les cas et les critères permettant exceptionnellement d'opérer telle ou telle différence (témoin de la confusion, cet article est pourtant le premier d'un chapitre intitulé « principe de non-discrimination » par le nouveau Code du travail).

L'examen des éléments prohibés par ce texte montre aussi que l'interdiction des discriminations visées est liée à une certaine conception de l'homme. Les premiers critères visés sont l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, la situation de famille, les caractéristiques génétiques, l'appartenance ou la non-appartenance à une ethnie, à une nation ou à une race. Ils renvoient à une conception unitaire du genre humain, à une fraternité non pas de l'affect, mais du vivant. Ils interdisent qu'une personne soit défavorisée en raison de ses caractéristiques propres, de ce contre quoi, en tant qu'être vivant, elle ne peut rien, ou, pour la suite du texte, de ce qui, en tant qu'être agissant et pensant, appartient à sa liberté la plus irréductible. La prohibition des discriminations est une prohibition des comportements attentatoires à l'homme essentiel.

C'est ce qui explique que les discriminations sont en principe indifférentes au résultat. Ainsi, l'article L. 1132-1 interdit la prise en compte « vraie ou supposée » à une ethnie ou à une nation, de sorte que même si elle est fondée sur une croyance erronée, donc même si le résultat n'est pas atteint, la discrimination est condamnable. Quoique le texte ne le dise

pas, on peut penser qu'il doit en être de même pour les autres critères visés, par exemple pour une croyance erronée quant à l'engagement syndical. C'est cette même indifférence au résultat qui explique l'utilisation du terme race. Peu importe que le concept soit impropre au genre humain, il suffit que certains continuent de l'utiliser pour que l'usage qu'ils en font soit saisi et condamné par la loi. Cela explique aussi que s'il est interdit de fonder le licenciement d'un salarié sur son état de santé, il est néanmoins possible de le licencier en raison des conséquences de ses absences sur le fonctionnement de l'entreprise (voir notamment, Soc., 13 mars 2001, Bull. 2001, V, n° 84, pourvoi n° 99-40 110 qui circonscrit précisément la portée de l'interdiction de discriminer en raison de l'état de santé). Il n'y a là aucune contradiction : la prohibition des discriminations n'a pas pour vocation de protéger l'emploi mais de protéger l'homme.

1.1.1.1.2. Les exigences d'égalité, traduction d'une pensée sociologique

En tant que valeur susceptible de produire des effets dans les rapports entre un employeur et ses salariés, l'égalité ne fait pas partie de la tradition républicaine. Dans sa dimension républicaine, l'égalité n'intéresse en effet que les citoyens dans leurs rapports avec l'État. Elle a vocation à produire des effets dans l'espace public, mais dans l'espace public seulement. La sphère privée reste normalement celle des particularismes et des inégalités. Son arrivée en force dans les rapports privés et spécialement dans les rapports de travail est au croisement de plusieurs facteurs.

Il y a sans doute l'influence de la construction d'un nouvel espace européen de liberté, non pas dans l'ordre du politique, mais dans celui de l'économique. L'égalité dont le droit communautaire a besoin n'est pas celle des citoyens face au pouvoir, mais celle des opérateurs privés sur un marché. D'ailleurs, le droit européen non communautaire, plus axé sur les droits fondamentaux, comporte paradoxalement moins de dispositions que le droit communautaire en matière d'égalité.

Mais le développement de l'égalité procède aussi d'une dynamique propre qui prend racine dans la prohibition des discriminations. Si l'on commence à mettre en question les différences au titre des discriminations, il est en effet difficile de s'arrêter à la seule constatation que telle différence ne relève pas d'une discrimination interdite. L'esprit humain est ainsi fait qu'il veut en savoir plus. Si telle différence n'est pas l'effet d'une discrimination, de quoi donc est-elle l'effet ? De son côté, l'employeur soumis à la question ne peut guère montrer ce que la différence n'est pas, sans établir ce qu'elle est. Le dépassement de la discrimination est inéluctable et rencontre alors la montée en puissance des exigences de motivation et de justification des conduites patronales. Le recours à une règle d'égalité permet au juge de légitimer son questionnement et d'apprécier la valeur de la réponse de l'employeur. Elle est essentiellement une exigence de rationalité, une condamnation de l'arbitraire.

On voit ainsi que des porosités et des interactions existent entre les deux notions ; elles sont à la source de malentendus. Sur le plan technique, la confusion est en partie entretenue par un système de preuve souvent présenté comme commun. En vérité, il ne l'est pas ou du moins peut l'être en partie seulement.

La preuve d'un traitement inégalitaire est nécessairement une preuve par comparaison. Elle suppose toujours la mise en parallèle de la situation de celui qui invoque l'inégalité de traitement avec la situation d'autres salariés auquel il entend se comparer. L'essentiel des questions posées à la Cour de cassation en matière d'égalité de traitement concerne précisément la pertinence des situations comparées. Il s'agit de déterminer le cercle des égaux, l'espace au sein duquel doit être assurée l'égalité en évinçant de la comparaison ceux qui ne se trouvent pas dans une situation identique.

La preuve de la discrimination passe par le même processus lorsque le salarié doit apporter au juge des éléments laissant supposer la défaveur dont il se prétend victime et son caractère discriminatoire. Un retard de carrière ou une rémunération minorée invoqués par un syndicaliste ne s'établissent pas en soi. Ils ne peuvent résulter que d'une comparaison avec d'autres, placés dans une situation identique à l'exception du critère discriminatoire dont la prise en compte est invoquée. Mais la preuve directe de la discrimination est possible chaque fois qu'une mesure défavorable peut être établie en soi. Ainsi, dans les hypothèses de licenciements fondés sur des critères prohibés, il serait évidemment sans pertinence de comparer la situation du salarié qui est licencié avec celle de l'ensemble des autres salariés qui ne le sont pas. Dans ces cas, la discrimination est établie de façon directe. Ainsi, le salarié mis à la retraite en raison de son âge alors qu'il ne remplit pas les conditions légales prévues pour ce mode de rupture est juridiquement victime d'une discrimination fondée sur l'âge (Soc., 21 décembre 2006, Bull. 2006, V, n° 412, pourvoi n° 05-12816). De même, celui qui se voit licencié en raison de son état de santé sans que son inaptitude ait été préalablement constatée par le médecin du travail fait l'objet d'une discrimination prohibée (voir par exemple : Soc., 20 septembre 2006, Bull. 2006, V, n° 275, pourvoi n° 05-40421 ; Soc., 14 juin 2007, pourvoi n° 06-43443). Dans ces situations, la discrimination est appréhendée en dehors de toute analyse comparative et reste caractérisée quand bien même tous les salariés de l'entreprise placés en situation identique sont traités pareillement (voir par exemple Soc., 7 février 2006, pourvoi n° 04-45733).

La confusion entre les notions est également entretenue par le fait que, de technique probatoire dans le dépistage des discriminations, la méthode comparative est parfois érigée en règle substantielle d'égalité. C'est bien ce qui paraît caractériser l'égalité de rémunération hommes/femmes. On sait en effet que l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe est difficile à combattre parce que les comportements condamnables sont diffus. L'inégalité des salaires, notamment, est persistante et on postule que cette inégalité est en partie imputable à une discrimination rampante. L'idée est alors la suivante : s'il n'y avait pas de discrimination, les salaires seraient égaux, il convient donc de poser cette égalité comme un résultat à atteindre, et de condamner l'employeur qui ne l'atteint pas, à moins qu'il ne justifie le décalage observé par des raisons objectives. Mais l'exigence d'égalité dans le résultat n'est qu'une façon de lutter contre une discrimination dont on présume l'existence. Elle relève d'un dépistage et d'une répression de l'illicite reposant sur la considération de l'être en lui-même et non pas d'une condamnation de l'absence de rationalité dans le traitement comparé de tel ou tel individu ou catégories d'individus au sein d'un groupe. Une telle règle d'égalité ne cherche donc pas à appréhender une absence de résultat en soi, mais l'illicéité de sa cause.

On observera enfin que si le contrôle de la discrimination par le moyen de la méthode comparative contribue fortement à l'émergence d'une règle d'égalité, le contrôle de l'égalité conduit lui-même au contrôle incident de la discrimination. La règle d'égalité ne pouvant en effet régir que des situations identiques, l'employeur accusé de l'avoir rompue se doit de justifier les différences par des éléments objectifs, dont il convient bien entendu de s'assurer qu'ils sont étrangers à toute discrimination. C'est donc, là encore, par l'effet d'une nécessité de l'argumentaire que la question des discriminations se trouve posée, certes de manière incidente, dans tout contrôle de l'égalité.

Mais à la différence de la discrimination, l'égalité ne s'intéresse pas à l'individu en tant que tel. Elle ne l'envisage qu'au sein d'une collectivité. Elle suppose donc toujours qu'une comparaison puisse être faite entre deux personnes, au moins. Un employeur occupant un seul salarié et n'en ayant jamais occupé qu'un seul peut évidemment se rendre coupable d'une discrimination (par exemple un licenciement motivé par la découverte de l'homosexualité du salarié), on imagine en revanche assez mal comment il pourrait se voir reprocher une inégalité de traitement.

On voit aussi qu'une problématique d'égalité ne peut pas être indifférente au résultat. Si le résultat exigé par l'égalité est atteint, peu en importe les raisons. De même, la simple tentative manquée de rupture d'égalité demeure en dehors de tout reproche.

1.1.1.1.2. Discriminations et règles d'égalité du point de vue de leur régime juridique

Parce qu'elles reposent sur une conception irréductible de l'homme, les discriminations sont, par principe, indisponibles (1.1.1.1.2.1.). Parce qu'elles reposent sur une exigence de rationalité des comportements, les règles d'égalité peuvent en revanche être écartées par une raison pertinente (1.1.1.1.2.2.).

1.1.1.1.2.1. L'indisponibilité des discriminations

Une discrimination ne peut pas être justifiée par une raison supérieure puisque sa prohibition a précisément pour objet de protéger une valeur supérieure.

L'une des difficultés est de savoir ce qui caractérise la mesure discriminatoire tombant sous le coup des prohibitions. L'article 225-1 du Code pénal définit la discrimination comme « toute distinction » fondée sur les critères prohibés. Mais l'article 225-2 n'incrimine toutefois que certaines mesures discriminatoires, comme le refus d'embauche, la sanction ou le licenciement. L'article L. 1132-1 du Code du travail paraît lui aussi ne prohiber que des mesures portant préjudice à l'individu, et c'est également dans le sens de mesures défavorables que les nouvelles dispositions issues de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 appréhendent les discriminations. Les textes n'interdiraient donc pas qu'une faveur soit fondée sur les critères énumérés.

On constate toutefois que, dans leur quasi-totalité, les critères prohibés portent sur des caractéristiques que possèdent tous les individus. Toute personne physique a un sexe ou un âge de sorte que tout avantage concédé sur la base d'un de ces éléments vaut exclusion de

tous ceux qui ne remplissent pas la condition posée (pour un exemple de raisonnement en termes d'exclusion, voir Soc., 18 décembre 2007, Bull. 2007, V, n° 215, pourvoi n° 06-45 132 : l'espèce concerne, certes, l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, mais, outre le fait que cette règle tend en réalité à saisir une discrimination, le raisonnement en termes d'exclusion est parfaitement transposable au cas des discriminations). Partant, la plupart des discriminations, doivent normalement être comprises comme emportant l'indisponibilité absolue des critères mis hors la loi.

Mais certains éléments échappent à cette réversibilité qui commande l'indisponibilité absolue : le handicap, par exemple. Si tous les individus ont un état de santé, tous n'ont pas un handicap. Dans ces conditions, l'indisponibilité n'est que relative et ne saisit que les seules mesures défavorables. Le Code du travail ou les conventions collectives réservent ainsi certains avantages aux travailleurs handicapés (voir par exemple Soc., 7 novembre 2006, Bull. 2006, V, n° 326, pourvoi n° 05-41 380) dont il ne semble pas avoir jamais été prétendu qu'ils étaient illicites. La faveur accordée ne participe en effet d'aucune négation de la personne handicapée, ni d'aucune négation de la personne des autres salariés. L'indisponibilité est alors que relative.

1.1.1.1.2.2. Les aménagements possibles des règles d'égalité

Parce qu'elles se rattachent à une exigence de rationalité, les règles d'égalité peuvent faire l'objet d'aménagements justifiés par des raisons objectives, vérifiables et pertinentes. Le caractère objectif de la raison admissible détermine la possibilité d'une vérification par le juge ; ces deux exigences sont traditionnelles. L'exigence de pertinence, au moins dans son énoncé, est plus récente (Soc., 20 février 2008, Bull. 2008, V, n° 39, pourvoi n° 05-45 601, aux termes duquel la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence, et qui retient qu'une cour d'appel décide exactement que l'employeur qui avait réservé l'octroi de tickets-restaurant au seul personnel non-cadre de son entreprise ne justifiait ainsi d'aucune raison objective et pertinente pouvant légitimer cette disparité). Derrière cette exigence de pertinence « pouvant légitimer la disparité », se profile un contrôle de proportionnalité de la disparité au regard des raisons avancées pour la justifier (sur le contrôle de proportionnalité, mais dans un contexte différent, voir Soc., 17 avril 2008, Bull. 2008, V, n° 95, pourvoi n° 06-45 270, *infra* 1.1.1.4.). L'exemple le plus topique d'aménagement des règles d'égalité résulte de l'autonomie de la négociation collective par établissement. Elle permet en effet à un employeur de circonscrire le périmètre d'application de la règle d'égalité des rémunérations en procédant à des négociations par établissements distincts au sein de chacun desquels la règle d'égalité s'applique, mais avec des niveaux d'avantages différents d'un établissement à l'autre (Soc., 27 octobre 1999, Bull. 1999, V, n° 422, pourvoi n° 98-40 769, précité.).

Au-delà de la négociation collective, sera sans doute posée, demain, la question de la négociation individuelle. L'égalité qui pénètre aujourd'hui la sphère privée des rapports de travail s'oppose en effet à la liberté des contrats et entre en contradiction avec le maintien, voire la réhabilitation, du contrat de travail comme élément fondateur du rapport salarial et

support de stipulations particulières permettant de distinguer un salarié de tous les autres. Comment concilier cet instrument de singularité avec la montée en puissance de règles tendant à l'uniformité ? Il a déjà été admis qu'un employeur, confronté à la nécessité de recruter de toute urgence une directrice de crèche qualifiée pour remplacer la directrice en congé maladie, sous peine de voir l'entreprise fermée par l'autorité de tutelle, pouvait rémunérer la remplaçante à un niveau supérieur à celui de la personne remplacée (Soc., 21 juin 2005, Bull. 2005, V, n° 206, pourvoi n° 02-42 658). Mais les éléments objectifs relevés à l'appui de la solution ne sont pas érigés en condition de celle-ci. La question de savoir si la capacité de négociation individuelle d'un salarié peut ou non faire échec à une règle d'égalité reste donc aujourd'hui une question ouverte.

1.1.1.2. Les cas de discrimination devant la chambre sociale : recensement et statistiques sur l'année 2007

L'étude des décisions rendues au cours de l'année 2007 par la chambre sociale en matière de discrimination permet de prendre en considération un certain nombre de données qui éclairent la jurisprudence de la Cour.

Il convient tout d'abord de remarquer que si le nombre de pourvois portant, à titre principal ou à titre accessoire, sur des demandes au titre de la discrimination, ont été en constante augmentation jusqu'à l'année 2006, l'année 2007 marque une stagnation, voire une diminution du contentieux sur ce point. En 2006, 139 décisions avaient été rendues, évoquant la discrimination (ou l'absence de discrimination); en 2007, on ne compte plus que 111 décisions³⁵. Le contentieux de la discrimination, au moins devant la Cour de cassation semble donc être moins exponentiel qu'on avait pu le penser³⁶. L'entrée en vigueur des nouvelles dispositions législatives pourrait toutefois conduire à un nouvel accroissement, au moins provisoire, des pourvois.

Il y a lieu ensuite de rappeler une nouvelle fois (voir ci-dessus : la distinction entre discriminations et règles d'égalité) à quel point la confusion demeure entre le principe de non-discrimination et le principe à travail égal salaire égal. Par conséquent, des demandes formées au titre de la discrimination relèveraient juridiquement de l'inégalité de traitement, ou l'inverse, mais la réponse qui y est apportée tient compte de la formulation employée.

L'examen détaillé des décisions rendues au cours de l'année 2007 permet par ailleurs d'effectuer un certain nombre de remarques que, pour les besoins d'un exercice essentiellement d'analyse statistique, nous exposerons successivement.

35. Ces deux chiffres ne concernent que les arrêts rendus, hors décisions de non-admission.

36. Á titre indicatif, à la fin du premier semestre 2008, cinquante-six arrêts rendus portaient sur des affaires de discrimination.

1.1.1.2.1. Les griefs invoqués

Trois types de griefs relatifs à un traitement différencié sans justification sont essentiellement invoqués devant la Cour de cassation : la discrimination syndicale, le non-respect du principe à travail égal, salaire égal et l'inégalité dans l'attribution des avantages.

Les pourvois évoquant la discrimination syndicale, qui représentent à eux seuls 30 % des pourvois, ceux relatifs ensuite à l'inégalité salariale, fondée ou non sur un motif discriminatoire, et ceux enfin qui portent sur des avantages ou inégalités de traitement entre les salariés, font l'essentiel du contentieux porté devant la Cour de cassation (plus de 80 %).

L'inégalité salariale ou dans l'attribution des avantages tend d'ailleurs à devenir, du fait de la généralité des concepts, un motif invoqué de plus en plus fréquemment pour montrer l'existence d'une discrimination, dans une recherche manifeste de l'égalisation des situations. Ainsi, en 2007, étaient contestés les avantages en nature (chauffage, logement) accordés aux salariés « soutiens de famille » au détriment des salariés célibataires (Soc., 3 octobre 2007, pourvois n° 06-43 011, n° 06-43 012, n° 06-43 014, n° 06-43 016, n° 06-43 022 et n° 06-43 010), tandis qu'un autre pourvoi contestait qu'il puisse y avoir des points d'indice différents pour les salariés travaillant en France et ceux travaillant en Allemagne (Soc., 21 février 2007, pourvoi n° 05-41 333).

1.1.1.2.2. Les décisions de non-admission ou de rejet

Les pourvois en matière de discrimination aboutissent, dans des proportions beaucoup plus importantes que les autres, à des décisions de non-admission ou de rejet. Le taux de non-admission est en effet, en 2007, de l'ordre de 30 %, alors qu'il est en moyenne de 25 % devant la chambre sociale. Le taux de rejet en matière de discrimination est de 55 %, alors qu'il est en moyenne de 32 % devant la chambre sociale en 2007. Ce sont donc à peine 15 % des décisions en matière de discrimination qui aboutissent à une cassation.

L'explication de ces taux particuliers tient à deux éléments :

- le premier est évidemment lié à la part extrêmement importante de l'appréciation souveraine des juges du fond dans ces contentieux. Le contrôle de la Cour de cassation ne pouvant être que sur le raisonnement juridiquement suivi par les juges du fond, et non sur les éléments pris en considération, le taux de censure est très faible. Il importe à cet égard de relever que le taux de rejet est tout aussi important, que les juges du fond aient retenu l'existence d'une discrimination (environ 50 % des décisions faisant l'objet d'un pourvoi), ou qu'ils l'aient écarté, au motif que le salarié n'apportait aucun élément de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, ou, le plus souvent en raison de la preuve par l'employeur d'éléments objectifs de nature à justifier la discrimination invoquée ;
- le second est lié à l'existence, dans ce domaine de contentieux désormais relativement « classique », d'une jurisprudence fournie et stable à la fois sur les règles de preuve et les éléments pouvant être pris en compte. Rares sont d'ailleurs les arrêts qui font l'objet d'une publication, tant les principes sont désormais connus. Quelques décisions ont été publiées et commentées au cours de l'année 2007, qui portaient sur des situations de discrimination particulières, comme la discrimination entre femmes et hommes au détriment de ces derniers (Soc., 23 octobre 2007, Bull. 2007, V, n° 173, pourvoi n° 06-43 329 ; Soc., 18 décembre 2007,

Bull. 2007, V, n° 215, pourvoi n° 06-45 132, rapport annuel 2007), ou la discrimination liée à l'état de santé (Soc., 9 janv. 2007, Bull. 2007, V, n° 1, pourvoi n° 05-43 962). Mais pour l'essentiel, les arrêts se contentent de constater que les juges du fond ont bien appliqué les règles de preuve et de fond dégagées en matière de droit de la discrimination.

1.1.1.2.3. La discrimination invoquée à titre accessoire

La discrimination est souvent invoquée accessoirement à une autre source de contentieux. En 2006, sur 139 pourvois évoquant un problème de discrimination, 108 le faisaient à titre de critique principale de l'arrêt attaqué. En 2007, si 111 pourvois ayant donné lieu à un arrêt évoquent la discrimination, seuls 47 d'entre eux – dont 25 portant sur la discrimination syndicale – mentionnent la discrimination comme élément principal du contentieux. Les autres portent, à titre principal, sur la contestation d'un licenciement, d'une rupture, ou encore d'une mise à la retraite ou sur des litiges concernant la durée du travail.

Il semble donc que, de plus en plus, la discrimination soit, au moins au niveau des motifs de pourvoi devant la Cour de cassation, une demande formée à titre accessoire née à l'occasion d'un litige principal.

1.1.1.2.4. La confusion des concepts

Des confusions demeurent entre le concept de discrimination, celui du principe « à travail égal salaire égal » et celui de harcèlement.

Dans la moitié des dossiers qui évoquent le principe « à travail égal salaire égal », les demandes portent, également, sur la discrimination. Elles sont par la suite, soit accueillies ensemble, soit rejetées ensemble. Comme cela est développé ci-dessus (1.1.1.1.), il existe en effet une certaine insécurité dans les notions, qui incite les parties, par prudence, à évoquer les deux concepts simultanément et la Cour de cassation, au regard des constatations des juges du fond, à y répondre souvent dans une même motivation.

On retrouve cette même confusion, quoique dans une moindre mesure, entre discrimination et harcèlement. Sur 75 pourvois invoquant un contentieux autour du harcèlement, 11 évoquent dans le même temps une discrimination. Là encore, les décisions prises montrent que la caractérisation des éléments constitutifs est proche et induit une réponse commune.

1.1.1.3. Les discriminations syndicales

L'interdiction de la discrimination syndicale assure la protection du principe constitutionnel de la liberté syndicale, reconnu également en droit international et européen par la convention 87 de l'Organisation internationale du travail (OIT), les articles 11 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁷ et 12 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette liberté emporte la liberté individuelle d'adhérer ou de ne pas adhérer à

37. CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. C-36/75, selon lequel la liberté syndicale est un principe général du droit européen.

un syndicat ainsi que la liberté d'organisation et d'action syndicale (articles L. 2131-2 et L. 2141-4 du Code du travail).

L'interdiction de prendre en compte l'appartenance syndicale dans des décisions d'embauche et de licenciement figurait dans l'article 3 des accords de Matignon de 1936. Les lois du 24 juin 1936 et celle du 11 février 1950 ont pour leur part inscrit les dispositions relatives au respect de la liberté syndicale parmi les clauses obligatoires des conventions collectives susceptibles d'extension. Deux textes ont précisé le contenu et la sanction de cette interdiction.

La loi du 27 avril 1956 concerne les discriminations du fait de l'employeur. Elle prohibe aussi bien la discrimination d'un salarié en raison de son appartenance ou son activité syndicale, que les moyens de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale. Ses dispositions figurent aujourd'hui aux articles L. 2141-5 à L. 2141-8 du Code du travail (ancien article L. 412-2) dont la violation est pénalement sanctionnée par l'article L. 2146-2 du Code du travail. La chambre sociale a fait une application large de ces textes en censurant sur leur fondement aussi bien des décisions de l'employeur que des accords collectifs comportant des discriminations à l'égard de personnes ayant une activité syndicale ou entre les syndicats (Soc., 29 mai 2001, Bull. 2001, V, n° 185, pourvoi n° 98-23073).

La loi du 16 novembre 2001 relative à l'interdiction générale des discriminations des salariés en tant que personne humaine, a inscrit l'activité syndicale ou mutualiste parmi les motifs prohibés par l'article L. 1132-1 du Code du travail. Ce texte en tant qu'il protège l'exercice d'une liberté individuelle permet de sanctionner les discriminations syndicales quelque soit leur auteur ou l'acte dont elle résulte (Soc., 16 avril 2008, Bull. 2008, V, n° 93, pourvoi n° 06-44839, s'agissant d'une délibération d'un comité d'entreprise). Il est souvent visé en même temps que les articles L. 2141-5 à L. 2141-8 du Code du travail lorsque la discrimination concerne un salarié.

Le contentieux en matière de discrimination syndicale est abondant et ancien en raison même de l'objet de la liberté syndicale et de son exercice dans l'entreprise. Il a permis à la chambre sociale comme à la chambre criminelle de dégager des principes généraux de solution, sous l'influence du droit européen, aujourd'hui consacrés par la loi du 16 novembre 2001.

1.1.1.3.1. La discrimination syndicale, comme variété de discrimination

Comme toute discrimination, la discrimination syndicale résulte d'une mesure adoptée en raison de la prise en compte du motif illicite, indépendamment de son résultat.

Il en résulte d'abord que si la prise en compte du motif illicite est établie, soit qu'il résulte de l'acte lui-même, soit que son motif ne soit pas contesté, l'acte ou la mesure est illicite.

Dans un arrêt important du 24 septembre 2008 (Soc., 24 septembre 2008, pourvois n° 07-40935, n° 06-46179 et n° 06-46180) relatif à un accord d'entreprise sur le droit syndical, la chambre sociale a ainsi cassé, au visa des articles L. 2141-5 et L. 1132-1 du Code du travail, interprétés à la lumière de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, un arrêt qui avait estimé que n'était pas discriminatoire la clause de l'accord qui limitait

l'augmentation de rémunération des délégués syndicaux bénéficiant d'un avancement en vertu de cet accord, au motif que les salariés avaient bénéficié de la rémunération minimale prévue par l'accord de branche, compte tenu de leur avancement. En rappelant la définition de la discrimination directe, qui résulte de cette directive, pour conclure que cette limitation, propre aux délégués syndicaux visés par l'accord pour conclure à la discrimination, la Cour de cassation rappelle que l'activité syndicale ne peut pas être le motif d'une mesure moins favorable. Précédemment la chambre sociale dans un arrêt non publié avait déjà considéré comme discriminatoire un système d'avancement propre aux délégués syndicaux permanent et différent de ceux des autres salariés de l'entreprise, sans se prononcer sur une éventuelle défaveur (Soc., 23 février 2005, pourvoi n° 02-47433).

De même comporte une mesure discriminatoire prohibée au sens de l'article L. 1132-1 du Code du travail, une délibération d'un comité d'entreprise relative à la prise en charge complémentaire de frais de formation économique sociale ou syndicale, aboutissant à faire de l'appartenance syndicale le critère du bénéfice de cette prestation (Soc., 16 avril 2008, Bull. 2008, V, n° 93, pourvoi n° 06-44839).

Ou encore constitue également une discrimination prohibée au sens de l'article L. 2145-7 du Code du travail, la conclusion d'une convention signée entre un employeur et un syndicat mettant un salarié de l'entreprise à disposition du syndicat comme permanent, dans la mesure où elle exclut les autres syndicats du bénéfice du même avantage. Une telle convention est nulle (Soc., 10 juillet 2001, Bull. 2001, V, n° 261, pourvoi n° 99-21884).

Dans toutes ces hypothèses c'est la prise en considération de l'appartenance syndicale, en tant qu'elle peut conduire à l'exclusion du bénéfice ou à sa limitation qui est en elle-même discriminatoire.

Lorsque l'acte ou la mesure sont en eux mêmes discriminatoires, aucune justification n'est possible (Soc., 25 juin 2002, Bull. 2002, V, n° 218, pourvois n° 99-42909 et n° 99-42910). Il suffit à cet égard que l'activité syndicale ait été prise en compte, fut-ce pour partie, pour que la discrimination soit caractérisée, peu important qu'il y ait par ailleurs d'autres justifications (Crim., 6 janvier 2004, Bull. crim. 2004, n° 4, pourvoi n° 02-88240; Soc., 27 mai 2008, pourvoi n° 07-40145).

La discrimination syndicale, comme tout autre discrimination, ne procède pas nécessairement d'une différenciation de traitement avec les autres salariés (Soc., 24 septembre 2008, pourvois n° 07-40935, n° 06-46179 et n° 06-46180 précité, et précédemment : Soc., 6 juillet 2005, pourvoi n° 03-44037, pour un refus de candidature à la suite d'appréciation défavorable du supérieur hiérarchique en raison de l'indisponibilité du salarié lié à son activité syndicale).

La preuve de la discrimination syndicale obéit au régime général des discriminations. Dans plusieurs arrêts importants de l'année 2000, la chambre sociale avait d'ailleurs appliqué le système probatoire prévu alors par l'article L. 123-1 du Code du travail s'agissant de la discrimination sexuelle, avant même que la loi du 16 novembre 2001 ne le généralise (Soc., 28 mars 2000, Bull. 2000, V, n° 126, pourvois n° 97-45258 et n° 97-45259; Soc., 26 avril 2000, Bull. 2000, V, n° 151, pourvois n° 98-42643 et a.; Soc., 4 juillet 2000,

Bull. 2000, V, n° 264, pourvoi n° 98-43 285). Toutefois la chambre criminelle a décidé que les articles 225-2 du Code pénal et L. 412-2 du Code du travail (nouvel article L. 2142-8) n'apportaient aucune dérogation à la charge de la preuve en matière pénale qui incombe à l'accusation (Crim., 3 avril 2007, Bull. crim. 2007, n° 105, pourvoi n° 06-81 784). Le régime probatoire de la discrimination syndicale institué en 2001 ne s'applique donc qu'en matière civile.

Dès 2001, la chambre sociale avait également sanctionné par la nullité un acte discriminatoire (en l'espèce un licenciement) au visa de l'article L. 412-2 du Code du travail et 6 du Code civil, pour décider que la sanction des dommages et intérêts prévue par l'article L. 2142-8 du Code du travail n'était pas exclusive de la nullité s'agissant d'une interdiction d'ordre public (Soc., 10 juillet 2001, Bull. 2001, V, n° 261, pourvoi n° 99-21 884). La nullité se justifie dès lors qu'il s'agit de protéger l'exercice d'une liberté fondamentale.

Enfin, s'agissant de la réparation de la discrimination, le principe de la réparation intégrale du préjudice depuis son origine a conduit la chambre sociale non seulement à appliquer la prescription trentenaire à l'action en dommages et intérêts pour discrimination syndicale (Soc., 15 mars 2005, Bull. 2005, V, n° 86, pourvois n° 02-43 616 et n° 02-43 560) mais aussi à déduire de ce principe que les dispositions de l'article L. 2141-8 du Code du travail ne faisaient pas obstacle au reclassement du salarié (Soc., 23 novembre 2005, Bull. 2005, V, n° 332, pourvoi n° 03-40 826). S'agissant d'une obligation de faire le juge peut effet toujours condamner à une exécution en nature qui est en la matière la seule manière de faire cesser le dommage pour l'avenir.

Le principe de la réparation intégrale du préjudice a été confirmé par l'article 16 de la loi du 17 juin 2008 relative à la prescription en matière civile, qui a réduit à 5 ans la prescription de l'action à compter de la « révélation » de la discrimination. Cette disposition répond au souci qui avait été celui de la chambre sociale en matière de prescription de tenir compte de la difficulté et du temps nécessaire en matière de déroulement de carrière pour que la discrimination apparaisse et pour réunir les preuves nécessaires. La solution de la loi du 17 juin 2008 s'inspire d'ailleurs de solutions jurisprudentielles anciennes (Soc., 1^{er} avril 1997, Bull. 1997, V, n° 130, pourvoi n° 94-43 381).

La jurisprudence sur la discrimination syndicale présente toutefois des spécificités qui tiennent aux conditions d'exercice de la liberté syndicale dans l'entreprise.

L'interdiction de prendre en considération l'appartenance ou l'activité syndicale d'un salarié concerne, aux termes de l'article L. 2145-5 du Code du travail, l'ensemble des mesures que l'employeur peut prendre à son égard. L'appartenance ou l'activité syndicale n'est pas nécessairement liée à l'exercice d'un mandat représentatif ou syndical, même s'il résulte de l'examen de la jurisprudence que la discrimination syndicale est le plus souvent invoquée par des salariés titulaires de mandats syndicaux ou représentatifs. La chambre sociale a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler que la discrimination syndicale ne résultait pas de la seule atteinte portée aux conditions d'exercice du mandat (Soc., 17 octobre 2006, Bull. 2006, V, n° 306, pourvoi n° 05-40 393).

La jurisprudence sur les salariés syndiqués qui ne sont pas investis d'un mandat représentatif suit le régime général des discriminations. Celle relative aux représentants du personnel présente des spécificités en raison des droits qui garantissent l'exercice de leur mission et de leur statut protecteur. À cet égard la jurisprudence considère que le fait pour un représentant du personnel d'exercer un mandat représentatif, constitue une activité syndicale, alors même qu'il n'existe pas de texte sanctionnant la discrimination à l'occasion d'exercice de fonctions représentatives. C'est cette activité et non le mandat lui-même qu'elle prend en considération. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence sanctionne le dommage causé par la discrimination, indépendamment de celui résultant de la méconnaissance du statut protecteur ou des droits des représentants du personnel. La rupture du contrat de travail d'un salarié protégé peut être ainsi jugée discriminatoire, et donner lieu à réparation, indépendamment de la violation du statut protecteur (Soc., 6 avril 2005, Bull. 2005, V, n° 125, pourvoi n° 03-43 629).

Des mesures très variées liées à l'exercice des fonctions représentatives ont ainsi été jugées discriminatoires : l'attribution ou le retrait de fonction, la répartition du travail faisant de l'activité syndicale le critère d'application d'un régime d'organisation du travail et de rémunération propre (Soc., 20 mars 2007, pourvoi n° 05-43 834), la modification de l'horaire de travail d'un délégué travaillant à temps complet de nuit, pour lui permettre de prendre ses heures de délégation de jour dans le cadre de l'horaire normal de travail (Soc., 25 juin 2008, pourvoi n° 06-46 223). Les absences liées à l'exercice d'un mandat ne peuvent pas non plus être prises en compte pour priver le salarié d'une prime d'assiduité (Soc., 2 juin 2004, Bull. 2004, V, n° 160, pourvoi n° 01-44 474) ou pour écarter la candidature d'un délégué à un poste d'avancement (Soc., 6 juillet 2005, pourvoi n° 03-44 037 ; Soc., 23 février 2005, pourvoi n° 03-47 433).

C'est dans les domaines de l'évaluation des représentants du personnel et de l'évolution de leur carrière et de leur rémunération que les difficultés sont les plus nombreuses, en raison même de l'exercice de leur mandat, comme l'illustrent différents arrêts déjà cités (Soc., 28 mars 2000, Bull. 2000, V, n° 126, pourvois n° 97-45 258 et n° 97-45 259 ; Soc., 15 mars 2005, Bull. 2005, V, n° 86, pourvois n° 02-43 616 et 02-43 560 ; Soc., 23 novembre 2005, Bull. 2005, V, n° 332, pourvoi n° 03-40 826 ; Crim., 9 novembre 2004, Bull. crim. 2004, n° 279, pourvoi n° 04-81 397).

La jurisprudence considère les procédures d'évaluation comme un élément majeur de la justification objective des différences de traitement fondées sur les qualités professionnelles du salarié, indépendamment de toute discrimination (Soc., 20 février 2008, Bull. 2008, V, n° 38, pourvois n° 06-40 085 et n° 06-40 615). Ces justifications doivent être évidemment étrangères à l'activité syndicale. Le supérieur hiérarchique ne peut pas ainsi prendre en compte l'indisponibilité du salarié lié à l'exercice de son mandat, pour refuser de porter une appréciation ou porter une appréciation défavorable. La chambre sociale l'a rappelé de façon ferme dans un arrêt du 17 octobre 2006 (Soc., 17 octobre 2006, Bull. 2006, V, n° 306, pourvoi n° 05-40 393). Cet arrêt distingue de façon significative les règles applicables à l'égalité salariale et celles applicables à la discrimination. Il rejette en effet le premier moyen du pourvoi fondé sur l'égalité salariale en raison de l'existence d'une procédure de reconnaissance des compétences par un jury indépendant qui constitue une justification objective des

différences de classement et de rémunération (premier moyen); mais il accueille le second moyen au visa de l'article L. 2141-5 du Code du travail sur le fondement de cette interdiction pour censurer l'arrêt qui avait rejeté une demande de dommages-intérêts pour discrimination syndicale en estimant que la mention du supérieur hiérarchique dans la fiche d'évaluation, selon laquelle la présence irrégulière du salarié ne permettait pas un management correct et une implication suffisante de sa part, constituait une recherche de justification objective de l'insuffisance professionnelle du salarié et n'avait pas fait entrave à l'exercice de son mandat (dans le même sens : Soc., 6 juillet 2005, pourvoi n° 03-44037). Cet arrêt rappelle qu'une disparité de traitement justifiée n'exclut pas l'existence d'une discrimination et illustre la distinction nécessaire entre discrimination et entrave au mandat représentatif.

Le déroulement de carrière et l'évolution de la rémunération des délégués font également l'objet de nombreuses difficultés. D'assez nombreux accords collectifs ont pour objet de prévenir ces difficultés en définissant des procédures ou des règles permettant un déroulement de carrière normal pour les délégués (en particulier pour ceux qui ont un mandat permanent ou des crédits d'heures de délégation important). C'est d'ailleurs une clause obligatoire des conventions susceptibles d'extension. Mais il n'y a pas, à ce jour, d'accord interprofessionnel sur ce point, bien que la question ait été abordée dans l'article 13 de la position commune du 9 avril 2008. Si un accord peut comporter des mesures propres aux délégués syndicaux en raison de leurs fonctions, pour assurer un déroulement de carrière normal, il ne peut pas comporter de mesures qui pour cette raison leur seraient moins favorables (Soc., 24 septembre 2008, pourvois n° 07-40935, n° 06-46179 et n° 06-46180 précité).

En l'absence d'accord la chambre sociale considère que l'employeur ne peut pas prévoir unilatéralement un système d'avancement ou d'augmentation propre aux salariés exerçant des activités syndicales différentes de celui des autres salariés (Soc., 23 février 2005, pourvoi n° 02-47433, précité). En l'espèce l'employeur attribuait une enveloppe globale de points de progression professionnelle aux syndicats représentatifs de l'entreprise, à charge pour eux de les répartir entre leurs délégués syndicaux permanents. La solution de cet arrêt qui n'est pas publié mérite d'être confirmée au regard de la nouvelle rédaction de l'article L. 1133-1 du Code du travail.

Dans ces hypothèses la caractérisation de la discrimination suppose que soit établie une disparité de traitement qui n'est pas justifiée par des raisons objectives étrangères à la prise en compte de l'activité syndicale. Selon le régime probatoire applicable aux discriminations, il appartient d'abord au salarié d'apporter des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination, Mais le salarié n'a pas la charge de la preuve de la discrimination elle-même. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a précisé l'office du juge et les comparaisons pertinentes qu'il devait effectuer pour conclure ou non à l'existence d'une disparité de traitement. Il lui appartient de vérifier les conditions dans lesquelles la carrière des intéressés, à qui la charge de la preuve n'incombe pas, s'est déroulée (Soc., 28 mars 2000, Bull. 2000, V, n° 126, pourvois n° 97-45258 et n° 97-45259).

Pour établir une disparité de traitement, deux éléments sont pris en compte. Le premier procède d'une comparaison diachronique entre l'évolution de carrière du délégué avant et après sa désignation. Le second procède d'une comparaison entre l'évolution de la situation

du délégué par rapport à des salariés placés dans une situation comparable. Il ne s'agit pas ici de l'application de la règle à travail de valeur égale, salaire égal, qui suppose une comparaison de situation, mais d'une comparaison temporelle des évolutions de carrière et de rémunération. Sur ce point, la chambre criminelle puis la chambre sociale ont précisé les éléments de comparaison pertinents (Crim., 9 novembre 2004, Bull. crim. 2004, V, n° 279, pourvoi n° 04-81 397 ; Soc., 17 octobre 2007, pourvoi n° 06-41 053). Le juge doit procéder à l'étude comparative des salaires et coefficients des délégués du personnel et des autres salariés, à diplôme équivalent et même ancienneté. Ni l'attribution d'une promotion moyenne dans l'ensemble de l'entreprise, ni une évolution du salaire conforme à celle du salaire minimum de la catégorie du délégué ne sont suffisantes pour écarter la disparité de traitement.

Dans le cadre de cet office le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier si ces éléments établissent, ou plutôt laissent supposer une disparité de traitement (voir par exemple : Soc., 17 octobre 2007, pourvoi n° 05-44 797 ; Soc., 10 avril 2008, pourvoi n° 06-45 318). Si tel n'est pas le cas, et en l'absence d'autres éléments que le déroulement de carrière, le juge peut conclure à l'absence de discrimination.

Si une différence de traitement apparaît, il appartient ensuite à l'employeur de justifier l'évolution de carrière ou de rémunération par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Cette exigence de justification impose au juge sans se substituer à l'employeur de vérifier ces justifications. Elle exclut donc que l'employeur puisse se borner à invoquer son pouvoir discrétionnaire (Soc., 28 septembre 2004, Bull. 2004, V, n° 227, pourvoi n° 03-42 624). L'employeur peut ici apporter des éléments objectifs justifiant par exemple de l'insuffisance professionnelle du salarié à condition qu'ils soient étrangers à l'activité syndicale (Soc., 27 mai 2008, pourvoi n° 07-40 145, précité). L'appréciation des justifications de l'employeur est également souveraine (Soc., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-41 362).

1.1.1.3.2. L'égalité et les discriminations entre syndicats

L'interdiction des discriminations entre les syndicats résulte de l'article L. 2145-6 du Code du travail qui interdit à l'employeur d'utiliser un moyen de pression à l'encontre ou en faveur d'une organisation syndicale. Ce texte n'est en réalité que l'expression du principe plus large d'égalité entre syndicats qui repose non seulement sur le principe constitutionnel d'égalité mais aussi sur le principe de la liberté syndicale, comprise comme une liberté d'organisation pour la défense des intérêts collectifs des salariés.

Le principe d'égalité entre syndicats est tempéré par le concept de représentativité, la loi elle-même ayant réservé certains droits aux syndicats représentatifs, dont les critères ont été modifiés par la loi du 20 août 2008. Ce principe nourrit une jurisprudence importante qui se conjugue parfois avec l'interdiction des discriminations.

La jurisprudence sur l'élection des institutions représentatives du personnel fait une large place au principe d'égalité entre les syndicats, qu'il s'agisse de la négociation du protocole préélectoral ou de la recevabilité des listes de candidatures dont les modalités ont été modifiées par la loi du 20 août 2008. La nécessaire neutralité de l'employeur dans la préparation et le déroulement du scrutin s'inspire des principes généraux du droit électoral, mais cette exigence résulte aussi de l'article L. 2141-7 du Code du travail.

L'un des apports le plus marquant de la jurisprudence récente concerne la désignation de délégués syndicaux supplémentaires à ceux prévus par la loi. La jurisprudence avait tout d'abord décidé qu'il résultait de l'article L. 2141-6 du Code du travail qu'une telle augmentation ne pouvait résulter que d'un accord collectif, à l'exclusion de l'usage ou de l'engagement unilatéral du chef d'entreprise (Soc., 20 mars 2001, Bull. 2001, V, n° 101, pourvoi n° 99-60496). Sans contredire cette jurisprudence, la chambre sociale par un arrêt du 5 mai 2004 (Soc., 5 mai 2004, Bull. 2004, V, n° 119, pourvoi n° 03-60175) l'a substantiellement modifiée en retenant qu'« *en vertu du principe d'égalité qui est de valeur constitutionnelle et que le juge doit appliquer, un chef d'entreprise qui a accepté la désignation par un syndicat représentatif d'un délégué syndical alors que la condition d'effectif n'était pas remplie, ne peut refuser la désignation par un autre syndicat représentatif d'un délégué syndical* ». La référence au principe d'égalité permet d'éviter des situations inégalitaires entre syndicats dans des situations de fait qui ne reposent pas nécessairement sur un motif illicite, mais plus simplement sur l'expiration du délai de forclusion de la contestation de la désignation du premier délégué pour des raisons diverses. Un arrêt postérieur a précisé la portée de cette jurisprudence au regard de la règle primitive, pour éviter que l'employeur ne puisse plus jamais revenir à la situation légale, compte tenu de la durée indéterminée du mandat de délégué syndical. Par un arrêt du 5 mars 2008 (Soc., 5 mars 2008, Bull. 2008, V, n° 52, pourvoi n° 07-60305) qui rappelle la règle posée par l'arrêt de 2001, la cour de cassation retient que cette règle n'a jamais cessé d'être applicable de sorte que l'employeur peut unilatéralement, pour l'avenir, revenir sur sa décision d'accepter des délégués syndicaux supplémentaires, sous réserve de ne pas méconnaître le principe d'égalité.

Le principe d'égalité a aussi fondé les arrêts importants de la chambre sociale sur les conditions de la négociation collective. Elle a en effet affirmé le principe général selon lequel tous les syndicats représentatifs doivent être appelés à toutes les négociations, dans plusieurs arrêts concernant la révision d'accord de branche ou d'entreprise ou l'obligation annuelle de négocier dans les branches liées par un accord (Soc., 26 mars 2002, Bull. 2002, V, n° 107, pourvoi n° 00-17231 ; Soc., 12 septembre 2007, Bull. 2007, V, n° 128, pourvoi n° 06-41841). Pour affirmer ce principe, La chambre sociale s'est fondée sur les alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution, c'est-à-dire sur le principe de participation conjugué à celui de la liberté dont il résulte que chaque syndicat représentatif dans le champ de la négociation a également vocation à représenter l'intérêt collectif des salariés dans la négociation.

L'interdiction des négociations séparées repose sur le même fondement juridique comme l'a rappelé la chambre sociale dans un arrêt du 10 octobre 2007 (Soc., 10 octobre 2007, Bull. 2007, V, n° 156, pourvoi n° 06-42721) qui résume les conséquences du principe d'égalité dans la procédure de négociation : « *La nullité d'une convention ou d'un accord collectif est encourue lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à sa négociation, ou si l'existence de négociations séparées est établie, ou encore si elles n'ont pas été mises à même de discuter des termes du projet soumis à la signature en demandant le cas échéant la poursuite des négociations jusqu'à la procédure prévue pour celle-ci* ». En l'espèce, l'employeur avait signé un accord avec certains syndicats seulement dont les termes étaient différents de ceux soumis à la négociation avec tous les syndicats, et qui ne leur avait pas été soumis. Mais l'interdiction des négociations séparées pourrait aussi relever de l'interdiction des discriminations.

S'agissant du contenu et de l'application des accords collectifs, la jurisprudence a eu aussi à se prononcer sur des accords dont résultaient des différenciations entre les syndicats, en le conjuguant avec l'ancien article L. 412-2 du Code du travail dont elle a donné une interprétation large. Elle a ici précisé la portée du principe d'égalité entre syndicats.

Dans un premier arrêt du 29 mai 2001 (Soc., 29 mai 2001, Bull. 2001, V, n° 185, pourvoi n° 98-23 078), la chambre sociale a décidé qu'une convention ou un accord collectif destiné à améliorer le droit syndical dans l'entreprise ou les institutions représentatives du personnel est applicable à tous les syndicats représentatifs, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les syndicats signataires et les autres. Cet arrêt précise également que le principe d'égalité ne permet pas à l'employeur de subventionner un syndicat représentatif et non un autre selon qu'il a signé ou non l'accord collectif. Il est symptomatique que cet arrêt ne se fonde pas sur l'effet normatif de l'accord collectif, mais bien sur le principe d'égalité et sur l'interdiction des discriminations qui était certainement applicable s'agissant des subventions versées aux syndicats signataires.

La portée de cet arrêt a été précisée par un arrêt du 10 octobre 2007 (Soc., 10 octobre 2007, Bull. 2007, V, n° 154, pourvoi n° 05-45 347) relatif à un accord qui répartissait de façon inégalitaire entre les syndicats représentatifs une contribution prévue pour le financement du dialogue social dans une branche. La chambre sociale a rejeté le pourvoi, fondé sur la nullité de cette clause, au motif que ni les principes constitutionnels d'égalité et de liberté syndicale, ni l'article 120-2 du Code du travail « *ne font obstacle à ce qu'un accord établisse des règles de répartition inégalitaire [de cette contribution] [...] entre les organisations syndicales représentatives, dès lors d'une part que cette répartition n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer à quiconque l'adhésion ou le maintien de l'adhésion à une organisation syndicale, aucune organisation n'étant exclue, et que d'autre part la différence de traitement est justifiée par des raisons objectives matériellement vérifiables liées à l'influence de chaque syndicat dans le champ de l'accord* ». Outre l'affirmation de l'innocuité de l'accord sur la liberté d'adhésion à un syndicat, déjà affirmée par le Conseil d'État dans un arrêt du 30 juin 2003 (CE, 30 juin 2003, n° 238347), l'apport de l'arrêt est double : il précise d'une part que la règle d'égalité entre syndicats est une égalité de traitement et non une règle d'égalité stricte ; il retient d'autre part que l'influence des syndicats constitue une justification objective de différenciation. La loi du 20 août 2008 qui a modifié les critères de la représentativité en introduisant un critère d'audience conforte cette solution.

1.1.1.4. L'influence du droit communautaire sur la discrimination dans le travail

L'apport du droit communautaire en la matière s'exprime dans trois domaines : celui de la nationalité, auquel font référence les articles 12 et 39 du traité CE et le règlement n° 1612/68 du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la communauté ; celui de la différence sexuelle, à laquelle renvoie l'article 141, § 3 du traité et qui a donné lieu aux directives de 1975 (75/117/CEE, de 1976 (76/207/CEE), de 1997 (97/80/CE), de 2002 (2002/73/CE) et, en dernier lieu, à la directive de refonte du 5 juillet 2006 (2006/54/CE) ; et celui des autres facteurs de discrimination liés à la race ou à l'origine

ethnique (directive 2000/43, du 29 juin 2000) ou encore aux convictions, à la religion, au handicap, à l'âge, à l'orientation sexuelle (directive n° 2000/78/CE, du 27 novembre 2000), le champ d'application du droit communautaire étant ainsi moins étendu, en ce qui concerne les causes de discrimination prohibées, que celui du droit français, tel qu'il résulte en particulier de l'article L. 1132-1 du Code du travail, lequel inclut aussi les discriminations liées aux mœurs, à la situation de famille, aux caractéristiques génétiques, aux activités syndicales ou mutualistes, à l'apparence physique, au nom de famille et à l'état santé. Mais en tout état de cause, il doit aussi être tenu compte de l'interdiction des discriminations que prescrit aussi la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 14), lorsqu'elles empêchent l'exercice des droits que garantit cette convention ou ses protocoles annexes, l'énumération des causes de discrimination envisagées par cette convention n'étant pas limitative. Et, à cet égard, le domaine social n'échappe pas aux prohibitions qu'elle prévoit³⁸

L'application que la Cour de cassation a faite de ces sources européennes peut être examinée du point de vue des causes de discrimination elles-mêmes (1.1.1.4.1.) et du régime qui leur est appliqué (1.1.1.4.2.).

1.1.1.4.1. Les causes de discrimination

On a pu dire que les dispositions du droit communautaire destinées à assurer, dans le domaine du travail, l'égalité entre sexes et, pour cela, la suppression des discriminations entre les hommes et les femmes constituaient un véritable modèle en la matière et avaient joué un rôle déterminant dans l'évolution des droits nationaux. La chambre sociale n'est pas restée à l'écart de cette évolution. Ainsi a-t-elle jugé qu'une clause du statut d'une entreprise publique qui réservait aux seules femmes une priorité d'accès à l'emploi les dispensant de la condition d'âge statutaire ne pouvait exclure les agents de sexe masculin du bénéfice de cet avantage, lorsqu'ils se trouvent dans la même situation (Soc., 18 décembre 2007, Bull. 2007, V, n° 215, pourvoi n° 06-45 132, Dr. Soc. 2008, p. 246, obs. C. Radé). Il convient de relever que cette décision fait notamment référence à la primauté du droit communautaire et reprend une solution que la Cour de Justice avait retenue dans un arrêt *Brihèche*, rendu le 30 septembre 2004³⁹. C'est aussi en tirant les conséquences de la déclaration d'illégalité par le Conseil d'État d'une disposition statutaire applicable au personnel d'EDF, jugée contraire à l'article 141 du traité CE, que la chambre sociale a reconnu qu'une bonification d'ancienneté en vue de la retraite dépendant du nombre d'enfants ne pouvait être réservée aux seules mères (Soc., 23 octobre 2007, Bull. 2007, V, n° 173, pourvoi n° 06-43 329). De même, un arrêt a-t-il condamné toute différence de traitement en matière de rémunération, dans l'exercice des mêmes fonctions, dès lors que la différence pratiquée par l'employeur

38. Voir notamment CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c./France*, req. n° 40892/98, RJS 1/04, n° 143, jugeant contraire à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 1^{er} du protocole n° 1 le refus d'attribuer une allocation d'adulte handicapé à un étranger.

39. CJCE, 30 septembre 2004, affaire C-319/03, sur renvoi préjudiciel du tribunal administratif de Paris. Voir également, dans le même sens, CJCE, 17 octobre 1995, affaire C-450/93, qui exclut l'institution d'une priorité absolue et inconditionnelle d'avancement en faveur des femmes.

au détriment des femmes ne reposait pas sur une justification objective tirée des conditions de travail, de l'ancienneté ou de la nature des fonctions exercées (Soc., 19 décembre 2000, Bull. 2000, V, n° 436, pourvoi n° 98-43 331). C'est aussi parce que l'attribution de « primes de choix » plus élevées aux hommes lors de leur engagement ne reposait sur aucune raison objective que la chambre sociale a reconnue au personnel féminin le droit d'en bénéficier, par un arrêt qui, au surplus, casse une décision ayant refusé de prononcer la nullité d'un licenciement consécutif à l'exercice d'une action en justice destinée à assurer l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, dès lors qu'il n'existait pas de cause réelle et sérieuse de licenciement, en application de l'article L. 123-5 du Code du travail, devenu l'article L. 1144-3 (Soc., 28 novembre 2000, Bull. 2000, V, n° 395, pourvoi n° 99-41 661).

La nationalité est au cœur du droit communautaire des discriminations, dans la mesure où, en favorisant les ressortissants d'un État, sa prise en considération est de nature à affecter la libre circulation des travailleurs. La chambre sociale a fait application des interdictions que prévoient les articles 12 et 39 du traité CE, pour reconnaître à tous les salariés d'une association employés en France le droit de bénéficier d'un avantage salarial que l'employeur réservait au seul personnel de nationalité allemande. Cet arrêt rappelle que les dispositions du traité sont applicables directement dans l'ordre juridique de tout État membre et doivent l'emporter sur toute norme nationale contraire (Soc., 10 décembre 2002, Bull. 2002, V, n° 373, pourvoi n° 00-42 158). Cependant, la prohibition du critère de la nationalité ne peut être invoquée que dans le seul champ d'application matériel du traité. Or, elle n'est ici destinée qu'à favoriser la libre circulation des travailleurs. La directive n° 2000/78/CE exclut d'ailleurs le critère national de son champ d'application. L'interdiction communautaire ne s'applique donc pas à des situations purement internes et ne peut être invoquée par des salariés qui n'ont pas fait usage de leur droit de travailler dans un autre État⁴⁰. C'est ce qu'a rappelé la chambre sociale dans un arrêt du 17 avril 2008 (Soc., 17 avril 2008, Bull. 2008, V, n° 95, pourvoi n° 07-16 824), pour écarter la critique faite à une décision qui avait refusé d'accorder à un salarié de nationalité française, exerçant son activité en France, une prime d'expatriation consentie aux seuls salariés étrangers. Il ne semble pas que la consécration dans l'article 17 du traité CE d'une citoyenneté européenne puisse avoir pour effet d'étendre le domaine d'application de cette interdiction, hors liberté de circulation⁴¹. Il reste que des différences de traitement fondées sur la nationalité doivent aussi être appréciées au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et qu'elles ne peuvent être admises dans ce cadre qu'à la condition qu'elles poursuivent un but légitime et qu'il existe un rapport de proportionnalité raisonnable entre les moyens mis en œuvre et le but visé, l'appréciation de la Cour de Strasbourg étant spécialement restrictive lorsque le critère de la nationalité est mis en œuvre⁴². La chambre sociale a ainsi considéré que l'attribution d'avantages aux seuls salariés d'une compagnie aérienne dont les contrats relevaient du droit italien (ce qui faisait intervenir indirectement le critère de la nationalité) pouvait être

40. CJCE, 16 décembre 1992, *Poirrez*, affaire C-206/91 ; CJCE, 28 janvier 1992, *Steen*, affaire C-332/90.

41. En ce sens : CJCE, 1^{er} avril 2007, *Gouvernement de la communauté française de Belgique*, aff. C-212/06, § 39-40.

42. CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz*, req. n° 17371/90 ; CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez*, req. n° 40892/98.

justifiée par les sacrifices auxquels ils avaient consenti, à la différence de ceux qui étaient employés en France (Soc., 17 juin 2003, Bull. 2003, V, n° 195, pourvoi n° 01-41 522). En outre, une différence de traitement fondée sur la nationalité est également interdite par le droit français (article L. 1132-1 du Code du travail), mais la chambre sociale a admis, dans l'arrêt précité du 17 avril 2008, qu'une prime d'expatriation pouvait être réservée à des salariés étrangers, dès lors qu'elle était destinée à compenser les inconvénients résultant de leur expatriation et à contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique, et que l'exclusion des salariés français reposait sur des raisons objectives, pertinentes, étrangères à toute discrimination prohibée et proportionnées à l'objectif poursuivi (dans le même sens : Soc., 9 novembre 2005, Bull. 2005, V, n° 312, pourvoi n° 03-47 720).

Les autres cas de discrimination envisagés par le droit communautaire rejoignent partiellement le champ d'application, plus étendu, de l'article L. 1132-1 du Code du travail. Si la Cour de justice a pu considérer en 1977⁴³ que l'interdiction des discriminations (en l'occurrence en matière d'organisation commune des marchés agricoles) constituait l'expression spécifique d'un principe fondamental d'égalité de traitement régissant le droit communautaire, elle n'a toutefois pas étendu l'application des prohibitions prévues par le traité et les actes dérivés, dans le domaine social, au-delà des cas spécialement visés par ces textes. Ainsi, a-t-elle jugé que l'interdiction des discriminations liées à un handicap ne pouvait s'appliquer à un licenciement motivé par la maladie du salarié ou d'un membre de sa famille, cette cause ne relevant pas de la directive n° 2000/78/CE⁴⁴. Il y a donc place ici pour une application du seul droit interne, fut-elle influencée dans sa mise en œuvre par des méthodes et des modes de raisonnement issus du droit communautaire (Soc., 9 janvier 2007, Bull. 2007, V, n° 1, pourvoi n° 05-43 962, retenant une discrimination indirecte liée à l'état de santé). Quant aux autres hypothèses visées à la fois par la directive n° 2000/78/CE et par le Code du travail, la chambre sociale a retenu qu'était discriminatoire et comme telle nulle la mise à la retraite d'un salarié motivée uniquement par son âge, alors qu'il ne remplissait pas les conditions légalement requises pour bénéficier d'une pension complète (Soc., 21 décembre 2006, Bull. 2006, V, n° 412, pourvoi n° 05-12816). La cause de dérogation prévue par l'article L. 1133-1 du Code du travail et reprise du droit communautaire (article 6 de la directive n° 2000/78/CE) ne peut en effet trouver à s'appliquer à cette situation.

1.1.1.4.2. Le régime des discriminations

L'influence du droit communautaire se fait tout spécialement sentir en ce qui concerne les modalités d'administration de la preuve et le régime de la discrimination indirecte. Elle est aussi perceptible, dans une moindre mesure, en ce qui concerne les conséquences d'une discrimination avérée.

Reprenant à son compte les conditions d'aménagement de la preuve consacrées par la Cour de justice, dans le champ d'application du droit communautaire⁴⁵, avant que le législateur ne

43. CJCE, *Ruckdeschel*, aff. C-117/76.

44. CJCE, 17 juillet 2008, *Coleman*, aff. C-303/06.

45. Voir notamment : CJCE, 9 février 1999, *Seymour-Smith*, aff. C-167/97.

les consacre en novembre 2001 (article L. 1134-1 du Code du travail), et étendant leur domaine de mise en œuvre hors des situations relevant du droit communautaire, la Cour de cassation a limité la charge probatoire du salarié à la seule production d'éléments de fait pouvant caractériser une discrimination, dont il appartient ensuite à l'employeur de démontrer qu'elle n'est pas constituée et que la différence de traitement constatée repose sur d'autres raisons légitimes et objectives (Soc., 23 novembre 1999, Bull. 1999, V, n° 447, pourvoi n° 97-42 940 ; Soc., 28 mars 2000, Bull. 2000, V, n° 126, pourvois n° 97-45 258 et n° 97-45 259). Cette répartition de la charge de la preuve, constamment reprise depuis (notamment, en matière de discrimination syndicale : Soc., 28 septembre 2004, Bull. 2004, V, n° 227, pourvoi n° 03-42 624) et consacrée par le législateur, en application des directives européennes, a été transposée hors du champ des discriminations, à toute action fondée sur une différence de traitement entre les salariés, notamment en matière de rémunération (Soc., 28 avril 2006, Bull. 2006, V, n° 152, pourvoi n° 03-47 171 ; Soc., 20 février 2008, pourvoi n° 06-40 085).

Avant que le législateur français ne définisse la notion de discrimination indirecte (article L. 1132-1 du Code du travail), la chambre sociale a eu l'occasion d'en faire application en matière de discrimination fondée sur la nationalité, en retenant, comme il a déjà été dit, que la mise en œuvre d'un critère fondé sur la seule loi applicable au contrat de travail pouvait en réalité conduire à une différence de traitement liée à la nationalité des salariés, mais en considérant en l'espèce qu'elle reposait sur des raisons objectives et légitimes (Soc., 17 juin 2003, Bull. 2003, V, n° 195, pourvoi n° 01-41 522, précité). Également, hors champ d'application de la directive n° 2000/78, un arrêt a retenu qu'une mesure apparemment neutre, constituée par une évaluation forfaitaire des jours d'absence pour cause de maladie pouvait être défavorable aux salariés malades pendant une période de haute activité et à ce titre discriminatoire, sans que cette situation soit justifiée par des raisons étrangères à toute discrimination (Soc., 9 janvier 2007, Bull. 2007, V, n° 1, pourvoi n° 05-43 962, précité).

Pour donner leur plein effet aux dispositions qui prohibent les discriminations et qui déclarent « nul de plein droit » tout acte contraire à cette prohibition (articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du Code du travail), la chambre sociale a reconnu au juge du fond le pouvoir de rétablir le salarié dans ses conditions de travail antérieures aux pratiques discriminatoires de l'employeur (Soc., 23 juin 2004, Bull. 2004, V, n° 181, pourvoi n° 02-41 011), notamment en lui attribuant le niveau de classification des emplois auquel il aurait pu prétendre s'il n'avait été victime de tels agissements (par exemple : Soc., 31 janvier 2007, pourvoi n° 05-42 855). Cette forme de réparation en nature prend en compte les exigences de la directive du 27 novembre 2000, lorsqu'elle prescrit aux États membres, dans son article 17, de mettre en place un régime de sanctions effectives et dissuasives.

1.1.1.5. La nouvelle législation en matière de discrimination

Deux lois nouvelles viennent de modifier de façon substantielle les règles applicables en matière de lutte contre les discriminations :

- La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, qui modifie les règles de fond.

– La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, qui institue un régime particulier de prescription en matière de discrimination au travail, afin d'assurer une mise en œuvre effective des droits reconnus aux salariés en ce domaine.

1.1.1.5.1. La loi du 27 mai 2008

Le droit français des discriminations, fortement marqué dans la loi du 1^{er} juillet 1972 par ses origines pénales, liées à la lutte contre le racisme, découlant de la ratification par la France de la Convention de l'ONU sur l'élimination de toute discrimination raciale, s'est ensuite développé dans le cadre du travail, notamment par les lois des 29 octobre 1982 et 13 juillet 1983 à la suite de la ratification par la France des conventions 98 et 87 relatives à la liberté syndicale et de la convention 100 relative à l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et féminine.

Le droit communautaire a ensuite été le moteur essentiel de l'évolution du droit des discriminations.

Ainsi, la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations a transposé l'essentiel des directives 2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre des principes de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la preuve de la discrimination fondée sur le sexe.

La loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 a, pour sa part, transposé partiellement la directive n° 2002-73 du 23 septembre 2002 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail.

La nouvelle loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations « *ajoute certes une pierre supplémentaire à l'édifice juridique en faveur de la lutte contre les discriminations* », selon Isabelle Vasseur, rapporteure du projet de loi devant l'Assemblée nationale.

Elle ne peut toutefois être considérée comme une loi généraliste traduisant une véritable volonté de renforcer le dispositif légal par un approfondissement ou une réorientation de la politique de lutte contre les discriminations.

Adoptée selon la procédure d'urgence, cette loi, non codifiée, fait suite à deux mises en demeure et à un avis motivé adressés à la France par la Commission européenne.

Elle a pour objet :

- d'une part, de corriger les insuffisances ou les omissions dans la transposition des trois directives ;
- d'autre part, de transposer entièrement la directive 2004/113 du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services et de transposer pareillement la

directive 2006/54 du 6 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

Les débats parlementaires ont mis une nouvelle fois en lumière, notamment au Sénat, les difficultés résultant de la confrontation du modèle français d'égalité et du modèle communautaire de non-discrimination, très inspiré des pays anglo-saxons. La crainte s'est ainsi exprimée d'une dérive communautariste des rapports sociaux et professionnels éloignée de la vision républicaine française.

Dans son rapport au Sénat, M^{me} Dini redoute « *l'amalgame entre discrimination et inégalité de traitement* » qui laisse penser que « *les inégalités sont toujours dues à des discriminations* », ce qui peut « *inciter au repli sur soi, à l'excitation des identités particulières, au détriment de la prévalence des valeurs et principes communs* ».

Selon la rapporteure, le risque est que chacun se perçoive davantage « *comme un membre d'un groupe discriminé que comme une personne singulière s'inscrivant dans une communauté nationale* ».

Les nouvelles dispositions, dans le domaine du droit du travail, qui seront seules abordées ici peuvent être articulées autour de cinq thèmes : la définition du concept de discrimination, l'extension des bénéficiaires protégés, les champs d'application matériels limités et différenciés, l'élargissement des possibilités de dérogation au principe de non-discrimination et l'accroissement des garanties juridiques.

1.1.1.5.1.1. La définition du concept de discrimination

Le droit français ne connaissait jusqu'à présent qu'une seule définition légale de la discrimination contenue dans l'article 225-1 du Code pénal selon laquelle constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques pour l'un des dix-huit motifs énumérés audit article.

Le Code du travail faisait référence à la notion sans la définir.

Si la loi du 16 novembre 2001 avait modifié le Code du travail en insérant dans l'article L. 122-45 du Code du travail, devenu l'article L. 1132-1, la référence aux discriminations directes ou indirectes, elle ne les avait pas davantage définies.

Par ailleurs, si le harcèlement sexuel était interdit depuis la loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992, le harcèlement moral n'était interdit que depuis la loi du 16 novembre 2001.

En droit du travail, ces notions étaient distinctes des discriminations, même si elles étaient soumises à un régime juridique identique en matière de preuve et de sanction dans les anciens articles L. 122-46 à L. 122-49 du Code du travail, devenus les articles L. 1153-1 à 4 et L. 1152-1 à 3.

Le Code pénal les distinguait également des discriminations, les sanctions pénales encourues en matière de harcèlement (articles 222-33 et 222-33-2) étant trois fois moins importantes qu'en matière de discrimination (article 225-2).

Mais, depuis les directives intervenues en 2000, le concept européen de discrimination est composé de quatre notions : les discriminations stricto sensu, directes et indirectes, le harcèlement et l'injonction à la discrimination.

La loi du 27 mai 2008 a adopté le concept européen de discrimination en définissant les notions de discrimination directe et indirecte et en assimilant à la discrimination l'injonction à discriminer et toutes les formes du harcèlement.

1.1.1.5.1.1.1. La définition des discriminations directe et indirecte

En vertu de l'article 6-1 de la loi, les dispositions du Code du travail (article L. 1132-4 et article L. 1134-1) renvoient désormais à ces définitions.

La discrimination directe est définie par l'article 1, alinéa 1 comme « *la situation dans laquelle sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée à une ethnïe ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* ».

Cette rédaction comparative a été retenue parce que la Commission reprochait à la France non seulement son absence de définition en matière d'emploi et de travail, mais également l'absence de comparaison et l'absence de divers temps pour effectuer cette comparaison.

La présence du conditionnel « l'aurait été » comme élément de comparaison, issue de la formule communautaire, a posé difficulté devant le Parlement. Alors que les députés avaient adopté la version initiale conforme, les sénateurs ont craint que la référence à une comparaison hypothétique soit source d'insécurité juridique.

Un compromis a été trouvé devant la commission mixte paritaire par le recours au futur antérieur, qui permet de sauver les apparences au regard des impératifs du respect de la directive communautaire qui énonce que la discrimination peut intervenir dans le présent, le passé ou le futur.

La discrimination indirecte est définie par l'article 1 alinéa 2 comme « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ».

Cette définition, conforme au texte communautaire et au texte de transposition initialement soumis au Parlement, a été contestée au cours des débats, la formule « *susceptible d'entraîner un désavantage particulier* » étant jugée par certains trop extensive, source potentielle d'insécurité juridique et paraissant autoriser des procès d'intention.

1.1.1.5.1.1.2. Les notions assimilées à la discrimination

Si l'assimilation à la discrimination de l'injonction de pratiquer une discrimination ne soulève pas de difficulté, il n'en est pas de même des harcèlements.

L'injonction de pratiquer une discrimination est prévue par l'ensemble des directives. Cette assimilation demandée par la commission constitue indéniablement un progrès dans l'effectivité de la lutte contre les discriminations. En effet, avant la loi du 27 mai 2008, seul le Code pénal permettait d'atteindre ce comportement sous l'incrimination de la complicité prévue par les articles 121-6 et 121-7 du Code pénal ou de la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale prévue par l'article R. 625-7 du Code pénal. Désormais, l'interdiction d'injonction à discriminer est assortie de sanction, même en matière civile.

Alors que les dispositions des articles L. 122-46, devenu L. 1152-1, et L. 122-49, devenu L. 1153-1 du Code du travail ne considèrent pas le harcèlement comme une discrimination et qu'il n'y a harcèlement sexuel ou moral que lorsque les agissements sont réputés en lien avec les conditions de travail, la commission estime que les directives 2000/42, 2000/78 et 2002/73 imposent de considérer le harcèlement dans tous les cas comme une discrimination et qu'un acte même non répété est constitutif d'un harcèlement, dès lors que les conditions prévues par les directives sont réunies.

La loi du 27 mai 2008 s'est conformée dans l'article 1, alinéa 3, à cette exigence communautaire d'assimilation du harcèlement à la discrimination et d'élargissement du champ d'application de la notion de harcèlement.

Ainsi, au terme de cette disposition nouvelle, la discrimination inclut tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au 1^{er} alinéa et tout agissement à connotation sexuelle subi par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

La difficulté majeure de cette nouvelle définition du harcèlement provient de l'absence d'abrogation des définitions existantes qui subsistent avec leur régime juridique propre. Cette situation crée une inégalité de traitement entre les cas de harcèlements qui peuvent être sanctionnés différemment.

Il est certes exact que le harcèlement peut exister sans lien avec un motif discriminatoire. Mais, favorise-t-on ainsi l'intelligibilité du droit et l'accessibilité et la sécurité juridique, même s'il a été indiqué, au cours des débats parlementaires, qu'il s'agit d'élargir les moyens de poursuite à la disposition des victimes et d'instituer ainsi un double dispositif de protection destiné à améliorer leur situation ?

Il est à craindre que la protection des justiciables ne soit pas renforcée, tant que la Cour de cassation n'aura pas clairement défini les périmètres de ces dispositifs concurrents.

1.1.1.5.1.2. L'extension des bénéficiaires protégés

Dans sa mise en demeure, la commission a considéré que la directive 2002/73 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi et à la formation professionnelle n'était pas transposée pour les travailleurs non salariés.

L'article 5 de la loi prévoit donc que désormais les interdictions de discriminer résultant de la loi s'appliquent « à toutes les personnes publiques ou privées, y compris celles exerçant une activité indépendante ».

Bénéficient en conséquence des dispositions de la loi nouvelle : les personnes exerçant une activité salariée, les personnes exerçant une activité non salariée ou indépendante, les fonctionnaires relevant des dispositions de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et les agents publics non titulaires.

1.1.1.5.1.3. Des champs d'application matériels limités et différenciés

La loi du 27 mai 2008 n'a simplifié ni le périmètre, ni le contenu des champs d'application matériels des discriminations.

En effet, le législateur s'est borné à une stricte transposition des directives en ce qui concerne les motifs de discrimination interdits et a hiérarchisé les niveaux de protection selon ces motifs.

1.1.1.5.1.3.1. Une transposition stricte des motifs de discrimination

Alors que devant le Parlement, des propositions d'amendement proposaient de reproduire l'ensemble des motifs de discrimination inscrits dans le Code pénal, la loi a fait une transposition des directives et n'a retenu que les huit motifs qu'elles prohibent : l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle et le sexe.

Conformément aux directives de 2000 et 2002, le texte mentionne expressément la prohibition des agissements discriminatoires, non seulement en raison de la grossesse, déjà explicitement prévue par le droit interne dans l'article L. 1132-1 du Code du travail, mais également la maternité, y compris le congé de maternité.

Toutefois, à l'exception de la maternité, qui s'ajoute aux motifs existants, cette énumération limitative n'aura en droit du travail qu'une incidence réduite, car l'article L. 1132-1 du Code du travail contient déjà vingt motifs de discrimination prohibée, dont les huit qui sont visés par la loi nouvelle.

Cette limitation du champ d'application de la loi aux seuls huit critères qu'elle énonce a toutefois pour inconvénient de ne permettre qu'à ces seuls critères de fonder une discrimination dans les deux domaines introduits par l'article 2-2° de la loi, à savoir le travail indépendant et non salarié et l'affiliation et l'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle.

1.1.1.5.1.3.2. Une différenciation des champs d'application selon les motifs

La différence de contenu des directives quant au régime de protection applicable selon les motifs visés a été également traduite par la loi de transposition du 27 mai 2008.

Cette dualité des champs d'application matériels n'est pas satisfaisante, car elle sera source de difficultés en cas de cumul des discriminations.

Au cours des débats parlementaires, il a été déploré, compte tenu de ces différences de niveaux de protection, une « hiérarchisation des motifs de discrimination ».

Si l'orientation sexuelle, les convictions, le handicap, l'âge ont des champs d'application restreints, il n'en est pas de même du motif de la race ou de l'origine ethnique ou du sexe.

En effet, outre l'emploi, l'article 2-1 de la loi du 27 mai 2008 mentionne au titre des domaines protégés : la protection sociale, la santé, les avantages sociaux, l'éducation, l'accès aux biens et services ou la fourniture de biens et services.

Cette protection renforcée des victimes de discriminations à caractère raciste est de nature à renforcer le débat sur la possibilité de dérives communautaristes évoquée devant le Sénat.

Le motif du sexe a un champ d'application d'une étendue comparable, mais plus difficile à cerner en raison de sa construction par étapes successives visant l'égalité de rémunération, puis l'égalité de traitement dans l'emploi, la sécurité sociale et enfin l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services conformément à la directive 2004/113.

Le motif de la maternité déjà mentionné peut être considéré comme attaché à la notion de discrimination fondée sur le sexe.

Enfin, il convient de rappeler que dans son arrêt du 22 novembre 2005⁴⁶, la CJCE a décidé que « *le champ d'application du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ne saurait être réduit aux seules discriminations fondées sur l'appartenance à l'un ou l'autre sexe, mais que, eu égard à son objet et à la nature des droits qu'il entend sauvegarder, ce principe s'applique également aux discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe d'une personne* ».

1.1.1.5.1.4. L'élargissement des possibilités de dérogation au principe de non-discrimination

Jusqu'à la loi du 27 mai 2008, le Code du travail ne contenait pas de dérogation de principe à l'interdiction de toute discrimination, mais seulement des dérogations ponctuelles liées à l'âge (article L. 122-45-3, alinéa 1, du Code du travail), au sexe (article L. 123-1 et R. 123-1 du Code du travail), à l'état de santé (article L. 122-45-4, alinéa 1) ou au handicap (article L. 122-45-4, alinéa 2).

Pour répondre au grief de la commission selon lequel les conditions dans lesquelles les différences de traitement sont rendues possibles, par dérogation à l'interdiction des discriminations, ne sont pas définies de manière suffisamment stricte, la loi nouvelle pose dans son article 2 un principe général de dérogation, que l'article 6 reprend pour la matière spécifique du droit du travail, en apportant des aménagements spéciaux pour les dérogations liées à l'âge et au sexe.

46. CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04, Rec., I, 9981.

1.1.1.5.1.4.1. *Le principe général de dérogation et ses confirmations en droit du travail*

L'article 2, 2°, alinéa 2, de la loi apporte une dérogation de portée générale au principe d'interdiction de toute discrimination en réservant expressément « *les différences de traitement fondées sur les motifs visés à l'alinéa précédent lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ».

Une formulation identique a été reprise à l'article 6 qui modifie l'article L. 1133-1 du Code du travail, en assurant l'application de cette dérogation à tous les cas de discrimination visés à l'article L. 1132-1 du Code du travail (ancien article L. 122-45).

Ainsi, alors qu'une mesure discriminatoire était nécessairement frappée de nullité, l'employeur pourra se défendre pour éviter cette sanction en justifiant du bien-fondé de la mesure prise en fonction des critères légaux.

Certains parlementaires au cours des débats ont craint une fragilisation du dispositif de lutte contre les discriminations.

Il reviendra au juge, en présence de l'allégation d'une discrimination, de déterminer si la mesure litigieuse est ou non discriminatoire, si elle peut constituer une exigence professionnelle et déterminante par rapport à la légitimité de l'objectif et à l'exigence de proportionnalité.

Le juge sera ainsi conduit à exercer un contrôle lourd, non seulement d'objectivité et de pertinence de la mesure, mais également de proportionnalité.

1.1.1.5.1.4.2. *Les aménagements spécifiques des dérogations liées à l'âge et au sexe*

Compte tenu des régimes antérieurs particuliers des dérogations liées à l'âge et au sexe, la loi nouvelle a prévu pour ces deux cas des dispositions spécifiques.

L'ancien article L. 122-45-3 du Code du travail (devenu l'article L. 1133-1) autorisait déjà certaines différences de traitement entre les salariés fondées sur l'âge « *dès lors qu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime, notamment par des objectifs de politique de l'emploi et lorsque les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires* ».

La commission a estimé que, pour assurer la sécurité juridique des salariés et des entreprises, la directive 2000/78 exigeait davantage de précisions, au-delà de simples « objectifs de politique de l'emploi ».

Ainsi, le texte définitif de l'article L. 1133-2-2° prévoit que « *les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés* ».

L'article L. 123-1 du Code du travail (devenu l'article L. 1142-1), issu de la loi du 13 juillet 1983, avait prévu, dans la logique de la directive 76/207, que la liste des emplois et des activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante était fixée par un décret.

La commission reprochait à la France de ne pas avoir transposé correctement la directive 2002/73, qui avait abandonné une logique de liste qui pouvait figer les dispositions, pour un contrôle de chaque situation au cas par cas, eu égard au double critère de l'exigence professionnelle véritable et déterminante et de l'objectif légitime et proportionné.

Pour satisfaire à cette obligation, l'article L. 1142-2, alinéa 2, du Code du travail est désormais ainsi rédigé : « *Lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée, les interdictions prévues à l'article L. 1142-1 ne sont pas applicables* ».

1.1.1.5.1.5. L'accroissement des garanties juridiques

La loi nouvelle améliore les garanties juridiques en matière de lutte contre les discriminations dans quatre directions : l'extension du régime probatoire à toutes les discriminations, l'amélioration de la protection des témoins, l'amélioration de la protection des victimes et l'amélioration de l'information des salariés.

1.1.1.5.1.5.1. L'extension du régime probatoire à toutes les discriminations

Avant d'être transposées dans l'article L. 122-45, alinéa 4, du Code du travail par la loi du 16 novembre 2001 à tous les cas de discrimination existants, les dispositions de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la preuve de la discrimination fondée sur le sexe avaient été directement appliquées par la Cour de cassation dans un arrêt du 23 novembre 1999 (Soc., 23 novembre 1999, Bull. 1999, V, n° 447, pourvoi n° 97-42940).

L'article 4 de la loi du 27 mai 2008 généralise à tous les cas de discrimination la règle de l'aménagement de la charge de la preuve, qui impose au demandeur seulement de présenter au juge des faits qui lui permettent d'en présumer l'existence et fait peser sur le défendeur le risque de la preuve, s'il ne prouve pas que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Désormais, l'article 2 de la loi procédant à l'extension des discriminations interdites, le régime spécifique de preuve s'applique également aux discriminations nouvellement visées.

1.1.1.5.1.5.2. L'amélioration de la protection des témoins

L'article L. 122-45, alinéa 3 du Code du travail, devenu l'article 1132-3, interdisait le licenciement et les sanctions disciplinaires ou les mesures discriminatoires contre des salariés ayant témoigné ou relaté des faits de discrimination.

L'article 3, alinéa 2 de la loi nouvelle renforce la protection des témoins en posant le principe qu'aucune personne n'ayant témoigné de bonne foi d'un agissement discriminatoire ou l'ayant relaté ne peut être traitée défavorablement de ce fait.

La protection est ainsi étendue à toute mesure de rétorsion, de quelque nature qu'elle soit, et non pas limitée aux seules sanctions, y compris le licenciement et aux mesures discriminatoires.

1.1.1.5.1.5.3. L'amélioration de la protection des victimes

L'article L. 122-45-2 du Code du travail, devenu l'article L. 1134-4, prévoyait la nullité du licenciement lorsque la rupture intervenait après une action en justice alors que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse et constituait en réalité une mesure prise par l'employeur à raison de l'action en justice.

La commission a objecté à la France que les dispositions des directives 2000/43 (article 9), 2002/78 (article 11) ou 2002/73 (article 7) étaient plus exigeantes, comme imposant une protection des personnes contre tout traitement ou toute conséquence défavorable en réaction à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement.

L'article 3, alinéa 2, de la loi nouvelle se plie à cette exigence en interdisant « toute décision défavorable à une personne fondée sur sa soumission ou son refus de se soumettre à une discrimination entrant dans son champ d'application ».

On peut toutefois regretter que la loi n'ait pas prévu de sanction spécifique destinée à assurer l'effectivité des droits reconnus aux témoins et aux victimes.

1.1.1.5.1.5.4. L'amélioration de l'information des salariés

Dans un but de prévention et afin d'assurer une meilleure effectivité des droits des personnes au regard des exigences communautaires dès l'embauche, l'article 6 de la loi a complété le projet initial en modifiant l'article L. 1142-6 du Code du travail pour prévoir un affichage des articles 225-1 à 225-4 du Code pénal relatifs aux discriminations dans les locaux ou à la porte des locaux où se fait l'embauche, à la place de l'affichage des seules dispositions du Code du travail relatives à l'égalité professionnelle entre les sexes prévu par l'article L. 123-7 du Code du travail.

Le réalisme et l'efficacité ont fait opter le Parlement en faveur de l'affichage des seules dispositions pénales jugées plus accessibles et plus dissuasives, plutôt que l'ensemble du dispositif du Code du travail.

En dépit de ses imperfections, qui devraient nourrir un contentieux non négligeable dans les premiers temps de son application, et dans l'attente d'une réforme d'ensemble plus cohérente, le dispositif issu de la loi nouvelle peut apparaître comme relativement équilibré : il améliore globalement la situation des victimes des discriminations tout en fournissant aux employeurs des moyens de défense réels fondés sur la justification de motifs légitimes de discrimination.

1.1.1.5.2. La loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile

Si le droit communautaire met à la charge des États l'obligation de transposer dans les législations nationales les directives de façon conforme et compatible, il exige également que soit assurée sa pleine effectivité.

Dans le domaine des discriminations, cette effectivité se traduit par l'exercice des voies de recours, lié à la prescription de l'action, et la réparation intégrale des préjudices nés de la discrimination, liée étroitement à la prescription du droit.

Il n'est donc pas étonnant que la question de la prescription en matière de discrimination ait été âprement débattue à l'occasion de l'examen du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, puis parallèlement à l'occasion de la discussion sur la proposition de loi portant réforme de la prescription en matière civile, avant d'être définitivement intégrée dans le texte de cette dernière.

Après avoir rappelé brièvement la genèse de la réforme, il conviendra d'examiner le contenu de la réforme spécifique aux discriminations.

1.1.1.5.2.1. La genèse de la réforme

Depuis de nombreuses années, il était apparu nécessaire de modifier le régime de la prescription en matière civile resté intact depuis l'élaboration du Code civil.

Sous une simplicité apparente caractérisée par un délai de droit commun de trente ans, il fallait compter plusieurs centaines de délais particuliers, selon les matières et les actions, avec pour chacun une très grande imprécision sur le point de départ de la prescription, à tel point qu'un auteur, M. Bénabent, a pu parler de « chaos »⁴⁷.

Divers facteurs ont contribué à hâter la réforme de la prescription en matière civile.

Tout d'abord, l'influence communautaire s'est faite sentir à travers un mouvement en faveur d'un rapprochement du droit européen des contrats, exprimé dans une résolution du Parlement européen du 23 mars 2006 réaffirmant « *qu'un marché intérieur uniforme ne peut être pleinement opérationnel sans de nouveaux efforts d'harmonisation du droit civil* ».

En outre, plusieurs pays européens, notamment les Pays-Bas et l'Allemagne, ont opéré une réforme du droit des obligations dans le sens d'une simplification.

Au niveau national, il convient de tenir compte de l'exigence de plus en plus pressante du Conseil constitutionnel, depuis sa décision du 16 décembre 1999⁴⁸, encore réaffirmée par la décision 2006-540 du 27 juillet 2006, en faveur de l'intelligibilité et de l'accessibilité de la loi.

47. A. Bénabent, « Le chaos de la prescription extinctive », in *Mélanges Boyer*, 1996, p. 123 et s.

48. Décision n° 99-421 DC.

Animé par ce double souci, un groupe de juristes français conduit par le professeur Catala a proposé un projet de réforme du droit des obligations, préconisant notamment de réduire la durée de la prescription des actions personnelles ou mobilières à trois ans en matière civile.

La mission d'information créée au sein de la Commission des lois du Sénat s'est pour sa part livrée au même constat de « complexité », de « manque de cohérence », « d'arbitraire », « d'imperméabilité » et « d'inadaptation à l'évolution de la société ».

Un groupe de travail réuni en 2004 à la Cour de cassation, sous la présidence de Jean-François Weber, président de la troisième chambre civile, avait, de son côté, proposé de réduire le délai de droit commun de la prescription à dix ans.

La proposition de loi du Sénateur Hyest, qui a abouti à la loi du 17 juin 2008, a retenu une solution intermédiaire de cinq ans.

Si la prescription en matière salariale n'est pas affectée par la loi nouvelle, la question d'un régime spécifique de prescription pour les actions en discrimination s'est posée devant le Parlement, compte tenu de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation.

1.1.1.5.2.2. Les aménagements du régime de prescription en matière de discrimination

Pour comprendre les aménagements retenus par la loi nouvelle en matière de discrimination, il convient de rappeler au préalable la solution retenue avant la loi par la Cour de cassation.

Après quelques hésitations, la chambre sociale s'est clairement fixée par un arrêt du 15 mars 2005 (Soc., 15 mars 2005, Bull. 2005, V, n° 86, pourvois n° 02-43 616 et n° 02-43 560) dans le sens d'une prescription trentenaire de l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale, prohibée par l'article L. 412-2 du Code du travail.

Cette position est justifiée en droit par le caractère indemnitaire et non pas salarial de la demande. En effet, l'article L. 412-2, alinéa 4, du Code du travail, devenu l'article L. 2141-8, qui prohibe toute discrimination prévoit comme sanction du non-respect des dispositions relatives à la discrimination syndicale l'allocation de dommages et intérêts.

Elle était justifiée également en opportunité, selon le rapport de la Cour de cassation pour 2005 qui indique « *qu'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* ».

Dans un commentaire de l'arrêt⁴⁹, le président Sargos, s'interrogeant sur une éventuelle réduction à dix ans de la prescription en matière contractuelle, observait déjà « *qu'en droit de la prescription la question capitale est moins la durée de celle-ci que son point de départ* ».

49. *Semaine sociale Lamy*, 23 mars 2006, n° 1208.

Quoi qu'il en soit, jusqu'à la loi du 17 juin 2008, la chambre sociale de la Cour de cassation a maintenu sa position en faveur d'une prescription trentenaire (Soc., 4 mars 2008, pourvoi n° 06-44846; Soc., 14 mai 2008, pourvoi n° 06-45507).

La réduction du délai de prescription à cinq ans, prévue par le nouvel article 2224 du Code civil, à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits a ému les organisations syndicales et les associations de lutte contre les discriminations en raison de son incompatibilité avec le droit communautaire.

La contestation portait à la fois sur le point de départ de l'action du salarié et sur la réparation de son préjudice.

Dès lors que le quantum du délai de prescription ne pouvait être mis en cause, il a paru possible d'agir sur le point de départ du délai au regard de l'exigence de la jurisprudence de la CJCE d'un délai raisonnable pour former un recours.

À cet égard, le point de départ de droit commun du délai de prescription posé par le Code civil, retenu en matière salariale a paru insuffisamment protecteur au regard de la finalité de la législation relative aux discriminations.

La Cour de cassation avait posé, dans un arrêt du 22 mars 2007 (Soc., 22 mars 2007, pourvoi n° 05-45163), l'exigence de la révélation de la discrimination comme point de départ de prescription, « à la suite de la communication par l'employeur d'éléments de comparaison nécessaires ».

Le Parlement a en conséquence accepté l'amendement du rapporteur, qui estimait que ce critère de la révélation de la discrimination était particulièrement adapté, dans la mesure où la discrimination ne peut être considérée comme révélée, et le délai de prescription de l'action ne peut courir tant que le salarié ne dispose pas d'éléments probants.

Une incertitude existait encore sur l'ampleur de la réparation du préjudice, notamment lorsqu'une perte de salaire remonte à plus de cinq ans.

Autrement dit, l'indemnisation du préjudice devait-elle être limitée à la période de prescription de l'action ou pouvait-elle s'étendre au-delà ?

Le Parlement s'est appuyé à la fois sur la jurisprudence communautaire et la jurisprudence de la Cour de cassation pour opter en faveur de la réparation intégrale du préjudice, même s'il remonte à plus de cinq ans.

En effet, tout d'abord, après avoir posé dans deux arrêts du 10 avril 1984⁵⁰, en matière de discrimination dans l'accès à l'emploi, « qu'une sanction purement symbolique ne permet pas de garantir le droit à un recours juridictionnel aux victimes de discrimination et que cette

50. CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*, aff. C – 14/83, Rec., 1984, p. 189; CJCE, 10 avril 1984, *Doris Hartz*, aff. C – 79/83, Rec. 1984, p. 1921.

action doit avoir un effet dissuasif réel à l'égard de l'employeur », la CJCE a précisé dans un arrêt du 2 avril 1993⁵¹ que « *la sanction est adéquate à condition de compenser intégralement les préjudices subis du fait de la violation du droit communautaire. Cette exigence exclut la fixation d'un plafond du dédommagement susceptible d'être accordé* ».

De son côté, la chambre sociale de la Cour de cassation, fidèle au principe de la réparation intégrale du dommage, a décidé dans un arrêt du 23 novembre 2005 (Soc., 23 novembre 2005, pourvoi n° 03-40826) que « *la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le dommage n'avait pas eu lieu* », en précisant que les dispositions de l'article L. 412-2 (relatives à la discrimination syndicale) « *ne font pas obstacle à ce que le juge ordonne le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination syndicale* ». Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt du 10 avril 2008 (Soc., 10 avril 2008, pourvoi n° 06-45821).

Dès lors, la loi du 17 juin 2008 a aménagé le régime des actions en réparation des discriminations dans l'article L. 1134-5 du Code du travail dans les termes suivants : « *L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination. Ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel. Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination pendant toute sa durée* ».

Ces dispositions ont été reprises dans les mêmes termes pour être insérées comme article 7 bis dans la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Le texte appelle deux observations complémentaires.

Tout d'abord, contrairement au régime de la prescription de droit commun, qui autorise un aménagement conventionnel, tout aménagement conventionnel du délai est interdit en raison du caractère d'ordre public de la législation relative aux discriminations.

Ensuite, on peut considérer que le dispositif retenu ne devrait pas nuire en définitive, de façon fondamentale, aux capacités d'action et à l'indemnisation des salariés victimes de discrimination dans la mesure où son application devrait, par exemple, permettre à un salarié victime d'une discrimination réalisée depuis septembre 2000, mais dont il n'a eu la révélation qu'à son départ de l'entreprise en juillet 2015, d'agir avant l'expiration du délai de cinq ans suivant cette dernière date soit en juillet 2020 et d'obtenir réparation de son entier préjudice depuis juillet 2000. En revanche, s'il n'agit que plus de cinq ans après juillet 2015, son action sera prescrite et il n'aura droit à aucune réparation.

Au sein de ce volet consacré au droit social, il convient désormais d'envisager les discriminations prohibées par le droit de la sécurité sociale. Sera encore soulignée l'importance particulière en ce domaine des instruments communautaires et européens.

51. CJCE, 2 avril 1993, *Helen Marshall*, aff. C-271/91, Rec. 1993, I, p. 4367.

1.1.2. Les discriminations et le droit de la sécurité sociale

Le contentieux de la sécurité sociale, qui relève désormais des attributions de la deuxième chambre civile, conduit la Cour de cassation à s'interroger sur les discriminations que comporte, le cas échéant, la législation de sécurité sociale.

On formulera, à titre préliminaire, quelques observations générales :

– La Cour de cassation fait prévaloir pour partie, dans sa jurisprudence en matière de sécurité sociale, le principe d'égalité qui imprègne, implicitement, l'ensemble du droit français depuis 1789⁵².

On en voudra pour illustration, sinon pour preuve la jurisprudence qui conduit à harmoniser, autant que faire se peut, les principes contributifs d'un régime à l'autre, sans pour autant renoncer au principe directeur selon lequel la distinction des régimes constitue normalement une différence objective de nature à justifier l'application de règles distinctes (voir. pour un exemple récent dans le domaine des conditions d'attribution des pensions de retraite : deux. ch. civ., 6 décembre 2006, pourvoi n° 05-20279).

– La Cour de cassation est également tributaire pour partie de la jurisprudence administrative et constitutionnelle s'agissant de la conformité des dispositions réglementaires et législatives au principe d'égalité⁵³. L'institution de la question préjudicielle de constitutionnalité par les dispositions de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 devrait d'ailleurs donner une portée nouvelle au principe constitutionnel d'égalité pour autant qu'il soit admis, en définitive, que les dispositions législatives intéressant la sécurité sociale figurent, en tout ou partie, au nombre des dispositions législatives touchant les droits et libertés garantis par la Constitution, seules à pouvoir faire l'objet, aux termes du nouvel article 61-1 de la Constitution, d'une question préjudicielle. On ajoutera que les solutions retenues par le Conseil constitutionnel ne sont pas dépourvues, le cas échéant, d'ambiguïté comme en témoigne la position prise par celui-ci, en 2003, au sujet de la pérennité des dispositions réservant aux seules assurées sociales le bénéfice de la majoration de carrière pour avoir élevé des enfants (voir *infra*, 1.1.2.2.).

Les règles communautaires exercent également leurs effets en la matière, qu'elles prohibent l'inégalité de traitement entre les ressortissants français et les ressortissants des autres États membres ou l'inégalité de traitement, notamment en matière de rémunération, entre les travailleurs des deux sexes. Compte tenu des dispositions du traité CE qui confèrent à celle-ci un monopole dans l'interprétation et l'application de la règle communautaire,

52. Voir J. Boré, « La Cour de cassation et le principe d'égalité », in *Droit social*, 1987, p. 137. Il en va ainsi *a fortiori* lorsque l'égalité de traitement est prescrite par une disposition législative, tel l'article L. 121-2 du Code de la mutualité (Soc., 16 novembre 2000, Bull. 2000, V, n° 376, pourvoi n° 99-10608).

53. La Cour de cassation fait ainsi siennes, le cas échéant, les réserves d'interprétation et d'application formulées par le Conseil constitutionnel lors de l'examen de la conformité de la loi à la Constitution (voir au sujet de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen relatif au principe de l'égalité devant les charges publiques : Com., 25 janvier 2005, pourvoi n° 03-10068 [troisième moyen]).

les solutions retenues par la CJCE s'imposent à la Cour de cassation, laquelle est d'ailleurs amenée, le cas échéant, à solliciter l'interprétation de la Cour de justice par voie de question préjudicielle.

On ne saurait passer sous silence enfin l'incidence des normes issues de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans leur interprétation retenue par la Cour européenne des droits de l'homme. Procédant à une interprétation dynamique des stipulations de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 qui garantissent le droit au respect des biens, pour ranger dans leur champ d'application l'ensemble des prestations sociales, contributives et non contributives, ainsi que des cotisations et contributions qui concourent à leur financement, la Cour de Strasbourg a entendu faire application en la matière des stipulations de l'article 14 de la Convention qui proscrivent les discriminations dans la jouissance des droits garantis par celle-ci. Elle a pu sanctionner de la sorte les discriminations, notamment selon la nationalité ou selon le sexe, dans l'attribution des prestations sociales. La Cour de cassation a repris à son compte cette interprétation de la Convention pour écarter, comme incompatibles avec les stipulations de celle-ci et de son protocole additionnel, certaines dispositions législatives discriminatoires.

Dernier point et non des moindres, il convient de souligner les difficultés engendrées par la multiplication des sources en la matière :

– La question est pour partie d'ordre substantiel : alors que le principe d'égalité propre au droit français (et, plus encore, au droit public français tel qu'il découle de la jurisprudence tant du Conseil d'État que du Conseil constitutionnel) repose largement encore sur une conception **abstraite** de l'égalité, l'égalité de traitement selon les règles communautaires et la prohibition des discriminations selon la Convention européenne des droits de l'homme procède d'une appréhension **concrète** de la question. Il n'est pas certain par ailleurs que l'égalité de traitement au sens du traité CE s'accorde pleinement à la non-discrimination au sens de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁴.

– La question est également d'ordre politique : l'application, chacune dans leur champ propre, des principes nationaux, communautaires et européens conduit, en effet, à des situations complexes, parfois peu justifiables (il en va ainsi, par exemple, du régime de la majoration de la carrière pour avoir élevé des enfants), quand bien même on n'observe pas des interventions contradictoires du législateur.

54. L'observation s'impose s'agissant notamment du champ d'application : si la norme communautaire étend ses effets à l'occasion au sein même de chaque État membre, indépendamment de tout déplacement d'un État membre à l'autre (tel est le cas, par exemple, de l'égalité de traitement en matière de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins), elle opère, le plus souvent, au profit des relations d'un État à l'autre et ne proscriit, dans cette hypothèse, que les discriminations au détriment des ressortissants des États membres autres que celui où s'applique la règle nationale. D'où la fortune de la notion de « discrimination à rebours », susceptible de heurter, le cas échéant, soit le principe constitutionnel d'égalité (voir CE, 6 octobre 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques et autres*, n° 310146), soit l'interdiction des discriminations selon la nationalité prescrite par l'article 14 de la Convention européenne.

1.1.2.1. Les discriminations selon la nationalité

Si l'accès aux régimes de sécurité sociale proprement dits était ouvert, de longue date, aux étrangers, la législation sociale française n'en comportait pas moins (et n'en comporte pas moins aujourd'hui encore sur certains points) des restrictions fondées sur la nationalité. La jurisprudence a été amenée à traiter de la question, à plusieurs reprises, depuis une vingtaine d'années.

S'agissant des étrangers résidant régulièrement en France, le droit aux prestations sociales ne saurait être normalement assorti d'une condition tenant à la nationalité, l'observation s'appliquant non seulement aux prestations de sécurité sociale au sens étroit du terme (*i.e.* aux prestations contributives servies par les régimes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole en contrepartie des cotisations), mais également aux prestations non contributives qui viennent compléter les prestations contributives.

Il en a été jugé ainsi :

– S'agissant des ressortissants des États du Maghreb sur le fondement des accords conclus entre ceux-ci et les Communautés européennes et transcrits dans des instruments communautaires qui ouvrent aux ressortissants desdits États le bénéfice de l'égalité de traitement garantie entre les ressortissants des États membres sur le territoire des Communautés (Soc., 7 mai 1991, Bull. 1991, V, n° 231, pourvoi n° 88-15407 ; *D.* 1991, Somm., p. 349, obs. X. Prétot ; *RJS* 6/91, n° 754 ; Soc., 17 octobre 1996, Bull. 1996, V, n° 330, pourvoi n° 95-10956 et a. [trois arrêts], *RJS* 12/96, n° 1327, ou Soc., 20 mai 1999, pourvoi n° 97-16691, TPS 1999, comm. n° 288, obs. X. Prétot).

– S'agissant des ressortissants des autres États sur le fondement des stipulations combinées de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 (Soc., 14 janvier 1999, Bull. 1999, V, n° 24, pourvoi n° 97-12487 ; *Dr. soc.* 1999, p. 215, note J. Favard, obs. J. Bernard ; *JCP* (G) 1999, II, 10082, note F. Sudre ; *RJS* 3/99, n° 447).

Le raisonnement suivi par la Cour de cassation sur ce point mérite de retenir l'attention : la Cour a repris en effet, pour lui donner un effet maximum (s'agissant plus précisément des prestations non contributives) le raisonnement suivi par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 18 septembre 1997, *Gaygusuz c./Autriche*, req. n° 17371/90, Recueil 1996-IV, n° 14) ; cet arrêt n'en était pas moins nuancé, la Cour de Strasbourg n'ayant définitivement procédé à l'assimilation au regard de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 des prestations contributives et des prestations non contributives qu'en 2005 (CEDH, 6 juillet 2005, *Stec et autres c./Royaume Uni*, req. n° 65731/01 et n° 65900/01)⁵⁵.

55. Le Conseil d'État a repris de même le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme pour se prononcer sur la compatibilité avec les normes issues de la Convention des dispositions législatives intéressant la protection sociale (CE, Ass., 5 mars 1999, *M. Rouquette et autres*, publié au *Recueil Lebon*, p. 37, ou CE, Ass., 30 novembre 2001, *ministre de la Défense c./M. Diop*, *ibid.*, p. 605).

On précisera enfin que le recours aux instruments européens a permis l'effacement de notre législation sociale de nombre de discriminations selon la nationalité, qui subsistaient alors même que le Conseil constitutionnel en avait reconnu, non sans nuances il est vrai, le caractère inconstitutionnel⁵⁶.

La jurisprudence susmentionnée n'épuise pas le débat. Elle laisse en effet ouverte deux questions :

– La première se rapporte à l'incidence sur les droits aux prestations sociales des mesures de régularisation de la situation des étrangers. La question a donné lieu à plusieurs arrêts dans le domaine des prestations familiales.

La deuxième chambre civile a admis tout récemment, en se fondant sur les principes propres au statut des réfugiés, que, la reconnaissance du statut de réfugié revêtant un caractère purement recognitif, la délivrance du titre de séjour emportait rétroactivement le droit aux prestations familiales à compter de la date de la demande d'admission au bénéfice du statut de réfugié (deux. ch. civ., 23 octobre 2008, pourvoi n° 07-11 328, en cours de publication).

La question se pose également, fréquemment, de l'incidence de la régularité du séjour de l'enfant au titre duquel le droit aux prestations est ouvert, lorsqu'il vient rejoindre sur le territoire national un parent en situation régulière.

Si les dispositions du premier alinéa de l'article L. 512-2 du Code de la Sécurité sociale érige en principe le droit aux prestations familiales de l'étranger qui séjourne régulièrement sur le territoire français, les dispositions du second alinéa introduisaient, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005, une restriction tenant à la nécessité pour l'étranger de justifier de la régularité du séjour des enfants à sa charge, les dispositions de l'article D. 511-1 énumérant les divers titres de séjour susceptibles d'être délivrés à l'allocataire majeur, cependant que les dispositions de l'article D. 511-2 prévoient que l'enfant lui-même doit justifier d'un certificat médical délivré par l'Office des migrations internationales dans le cadre d'une procédure de regroupement familial.

Il résultait ainsi de ces dispositions qu'il y avait lieu d'écarter toute demande de prestations du chef d'un enfant entré en France en dehors de la procédure du regroupement familial (par exemple sous couvert d'un visa touristique) alors même que son parent séjournait régulièrement en France. Telle a été l'interprétation retenue, dans un premier temps, par la chambre sociale (Soc., 30 avril 1997, pourvoi n° 95-16 726; Soc., 10 décembre 1998, pourvoi n° 97-12 327).

La Cour de cassation a modifié toutefois sa jurisprudence, dans un arrêt rendu dans la formation de l'assemblée plénière, s'agissant d'enfants entrés en France avec leur mère, de nationalité congolaise et titulaire d'une carte de séjour temporaire, laquelle n'avait obtenu qu'ultérieurement le certificat médical de l'Office des migrations internationales. La Cour a estimé en effet que « *selon les articles L. 512-1 et L. 512-2 du Code de la Sécurité sociale,*

56. Voir Cons. const., 22 janvier 1990, décision n° 89-269 DC, *Recueil Cons. const.*, p. 33, et Cons. const., 13 août 1993, décision n° 93-325 DC, *ibid.*, p. 224.

les étrangers résidant régulièrement en France avec leurs enfants mineurs bénéficient de plein droit des prestations familiales. Dès lors, la cour d'appel qui constate qu'il n'était pas contesté que la demanderesse aux allocations familiales résidait régulièrement en France avec ses enfants mineurs antérieurement à la date de dépôt de la demande auprès de la caisse compétente, en a exactement déduit, par une interprétation des textes précités conforme aux exigences des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que les prestations familiales étaient dues à compter de cette date et non à compter de la production des pièces attestant de la régularité de la situation des enfants sur le territoire français » (Ass. plén., 16 avril 2004, Bull. 2004, Ass. plén., n° 8, pourvoi n° 02-30 157 ; D. 2004, Somm., p. 2614, obs. X. Prétot).

S'il procède à une interprétation des dispositions de la loi française compatible avec les stipulations des articles 8 et 14 de la Convention européenne, cet arrêt n'en revêt pas moins une portée limitée, dans la mesure où il ne statue que sur la question de l'ouverture du droit aux prestations à une date antérieure à la délivrance du certificat médical, tout en soulignant que la régularité du séjour des enfants, entrés en France sous le couvert d'un visa de long séjour de la mère, n'était pas contestée.

La deuxième chambre civile a rendu par la suite deux arrêts qui ont permis de préciser la portée de cette jurisprudence.

La première affaire opposait une personne de nationalité française à une caisse d'allocations familiales qui lui refusait le bénéfice des prestations au profit de ses neveux mineurs, de nationalité marocaine, résidant avec elle sur le territoire français, au motif qu'il n'était pas justifié par un visa de long séjour de plus de trois mois de la régularité de la sortie des enfants du territoire de l'État d'origine et de leur entrée sur le territoire français. Dans un arrêt du 14 septembre 2006, la deuxième chambre civile a estimé que « *selon l'article L. 512-1 du Code de la Sécurité sociale, toute personne française ou étrangère ayant à sa charge un ou plusieurs enfants résidant en France bénéficie pour ces enfants des prestations familiales. Dès lors, la cour d'appel qui a constaté que le demandeur aux allocations familiales, de nationalité française, assumait en France la charge effective et permanente de ses neveux en exécution du jugement d'un tribunal de grande instance lui ayant délégué l'autorité parentale sur ces mineurs de nationalité marocaine, en a exactement déduit, par une interprétation du texte précité conforme aux exigences des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que les prestations familiales lui étaient dues à compter de cette décision* » (deux. ch. civ., 14 septembre 2006, pourvoi n° 04-30 837, Bull. 2006, II, n° 238 ; *Droit de la famille*, décembre 2006, p. 57, note M. Devers).

Dans la seconde affaire, une femme de nationalité étrangère, qui n'avait obtenu un titre de séjour qu'à la suite d'un jugement rendu à son profit par le tribunal administratif, s'était vue refuser l'attribution des prestations pour ses enfants mineurs. Pour la deuxième chambre civile, le fait de subordonner le bénéfice des prestations familiales à la production d'un justificatif de la régularité du séjour des enfants porte une atteinte disproportionnée au principe de la non-discrimination et au droit à la protection de la vie familiale (deux. ch. civ., 6 décembre 2006, pourvoi n° 05-12 666, Bull. 2006, II, n° 342 ; *Droit de la famille*, mars 2007, p. 51, note M. Devers).

Ces deux décisions se rapportaient toutefois à des litiges relevant des dispositions applicables antérieurement à l'entrée en vigueur des dispositions de l'article 89 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006 (loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005) et des dispositions du décret n° 2006-234 du 27 février 2006. Suivant ces dispositions, si le principe subsiste de l'attribution de plein droit des prestations familiales à l'étranger en situation régulière, le droit aux prestations n'en est pas moins limité, pour l'essentiel, à ceux d'entre eux qui se seront soumis à la procédure du regroupement familial. Aucune décision n'est pour l'instant intervenue sur le fondement de ces dispositions (voir toutefois la décision de non-lieu à avis rendue par la Cour de cassation : 8 octobre 2007, n° 0700011)⁵⁷.

– La seconde question concerne la situation des étrangers qui ne peuvent justifier de l'un des titres de séjour mentionnés dans les dispositions réglementaires du Code de la Sécurité sociale (pour l'essentiel des titres de séjour en bonne et due forme réserve faite de simples récépissés de demande dans certains cas particuliers [admission au bénéfice du statut de réfugié, renouvellement d'un précédent titre]). Pour l'heure, la Cour de cassation fait application de ces dispositions et refuse d'étendre le bénéfice des prestations familiales aux étrangers qui ne peuvent justifier d'un tel document (deux. ch. civ., 14 mars 2007, pourvoi n° 05-19740; deux. ch. civ., 10 avril 2008, pourvoi n° 05-19740).

Il conviendrait enfin de procéder, pour mesurer la portée de la jurisprudence de la Cour de cassation, à une comparaison, d'une part, avec la jurisprudence constitutionnelle (jurisprudence quelque peu fluctuante quant à l'accès à la sécurité sociale et, *a fortiori*, à l'aide sociale des étrangers en situation irrégulière⁵⁸), d'autre part, avec la jurisprudence du Conseil d'État, nettement plus restrictive, s'agissant tant de la compatibilité avec les exigences de la CEDH des dispositions réglementaires qui déterminent les titres exigés des étrangers pour avoir accès aux prestations sociales⁵⁹, que de l'application des dispositions relatives aux prestations sociales qui relèvent de la compétence administrative⁶⁰.

On rappellera enfin, pour mémoire, que la Cour de cassation donne leur plein effet, s'agissant des ressortissants des États membres de l'Union européenne, aux dispositions du règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971 relatif à la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale, règlement qui postule, en particulier, la stricte égalité de traitement au profit des ressortissants des autres États membres.

1.1.2.2. Les discriminations selon le sexe

La question des discriminations selon le sexe a donné lieu, de même, à des développements de la jurisprudence de la Cour de cassation quant au champ d'application des

57. Saisi avant leur promulgation des dispositions issues de la loi du 19 décembre 2005, le Conseil constitutionnel en a admis la conformité à la Constitution (Cons. const., 15 décembre 2005, décision n° 2005-528 DC [cons. n° 11 et s.], *Journal officiel* du 20 décembre, p. 19561).

58. Voir décisions des 22 janvier 1990 et 13 août 1993.

59. Voir CE, 6 novembre 2000, *GISTI*.

60. Voir le feuillet de la dé cristallisation des pensions des ressortissants des anciennes possessions françaises en Afrique.

dispositions qui réservaient, traditionnellement, aux femmes le bénéfice des majorations ou bonifications de carrière liées à l'éducation des enfants.

C'est sur le fondement des dispositions de l'article 119 du traité de Rome (devenu l'article 141 du traité CE) relatif à l'égalité de traitement entre les travailleurs des deux sexes que la question a été résolue. La Cour de justice des Communautés européennes ayant étendu les effets du principe aux avantages sociaux et, en particulier, aux régimes de protection sociale qui reposent sur une assise étroitement socioprofessionnelle (ainsi jugé, en 1990, au sujet des régimes *contracted out* propres au système de retraites britannique⁶¹, et, en 2001, au sujet du régime des pensions civiles et militaires de l'État⁶²), la Cour de cassation a fait application du principe à nombre de régimes spéciaux, tels le régime des personnels des industries électriques et gazières (deux. ch. civ., 16 mai 2007, pourvoi n° 05-45 054 et pourvois joints n° 06-43 133 et 06-43 132; deux. ch. civ., 11 septembre 2008, pourvoi n° 07-17 399) ou le régime des clercs et employés de notaires (deux. ch. civ., 8 juillet 2004, Bull. 2004, II, n° 397; *Dr. soc.*, 2004, p. 1000, note J.-P. Lhernould). On remarquera que le Conseil d'État (d'ailleurs à l'origine du renvoi à la CJCE de la question préjudicielle dans l'affaire *Griesmar*) a agi de même, s'agissant du régime des pensions civiles et militaires de l'État (CE, 29 juillet 2002, *Griesmar*, *Recueil Lebon*, p. 284; *AJDA* 2002, p. 823, concl. F. Lamy; *Dr. soc.* 2002, p. 1132, note X. Prétot), du régime des personnels des industries électriques et gazières (CE, 18 décembre 2002, *Plouhinec*, *RJS* 4/03, n° 542), du régime des personnels de la SNCF (CE, 6 décembre 2006, *Boissière*, *RJS* 3/07, n° 400 [deuxième espèce]) ou du régime des clercs et employés de notaires (CE, 13 décembre 2006, *Mailhetard*, *RJS* 3/07, n° 400 [première esp.])⁶³. Dès lors, il incombe au juge du fond, lorsque les dispositions réglementaires du régime spécial ont été déclarées illégales par le juge administratif, d'en écarter l'application dans les litiges dont il est saisi (deux. ch. civ., 11 septembre 2008, pourvoi n° 07-17 399).

La portée des dispositions de l'article 141 du traité CE est cependant strictement déterminée : il importe que les prestations sociales dont s'agit, ressortissent, eu égard au cadre dans lequel elles s'inscrivent, de la catégorie des rémunérations au sens de la règle communautaire : tel n'est pas le cas ainsi des prestations de la branche vieillesse du régime général, de sorte que les dispositions de l'article L. 351-4 du Code de la Sécurité sociale qui réservent aux seules assurées le bénéfice de la majoration de carrière pour avoir élevé des enfants, ne sont pas incompatibles avec l'article 141 du traité CE (deux. ch. civ., 15 juin 2004, Bull. 2004, II, n° 300, pourvoi n° 02-30 978, *Dr. soc.* 2004, p. 1000, note J.-P. Lhernould). De tels avantages peuvent être également exclus du champ d'application des dispositions de la directive

61. CJCE, 17 mai 1990, *Douglas Harvey Barber*, aff. C-262/88, *Rec.*, I, 1889.

62. CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar*, aff. C-366/99, *Rec.*, I, 9383.

63. L'intervention concurrente des juridictions des deux ordres n'est d'ailleurs pas sans susciter quelque difficulté dans la mesure où les régimes spéciaux procèdent, d'ordinaire, de dispositions purement réglementaires : alors que le Conseil d'État répute illégales les dispositions qui méconnaissent le principe énoncé à l'article 141 du traité CE, la Cour de cassation s'en tient à leur incompatibilité avec la norme communautaire, incompatibilité qu'il revient au juge civil de relever en application de l'article 55 de la Constitution (voir deux. ch. civ., 20 décembre 2007, Bull. 2007, II, n° 273, pourvoi n° 06-20 563; *Dr. soc.* 2008, p. 511, obs. M.-T. Lanquetin [premier arrêt]).

n° 79/7/CE du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (même arrêt).

La question pourrait prendre, dans un proche avenir, une nouvelle dimension.

On observera, en premier lieu, que le Conseil constitutionnel a précisé, lorsqu'il s'est prononcé sur les dispositions de l'article 32 de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 sur les retraites (dite « loi Fillon »), dispositions qui ont modifié celles de l'article L. 351-4 du Code de la Sécurité sociale relatives à la majoration de carrière pour avoir élevé des enfants, que le législateur ne pouvait, en principe, réserver aux femmes le bénéfice des majorations et bonifications de carrière. Il n'en a pas moins admis, à titre transitoire au moins, l'innocuité des dispositions retenues, motif pris des circonstances de fait et, notamment, l'importance par le passé des distorsions de carrière et de rémunérations entre les hommes et les femmes⁶⁴.

Il convient de s'interroger, en second lieu, sur la compatibilité des dispositions du Code de la Sécurité sociale en la matière avec les principes issus de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Certes, celle-ci a admis, au terme d'un raisonnement de même facture que celui suivi par le Conseil constitutionnel, que l'adoption d'âges d'ouverture des droits à pension de retraite pour les hommes et pour les femmes ne méconnaissait pas *a priori* les stipulations combinées des articles 14 de la Convention européenne et 1^{er} du protocole additionnel n° 1 (CEDH, 6 juillet 2005, *Stec et autres c./Royaume Uni*, n° 65731/01 et n° 65900/01). On relèvera toutefois, s'agissant de la compatibilité avec ces mêmes principes, des dispositions susmentionnées de l'article L. 351-4 du Code de la Sécurité sociale, la position prise par les juridictions françaises. La Cour de cassation a retenu ainsi que le bénéfice de la majoration de carrière étant accordé aux femmes assurées sociales sans distinction selon qu'elles ont ou non suspendu ou interrompu leur carrière professionnelle pour élever leurs enfants, aucune discrimination justifiée par un motif objectif et raisonnable au sens de l'article 14 de la Convention ne saurait être retenue entre une femme qui n'a pas interrompu sa carrière et un homme qui rapporte la preuve qu'il a effectivement élevé seul un enfant (deux. ch. civ., 21 décembre 2006, Bull. 2006, II, n° 364, pourvoi n° 04-30586, *Dr. soc.*, 2007, p. 319, note J.-P. Lhernould et D. Martin). Plus radicale, la cour d'appel de Paris a, récemment, jugé purement et simplement incompatible avec les stipulations combinées de l'article 14 de la Convention européenne et de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 la limitation aux seules assurées sociales du bénéfice de la majoration de carrière instituée par l'article L. 351-4 du Code de la Sécurité sociale^{65 66}.

64. Cons. const., 14 août 2003, décision n° 2003-483 DC, *Recueil Cons. const.*, p. 430 ; *D.* 2004, p. 1275, obs. E. Déal ; *Dr. soc.*, 2003, p. 917, note X. Prétot ; *Les petites affiches*, 15 septembre 2003, n° 184, note J.-E. Schoettl ; *RFD const.* 2004, p. 85, note L. Gay ; RJS 11/03, n° 1310.

65. Paris, 5 juin 2008, *Les petites affiches*, 29 septembre 2008, n° 195, p. 12, concl. P. Henriot.

66. La question a été tranchée alors que la présente étude était sous presse. La deuxième chambre civile a estimé qu'en l'absence d'une justification objective et raisonnable, les dispositions de l'article L. 351-4 du Code de la Sécurité sociale, qui réservent aux seules assurées le bénéfice de la bonification de carrière pour avoir élevé des enfants, sont incompatibles avec les dispositions combinées des articles 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et 1^{er} du premier protocole additionnel (deux. ch. civ., 19 février 2009, pourvoi n° 07-20668, en cours de publication).

Il convient de faire mention enfin des régimes de prévoyance et de retraite complémentaire et supplémentaire.

Saisie de la question, la CJCE a entendu ranger dans la catégorie des rémunérations au sens de l'article 141 du traité CE les prestations servies par les régimes de retraite complémentaire⁶⁷. S'il a été tenu compte des effets dans le temps de la solution ainsi retenue par la Cour de Luxembourg, celle-ci n'en a pas moins été suivie par la Cour de cassation (deux. ch. civ., 15 novembre 2005, Bull. 2005, II, n° 288, pourvoi n° 04-16771).

La difficulté est levée à présent, les dispositions de l'article L. 913-1 du Code de la Sécurité sociale frappant désormais de nullité toute clause comportant une discrimination selon le sexe dans les conventions et accords collectifs mentionnés à l'article L. 911-1 du même code, autrement dit dans les conventions et accords, projets d'accord ratifiés par référendum, voire décisions unilatérales de l'employeur qui déterminent les garanties collectives des salariés en matière de prévoyance et de retraite.

1.1.2.3. Les discriminations selon l'état matrimonial et familial

Le droit de la sécurité sociale est indifférent, dans l'ensemble, aux catégories propres du droit de la famille. La qualité d'ayant droit pour l'accès aux prestations en nature des assurances maladie et maternité est ouvert ainsi, d'une part, au conjoint, concubin ou partenaire de pacte civil de solidarité, d'autre part, aux enfants à charge ainsi qu'à certains ascendants et collatéraux ; de même, une personne peut prétendre au bénéfice des prestations familiales pour tout enfant à sa charge effective, quels que soient les liens juridiques qui l'unissent à l'enfant. De même, si le droit à la pension de réversion implique normalement qu'il y ait eu mariage entre l'assuré et la personne qui prétend au bénéfice de la pension, le divorce ni même le remariage ne privent désormais du droit à pension de réversion. Le législateur a enfin ouvert, récemment, le bénéfice de la rente d'ayant droit en cas de décès consécutif à un accident du travail ou à une maladie professionnelle non seulement au conjoint survivant de la victime, mais également à son concubin ou à la personne liée avec elle par un pacte civil de solidarité (loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001). Il n'en subsiste pas moins certaines dispositions de nature à faire naître des discriminations dans l'attribution des prestations de la sécurité sociale.

On mentionnera pour mémoire la solution retenue, voici près de vingt ans, au sujet des couples homosexuels. Les dispositions du Code de la Sécurité sociale n'ouvrant la qualité d'ayant droit pour les prestations en nature des assurances maladie et maternité qu'à la personne vivant maritalement avec l'assuré, la Cour de cassation a estimé que la formule ne s'étendait pas au concubinage homosexuel, dans la mesure où l'adjectif marital renvoie nécessairement à des personnes entendant vivre comme des époux, autrement dit à un couple composé d'un homme et d'une femme (Soc., 11 juillet 1989, Bull. 1989, V, n° 515, pourvoi n° 86-10665 ; *D.* 1990, Somm., p. 143, obs. X. Prétot ; *Gaz. Pal.* 14 avril 1990,

67. CJCE, 25 mai 2000, *M. Podesta*, aff. C-50/99, Rec., I, 4039 ; *Dr. ouvr.* 2001, p. 25, note F. Kessler ; *RJS* 01/2, n° 381.

n° 103-104, concl. Dorwling-Carter; *JCP (G)* 1990, II, 21553, note M. Meunier; *RTD sanit. soc.* 1990, p. 116, note M. Harichaux). L'obstacle a été levé depuis lors, les dispositions de la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 ayant étendu la qualité d'ayant droit au concubin à charge de l'assuré sans distinction selon le sexe.

La Cour de cassation a été amenée, de même, à s'interroger sur l'incidence du mariage polygamique sur les droits aux prestations de la sécurité sociale, s'agissant tant de la qualité d'ayant droit pour l'accès aux prestations en nature des assurances maladie et maternité que de l'ouverture des droits à pension de réversion. Sa jurisprudence s'avère sur ce point nuancée.

S'en tenant, le cas échéant, à la seule situation de fait, elle a admis ainsi au bénéfice de la qualité d'ayant droit telle des épouses de l'assuré polygame, dès lors que l'intéressée était la première pour laquelle une demande en ce sens était formulée (Soc., 1^{er} mars 1973, Bull. 1973, V, n° 136, pourvoi n° 71-12241; *Dr. soc.* 1973, p. 535, note R. Bonnet; *Rev. crit. DIP*, 1975, p. 54, note P. Graulich). Une même solution a été retenue au profit de la seconde épouse alors même l'assuré aurait obtenu antérieurement le bénéfice de prestations pour sa première épouse, dans la mesure où il devait être tenu pour constant qu'à la date de la demande, la seconde épouse était la seule à résider en France avec l'assuré (Soc., 8 mars 1990, Bull. 1990, V, n° 114, pourvoi n° 84-75703; *D.* 1991, Somm., p. 119, obs. X. Prétot; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 694, note J. Deprez; *RJS* 4/90, n° 340).

S'agissant de l'attribution de la pension de réversion, il convient de faire application, le cas échéant, des règles de droit civil :

Il en va ainsi, en premier lieu, des règles du droit français du mariage. Ainsi l'annulation du mariage ne saurait priver, dès lors qu'elle est assortie des effets du mariage putatif, la personne au profit de laquelle le mariage a été reconnu comme tel, du bénéfice de la pension de réversion (Soc., 9 novembre 1995, Bull. 1995, V, n° 296, pourvoi n° 94-10857, *RJS* 12/95, n° 1286; deux. ch. civ., 16 septembre 2003, Bull. 2003, II, n° 268, pourvoi n° 02-30224; *RTD civ.* 2004, p. 67, note J. Hauser). Une personne ne saurait exciper, en revanche, d'un second mariage contracté avant la dissolution du premier dès lors que, l'intéressée relevant de la loi française, cette seconde union ne peut être opposée à l'organisme d'assurance vieillesse (deux. ch. civ., 29 juin 2004, pourvoi n° 03-30207).

Il en va également de même, le cas échéant, des règles du mariage de l'État dont relève l'intéressé(e) au titre de son statut personnel. L'ordre public français ne faisant pas obstacle à l'acquisition en France de droits à prestations sur le fondement d'une situation créée sans fraude à l'étranger en conformité avec la loi ayant compétence en vertu du droit international privé, la seconde épouse d'un assuré polygame peut prétendre au bénéfice de la pension de réversion (deux. ch. civ., 14 février 2007, pourvoi n° 05-21816; deux. ch. civ., 2 mai 2007, pourvoi n° 06-11418).

1.1.2.4. L'égalité devant les charges publiques

Qu'elles procèdent des cotisations sociales traditionnelles ou s'inscrivent, telles la contribution sociale généralisée, la contribution pour le remboursement de la dette sociale

ou la contribution sociale de solidarité des sociétés, dans le cadre des impositions de toutes natures au sens de l'article 34 de la Constitution, les ressources qui concourent au financement des régimes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole et des fonds qui y sont associés, sont comprises dans le champ d'application du principe de l'égalité devant l'impôt et les charges publiques énoncés à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

La question est parfois soulevée directement devant la Cour de cassation. Ainsi une association a-t-elle entendu contester, au visa tant de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 que du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 15 décembre 1966, la validité même des règles d'assiette retenues par l'URSSAF pour fonder le redressement de ses cotisations ; l'argumentation était articulée toutefois dans des termes tels que les pourvois ont fait l'objet d'une non-admission (deux. ch. civ., 3 juillet 2008, pourvois n° 07-17528 et n° 07-17432).

On soulignera que, plus subtilement, la Cour de cassation veille, lorsqu'elle est appelée à interpréter et appliquer les dispositions législatives et réglementaires qui régissent l'assiette des cotisations et contributions, à prévenir toute distorsion entre les régimes de manière à harmoniser autant que faire se peut l'effort contributif des assurés en dépit de la distinction des régimes.

L'observation s'impose en particulier s'agissant des règles d'assiette des cotisations dues par les travailleurs indépendants : celles-ci étant assises, pour l'essentiel, sur les revenus professionnels des intéressés déterminés selon les règles propres à l'impôt sur le revenu, la jurisprudence écarte systématiquement l'application des règles de la législation fiscale qui permettent la réduction de l'assiette de l'impôt (abattements et déductions, exonérations, régime de l'étalement). Si cette jurisprudence peut s'autoriser de la lettre des dispositions du Code de la Sécurité sociale qui renvoient aux dispositions du Code général des impôts, la jurisprudence de la chambre sociale hier, de la deuxième chambre civile aujourd'hui n'en traduit pas moins une politique jurisprudentielle qui tend à harmoniser les règles d'assiette d'un régime à l'autre. Telle est la solution retenue s'agissant, par exemple, de l'abattement prévu par la loi fiscale pour adhésion à un centre de gestion agréé (Ass. plén., 29 novembre 1985, Bull. 1985, Ass. plén., n° 10, pourvoi n° 84-12 543 ; *Dr. soc.*, 1986, p. 164, chron. X. Prétot), des exonérations et réductions d'impôts propres aux nouvelles entreprises ou encore de la prise en compte des déficits d'exploitation (Soc., 21 décembre 1988, Bull. 1988, V, n° 687, pourvoi n° 86-15 100 ; Soc., 19 décembre 1991, *RJS* 2/92, n° 203).

Cette démarche a conduit, récemment, la deuxième chambre civile, contrairement à la solution retenue quelques mois plus tôt par le Conseil d'État⁶⁸, à soumettre aux cotisations dues au titre des régimes de travailleurs indépendants les bénéficiaires perçus par un médecin exerçant en société d'exercice libéral à responsabilité limitée dès lors que ceux-ci constituent le produit de son activité professionnelle (deux. ch. civ., 15 mai 2008, Bull. 2008, II, n° 113, pourvoi n° 06-21 741, *Dr. soc.* 2008, p. 862, note J. Barthélémy ; *RJS* 7/08, n° 825).

68. CE, 14 novembre 2007, n° 293642, *Dr. soc.* 2008, p. 190, note J. Barthélémy ; *RJS* 2/08, n° 224, concl. A. Courrèges.

Le droit social porte ainsi une prohibition croissante et affinée des discriminations, sous l'influence déterminante du droit communautaire et du droit européen. Ce premier constat doit, avant d'être généralisé, être confirmé par l'étude des autres branches du droit, à commencer par le droit économique.

1.2. LES DISCRIMINATIONS EN DROIT ÉCONOMIQUE

« La discrimination est le fait pour une entreprise de pratiquer ou d'obtenir à l'égard d'un partenaire économique des prix, des délais de paiement, des conditions de vente, ou d'achat différents, sans justification par des contreparties réelles, de ceux négociés avec des concurrents du partenaire, créant de ce fait un désavantage ou un avantage dans la concurrence pour ce dernier ».

Cette définition énoncée dans un chapeau par la chambre commerciale, pour la première fois, dans un arrêt du 29 janvier 2008 (Com., 29 janvier 2008, Bull. 2008, IV, n° 20, pourvoi n° 07-13 778), n'est pas à proprement parler une innovation puisqu'elle reprend les termes du 1° du I de l'article L. 442-6 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 4 août 2008, et telle qu'elle résultait de l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Par cette définition, la chambre commerciale rappelle en termes explicites qu'il en va des rapports économiques comme dans bien d'autres domaines : n'est pas discriminatoire le seul fait de traiter deux ou plusieurs partenaires de façon différente. Ce n'est que si ces différences ne sont pas justifiées par la situation particulière de chacun ou par des contreparties qu'elles deviennent discriminatoires et, partant, fautives.

Interdite en soi par le 1° du I de l'article L. 442-6 du Code de commerce, aujourd'hui abrogé, la discrimination fait l'objet d'autres incriminations du droit économique. Elle constitue aussi une pratique prohibée si elle est mise en œuvre dans le cadre d'une entente ou si elle constitue un abus de position dominante (article L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce); elle peut aussi être constitutive d'un acte de concurrence déloyale et, à ce titre, engager la responsabilité de son auteur au titre de l'article 1382 du Code civil. Une même pratique peut d'ailleurs relever de plusieurs de ces textes ensemble. On se reportera sur ce point, par exemple, à un arrêt de la chambre commerciale du 27 mars 2001 (Com., 27 mars 2001, pourvoi n° 98-22 241) sanctionnant les analyses d'une cour d'appel sur une même pratique examinée tant au regard de la concurrence déloyale que de l'abus de position dominante (voir également : Com., 25 mars 2003, pourvoi n° 01-01 482 et a.).

Si, afin de favoriser la différenciation tarifaire, l'article 93 de la loi du 4 août 2008⁶⁹ a supprimé le délit civil de discrimination prévu par l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce, ce comportement demeure néanmoins prohibé dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles, et pourrait aussi, dans certains cas⁷⁰, continuer à constituer un acte de concurrence

69. Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, relative à la modernisation de l'économie (dite LME).

70. C'est-à-dire lorsqu'il pourra être qualifié de fautif et aura causé un préjudice.

déloyale. Cette situation n'est d'ailleurs pas nouvelle. En effet, la loi du 1^{er} juillet 1996⁷¹ a précédemment supprimé le délit civil de refus de vente ; toutefois, un tel comportement peut toujours, selon les circonstances, dégénérer en abus qu'il soit de position dominante ou de dépendance économique, ce qu'a précisé la chambre commerciale dans un arrêt du 18 décembre 2001 (Com., 18 décembre 2001, Bull. 2001, IV, n° 201, pourvoi n° 99-11 787).

L'examen de la jurisprudence élaborée par la chambre commerciale de la Cour de cassation demeure donc utile. Elle fait apparaître que la discrimination peut revêtir de multiples formes. Elle peut se trouver, bien sûr, dans les différenciations tarifaires (Com., 23 avril 2003, pourvoi n° 01-02 136 ; Com., 3 décembre 2002, Bull. 2002, IV, n° 184, pourvoi n° 00-21 504 ; Com., 12 mars 2002, pourvoi n° 00-11 638 ; Com., 29 janvier 2008, Bull. 2002, IV, n° 20, pourvoi n° 07-13 778), mais aussi dans l'inexécution des obligations d'un contrat de distribution sélective par un ou plusieurs concurrents (Com., 1^{er} juillet 2003, Bull. 2003, IV, n° 115, pourvoi n° 99-17 183). Elle pourrait aussi se traduire dans la place du canal octroyé à l'éditeur d'une chaîne de télévision par l'exploitant d'un bouquet de chaînes (Com., 12 décembre 2006, pourvoi n° 05-15 573), ou encore résulter de pratiques d'une société aboutissant à contraindre des partenaires à s'adresser à une filiale pour des marchés annexes (Com., 10 décembre 2003, Bull. 2003, IV, n° 202, pourvoi n° 01-17 493) ou enfin, dans le refus par un gestionnaire de réseau de distribution d'agréer une candidature, sans motif objectif (Com., 25 janvier 2000, pourvoi n° 97-15 292). Ce catalogue est loin d'être exhaustif.

La diversité des cas d'espèce permet de préciser les contours des éléments constitutifs de la discrimination (1.2.1.) et d'examiner, ensuite, les conditions de mise en œuvre de l'action permettant d'en obtenir la cessation et/ou la réparation (1.2.2.).

1.2.1. Les éléments constitutifs de la discrimination

Certains éléments portent sur les parties en présence (1.2.1.1.), d'autres sur les causes et effets des comportements prohibés (1.2.1.2.).

1.2.1.1. Les éléments relatifs aux parties en présence

La nature juridique de l'auteur d'une discrimination est indifférente (1.2.1.1.1.) tandis qu'une réponse nuancée doit être apportée à la question de l'existence d'une situation de concurrence entre la victime de la discrimination et son bénéficiaire (1.2.1.1.2.).

1.2.1.1.1. L'indifférence de la nature juridique de l'auteur d'une discrimination

Si, dans la plupart des cas, les pratiques dénoncées quelle que soit leur nature sont le fait de sociétés industrielles et/ou commerciales, la nature de l'auteur de la discrimination est en tout état de cause indifférente, seul importe que l'acte reproché relève des actes commerciaux.

71. Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, relative à la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

La pratique peut donc avoir été mise en œuvre par une coopérative agricole (Com., 18 décembre 2001, pourvoi n° 99-11 787), ou par une mutuelle (Com., 12 mars 2002, pourvoi n° 00-11 638). La chambre commerciale a précisé à cet égard, dans un arrêt du 21 octobre 1997 (Com., 21 octobre 1997, Bull. 1997, IV, n° 270, pourvoi n° 95-14 457), que « *le régime juridique des mutuelles comme le caractère non lucratif de leur activité n'est pas de nature à les exclure du champ d'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dès lors qu'elles procèdent par la commercialisation de médicaments*⁷² à une activité de production de distribution et de services ».

On rappellera aussi que s'agissant de pratiques anticoncurrentielles, l'article L. 410-1 du Code de commerce soumet expressément les personnes publiques aux règles de concurrence dans les mêmes conditions que les personnes privées. La jurisprudence ayant précisé que le Conseil de la concurrence (et donc ensuite ses juridictions de contrôle, cour d'appel de Paris et Cour de cassation) demeurerait compétent pour connaître des pratiques mises en œuvre par les personnes publiques, lorsque ces pratiques ne résultent pas de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique dans le cadre de la mission de service public confiée à celles-ci⁷³.

1.2.1.1.2. L'existence d'une situation de concurrence entre la victime de la discrimination et son bénéficiaire

Sans qu'aucun texte ne l'exige formellement, l'existence d'une situation de concurrence à la liberté de laquelle la discrimination porte atteinte est toujours vérifiée dans les cas d'espèce considérés, que la question soit envisagée sous l'angle des pratiques restrictives (article L. 442-6 du Code de commerce) ou des pratiques anticoncurrentielles (articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce). La jurisprudence a évolué sur ce point en matière de concurrence déloyale (article 1382 du Code civil).

S'agissant de l'article L. 442-6, la situation de concurrence, qui est une condition première d'application du texte (en ce sens, Com., 3 décembre 2002, pourvoi n° 00-21 504), doit exister entre la victime et le bénéficiaire et non entre la victime et l'auteur de la discrimination (en ce sens, Com., 27 mars 2001, pourvoi n° 98-22 241).

Dans certains cas, toutefois, l'auteur et le bénéficiaire peuvent être confondus. Ainsi, dans l'arrêt du 21 octobre 1997, précité, l'auteur de la discrimination (une mutuelle exploitant des pharmacies mutualistes et qui offrait à ses adhérents un taux de cotisation moins élevé s'ils s'engageaient à ne se fournir en médicaments qu'auprès des pharmacies mutualistes) en était aussi le bénéficiaire puisque les pharmacies n'avaient pas de personnalité morale distincte de la sienne. La chambre commerciale a d'ailleurs jugé que la concurrence qui existait entre les pharmacies libérales et la mutuelle, auteur de la discrimination, constituait

72. Dans cette espèce, la mutuelle avait créé deux pharmacies mutualistes, sans personnalité distincte de la sienne.

73. Tribunal des conflits, 18 octobre 1999, *préfet région Île-de-France c./CA Paris et Aéroports de Paris et a.*, publié au *Recueil Lebon*, p. 469, et aussi, notamment, Com., 17 juin 2008, Bull. 2008, IV, n° 121, pourvoi n° 05-17 566; Com., 20 février 2007, pourvoi n° 06-13 498.

cette dernière comme « *partenaire économique* » des pharmacies libérales au sens de l'article 36-1 (devenu L. 442-6) du Code de commerce.

Par un autre arrêt du 25 avril 2006 (Com., 25 avril 2006, pourvoi n° 03-20353), la chambre commerciale a validé l'analyse selon laquelle un fournisseur offrant directement ses produits à des clients de son distributeur et à des prix inférieurs à ceux pratiqués auprès de ce distributeur se plaçait en situation de concurrence vis-à-vis de ce distributeur et enfreignait les dispositions de l'article L. 442-6, I, 1°.

S'agissant de l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles, l'existence d'une situation de concurrence entre la victime et le, ou les, bénéficiaires de la pratique est une condition indispensable. À défaut, la pratique serait sans effet sur le marché. Ainsi, par un arrêt du 7 janvier 2004 (Com., 7 janvier 2004, Bull. 2004, IV, n° 3, pourvoi n° 01-12477), il a été jugé que des opérateurs qui se prétendaient victimes de pratiques discriminatoires constitutives d'un abus de position dominante ne pouvaient se prévaloir des dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce, car ils ne se trouvaient pas sur le même marché que les bénéficiaires de la prétendue discrimination et n'étaient donc pas en concurrence avec eux. Dans un tel cas en effet, quand bien même une différence de traitement serait-elle démontrée, elle ne pourrait avoir d'effet sur le jeu de la concurrence.

En matière de concurrence déloyale, la question est traitée comme toute question de mise en œuvre de la responsabilité civile : seuls importent l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité. Le dommage peut résulter d'une atteinte réelle ou potentielle à la concurrence entre la victime et le bénéficiaire, mais il pourrait être d'une autre nature. Par un arrêt du 12 février 2008 (Com., 12 février 2008, pourvoi n° 06-17501), la chambre commerciale a précisé que « *le bien-fondé d'une action en concurrence déloyale est uniquement subordonné à l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice, et non à l'existence d'une situation de concurrence directe et effective entre les sociétés considérées* ». Elle en a conclu que « *justifie légalement sa décision une cour d'appel qui, pour retenir des actes de concurrence déloyale entre deux sociétés, relève des éléments dont il se déduit que la production de certains produits par la société en cause, pour le compte d'une société tierce, concurrençait indirectement et potentiellement le produit commercialisé par la société plaignante et avait ainsi causé à cette dernière un préjudice commercial* ».

Cet arrêt constitue une évolution par rapport à la jurisprudence antérieure qui précisait que la concurrence déloyale ne pouvait être reprochée à des opérateurs économiques dont les pratiques ne concernaient pas la même clientèle que celle des victimes prétendues des agissements dénoncés (en ce sens, Com., 19 novembre 2002, Bull. 2002, IV, n° 171, pourvoi n° 00-13154).

1.2.1.2. Les causes et les effets du comportement prohibé

La différence de traitement entre deux opérateurs ne devient une discrimination que si cette différence n'est pas justifiée par la situation particulière dans laquelle elle s'applique (1.2.1.2.1.). Il sera en outre nécessaire de constater un avantage ou un désavantage dans la concurrence (1.2.1.2.2.).

1.2.1.2.1. L'absence de justification

Cette justification peut résulter de particularités du contexte ou de situations objectivement différentes des partenaires économiques entre eux ou, enfin, de l'existence de contreparties compensant l'avantage octroyé à certains.

Ainsi, par un arrêt du 5 avril 2005 (Com., 5 avril 2005, Bull. 2005, IV, n° 80, pourvoi n° 97-21 291), la chambre commerciale, après avoir posé une question préjudicielle à la CJCE, a jugé qu'un exploitant de chaîne de télévision et les opérateurs négociant pour son compte des droits de retransmission d'événements sportifs, qui étaient tenus, en France, au respect des dispositions interdisant la publicité pour des boissons alcooliques, pouvaient, sans commettre de discrimination, intervenir pour que de telles publicités n'apparaissent pas à l'écran lors de la retransmission de ces événements sportifs.

Par un autre arrêt du 7 janvier 2004 (Com., 7 janvier 2004, Bull. 2004, IV, n° 3, pourvoi n° 01-12 477), la chambre commerciale a validé l'application d'un régime forfaitaire de perception des différents droits d'auteur et voisins à des discothèques réalisant un certain chiffre d'affaire par les dispositions de l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle qui autorisent, à titre exceptionnel, le recours à un tel régime lorsque les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec le résultat à atteindre.

S'agissant des différenciations tarifaires, l'arrêt du 29 janvier 2008 précité (Com., 29 janvier 2008, Bull. 2008, IV, n° 20, pourvoi n° 07-13 778) illustre particulièrement ce principe en précisant que l'augmentation d'une rémunération consentie à un partenaire économique, ainsi que le fait que cette rémunération soit supérieure à celle appliquée à un autre partenaire sont, à eux seuls, inopérants pour démontrer une discrimination. En effet, d'une part, la même augmentation a pu être négociée avec les autres partenaires (il n'y a donc, dans ce cas, pas de différence entre les concurrents), d'autre part, la différence entre les montants peut être justifiée par des contreparties.

Ces contreparties peuvent se trouver dans des services très divers rendus par l'un des partenaires économiques à l'autre ou à ses clients. Il peut, par exemple, s'agir d'une exclusivité accordée au partenaire octroyant la rémunération (Com., 12 décembre 2006, pourvoi n° 05-15 573, s'agissant de la diffusion de chaînes thématiques au sein d'un bouquet), d'une garantie contractuelle (Com. 4 juin 2002, pourvoi n° 00-10 666), d'opérations de publicité diverses (Com., 5 décembre 2000, pourvoi n° 98-20 323 et a. ; Com., 26 mars 2002, pourvoi n° 00-13 443). Mais la contrepartie, lorsqu'elle est invoquée, ne peut se borner à une simple justification de situations différentes, elle doit être réelle. Par un arrêt du 12 mars 2002 (Com., 12 mars 2002, Bull. 2002, IV, n° 53, pourvoi n° 00-11 638), la chambre commerciale a ainsi considéré que ne caractérise pas l'existence d'une contrepartie justifiant la pratique de tarifs discriminatoires, au sens de l'article L. 442-6 – I-1° du Code de commerce, l'arrêt qui retient que la cotisation moins élevée mise à la charge des adhérents d'une mutuelle, qui acceptent de se fournir exclusivement auprès d'une pharmacie mutualiste, est justifiée par les services moins complets rendus par la pharmacie mutualiste par rapport à ceux offerts par une pharmacie libérale, dès lors que n'est pas établie la contrepartie réelle obtenue par la mutuelle aux tarifs différents consentis aux adhérents selon le type de garantie souscrite.

Le caractère réel de cette contrepartie doit être vérifié de façon concrète par les juges du fond (en ce sens : Com., 13 janvier 1998, Bull. 1998, IV, n° 14, pourvoi n° 95-20773, qui sanctionne un arrêt de cour d'appel pour avoir dénié l'existence de pratiques discriminatoires sans vérifier si les bénéficiaires de tarifs préférentiels rendaient effectivement les services différenciés énoncés dans les barèmes. V. aussi sur cette exigence de contrepartie réelle : Com., 21 mars 2001, pourvoi n° 98-22241).

Cette exigence a conduit à sanctionner, avant l'introduction d'une disposition spécifique dans l'article L. 442-6 par la loi NRE du 15 mai 2001⁷⁴, la pratique de fausse coopération commerciale développée dans la grande distribution, qui consiste à maquiller sous l'apparence de rémunération de services rendus par les distributeurs aux fournisseurs ce qui, en réalité, correspondait à une restitution au distributeur d'une partie de ce qu'il avait payé sur le prix des marchandises. L'arrêt du 5 décembre 2000 précité (Com., 5 décembre 2000, pourvoi n° 98-20323) fournit une illustration de cette pratique et de sa sanction sur le fondement de l'article 36-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 442-6 du Code de commerce. Un grand distributeur avait édité un catalogue de produits distribué aux consommateurs et demandé à certains fournisseurs de rémunérer ce service publicitaire au titre de la coopération commerciale; l'année suivante, le catalogue avait été remplacé par un indicateur disponible seulement dans les magasins et pourtant la rémunération du service par les fournisseurs était demeurée la même. Estimant que les avantages ainsi obtenus par le distributeur étaient discriminatoires, le ministre chargé de l'Économie en avait demandé la sanction. La chambre commerciale a validé l'analyse des juges du fond selon laquelle les différenciations de rémunération ne reposant sur aucun critère objectif, il devait s'en déduire quelles ne pouvaient être justifiées par des contreparties réelles et ce même si certains services étaient effectivement rendus.

1.2.1.2.2. Le constat d'un avantage ou d'un désavantage dans la concurrence

Pour être prohibée la pratique de discrimination doit, aux termes de ce que prévoyait l'article 36-1 de l'ordonnance, puis l'article L. 442-6 I 1° du Code de commerce, créer un désavantage ou un avantage dans la concurrence pour celui qui en est victime ou qui, inversement, en bénéficie (pour un exemple, voir. Com., 12 décembre 2006, pourvoi n° 05-15573).

Très rapidement, la Cour de cassation a précisé que « *l'avantage ou le désavantage dans la concurrence* » résultait de la pratique même. Par un arrêt du 6 avril 1999, (Com. 6 avril 1999, pourvoi n° 97-11288), elle a, pour la première fois, énoncé que « *le fait pour un producteur de consentir à un partenaire économique des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles crée pour ce partenaire un avantage dans la concurrence sans qu'il y ait lieu pour l'administration ou pour l'opérateur, qui n'a pas bénéficié de ces mêmes avantages, de démontrer l'existence du préjudice que ces pratiques illicites ont causé* ». L'avantage ou le désavantage dans la concurrence doit donc se déduire de l'absence de contrepartie réelle.

74. Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

Ce principe est repris dans l'arrêt du 5 décembre 2000 précité (Com., 5 décembre 2000, pourvoi n° 98-20323), puis par des arrêts du 3 mars 2002 (Com., 3 mars 2002, Bull. 2002, IV, n° 184, pourvoi n° 02-21 504), et du 25 mars 2003 (Com., 25 mars 2003, pourvoi n° 01-01 482 et a.).

Dès lors que cet avantage ou désavantage est établi, il est inopérant de savoir si celui-ci s'est inscrit ou non dans une opération exceptionnelle (Com., 25 avril 2006, pourvoi n° 03-20353).

Cette jurisprudence fait écho à celle, ancienne et constante, par laquelle est énoncé le principe selon lequel l'acte de concurrence déloyale cause par lui-même un préjudice, fût-il seulement moral (en ce sens, Com., 25 février 1992, Bull. 1992, IV, n° 88, pourvoi n° 90-14329; Com., 9 février 1993, Bull. 1993, IV, n° 53, pourvoi n° 91-12258; Com., 14 juin 2000, Bull. 2000, IV, n° 126, pourvoi n° 98-10689; Com., 27 mai 2008, pourvoi n° 07-14422). Ce principe n'implique pas, bien entendu, que la victime qui demande réparation n'ait pas à établir l'étendue du préjudice qu'elle invoque (voir en ce sens, notamment, Com., 10 janvier 1990, pourvoi n° 87-11498).

La pratique anticoncurrentielle, pour être constituée, doit avoir, ou pouvoir avoir, un effet anticoncurrentiel, celui-ci résultant de la même façon que pour les pratiques dites restrictives, du désavantage dans la concurrence subi par l'un des concurrents ou de l'avantage bénéficiant à d'autres. Ainsi, par exemple, la chambre commerciale a-t-elle considéré que la cour d'appel de Paris avait justement déduit l'existence d'un abus par la société Française des jeux qui imposait aux détaillants de jeux agréés par elle un mobilier de comptoir dont elle était le fournisseur exclusif. Elle a approuvé sur ce point l'arrêt qui avait relevé, d'une part, que les détaillants avaient été empêchés de faire jouer leur liberté commerciale au profit d'autres fabricants de mobilier de comptoir, ce qui avait réduit l'intensité de la concurrence sur ce marché, d'autre part, que le niveau de prix pratiqué avait été faussé en raison de la surévaluation du prix du mobilier litigieux, ce dont il ressortait nécessairement l'affectation sensible du fonctionnement de la concurrence sur le marché considéré (Com., 10 décembre 2003, Bull. 2003, IV, n° 202, pourvoi n° 01-17493).

1.2.2. Le régime de mise en œuvre de la sanction et de la réparation des pratiques constitutives de discrimination

En dehors de la sanction des pratiques anticoncurrentielles qui obéit à un régime propre détaillé par le Livre IV du Code de commerce et qui relève notamment de la compétence du Conseil de la concurrence, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris, puis de la Cour de cassation, les autres actions, relatives, soit à la mise en œuvre de la sanction des pratiques restrictives énoncées par l'article L. 442-6 du Code de commerce, soit relatives à la concurrence déloyale, relèvent des règles procédurales habituelles lorsqu'elles sont exercées par la ou les victimes des comportements dénoncés (1.2.2.1.). Toutefois, afin de protéger plus efficacement certaines de ces victimes, lorsqu'elles se trouvent en position de faiblesse vis-à-vis de leurs partenaires, la loi a aménagé une action spécifique propre au ministre chargé de l'Économie dans l'exercice de sa mission de protection de l'ordre public économique

(1.2.2.2.). Enfin, la jurisprudence a précisé quels étaient les modes adéquats de preuve et comment devait s'en répartir la charge entre les parties (1.2.2.3.).

1.2.2.1. L'application des règles procédurales du droit commun

S'agissant d'une action de mise en œuvre de responsabilité, l'action relative à la réparation des préjudices causés par des pratiques discriminatoires relève du droit commun de la procédure civile. Elle peut être introduite par toute personne physique ou morale qui justifie d'un intérêt, c'est-à-dire toute victime de la discrimination ou tout concurrent d'un opérateur bénéficiaire d'une discrimination (Com., 24 octobre 2000, pourvoi n° 98-12947), pour autant que ceux-ci apportent des éléments concrets des faits dénoncés (Com., 7 février 1995, pourvoi n° 93-16334). Cependant, l'action ne pourra aboutir que si elle est dirigée contre l'auteur de la discrimination. Ainsi les actes d'une filiale ne peuvent être imputés à la société mère auxquels celle-ci est demeurée étrangère (Com., 18 juin 2002, pourvoi n° 00-15454).

1.2.2.2. L'action spécifique du ministre chargé de l'Économie

L'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prévoyait que l'action en responsabilité pouvait être introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par le ministre chargé de l'Économie. Ce pouvoir a été étendu au fil du temps et des multiples modifications de ce texte.

Cette action a posé plusieurs difficultés d'interprétation quant à sa nature et quant aux pouvoirs qu'elle comportait.

Par l'arrêt du 5 décembre 2000 (Com., 5 décembre 2000, pourvoi n° 98-20323), la chambre commerciale a précisé que le pouvoir d'agir du ministre, dans l'exercice de sa mission de gardien de l'ordre public économique, prévu par l'article 36, alinéa 1.1° de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ne peut tendre qu'au rétablissement dudit ordre public économique par la seule cessation des pratiques illicites et ne lui donne pas la faculté de se substituer aux victimes des pratiques discriminatoires pour évaluer, à leur place, le préjudice causé par les agissements restrictifs de concurrence et en solliciter la réparation. Elle a ajouté que les dispositions légales applicables ne lui donnent pas davantage le pouvoir de solliciter la restitution des prix et valeurs des biens en cause, aux lieu et place des victimes.

Le législateur est alors intervenu pour élargir les pouvoirs du ministre et la loi NRE du 15 mai 2001 a complété le texte en ajoutant que dans le cadre de son action, le ministre chargé de l'Économie pouvait demander l'annulation des dispositions, la répétition de l'indu et la réparation des préjudices subis, ainsi que le prononcé d'une amende civile pouvant aller jusqu'à 2 millions d'euros.

S'est alors posée la question de la nature de l'action du ministre par rapport à celle des victimes directes et si le ministre pouvait agir même si ces victimes exprimaient leur désaccord à la répétition de l'indu.

Par un arrêt du 8 juillet 2008 (Com., 8 juillet 2008, pourvoi n° 07-16 761), la chambre commerciale a précisé que l'action du ministre chargé de l'Économie, exercée en application des dispositions de l'article L. 442-6 III du Code de commerce, qui tend à la cessation des pratiques mentionnées dans ce texte, à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et au prononcé d'une amende civile, est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence, qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs. En application de ce principe, la chambre a donc cassé, pour violation de cette disposition ainsi que de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, un arrêt de cour d'appel qui, en application de ces textes, avait déclaré irrecevable l'action du ministre réclamant, notamment, la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile, au motif que celui-ci avait introduit une action en substitution des droits des fournisseurs concernés, sans les informer ni les associer, tandis que plusieurs d'entre eux avaient exprimé une volonté contraire.

L'action autonome du ministre demeure toutefois soumise aux dispositions du Code de procédure civile. Par un arrêt du 7 juillet 2004 (Com., 7 juillet 2004, Bull. 2004, IV, n° 148, pourvoi n° 03-11 369), la chambre commerciale a précisé que lorsque le ministre chargé de l'Économie n'exerce pas l'action prévue par l'article L. 442-6 III du Code de commerce, mais dépose des conclusions sur le fondement de l'article L. 470-5 de ce même code au soutien des prétentions du demandeur à l'action, la présence dans le débat du ministre ne revêt pas le caractère d'une intervention. Puis, par un arrêt du 23 janvier 2007 (Com., 23 janvier 2007, Bull. 2007, IV, n° 8, pourvoi n° 04-17 951 et a.), la chambre commerciale a jugé que si le ministre peut également solliciter le prononcé d'une amende civile, lorsqu'il intervient sur le fondement de l'article L. 470-5 du Code de commerce, dans une instance introduite par la victime des pratiques relevant de l'article L. 442-6 III du Code de commerce, il ne peut sans méconnaître les dispositions des articles 554 et 564 du Code de procédure civile, former une telle demande lorsqu'il intervient pour la première fois en cause d'appel.

1.2.2.3. La charge et les modes de preuve

À plusieurs reprises et de façon constante, la chambre commerciale a précisé que la charge de la preuve d'une discrimination repose sur celui qui l'invoque (Com., 13 janvier 1998, Bull. 1998, IV, n° 14, pourvoi n° 95-20 773; Com., 5 avril 2005, Bull. 2005, IV, n° 80, pourvoi n° 97-21 191; Com., 29 janvier 2008, Bull. 2008, IV, n° 20, pourvoi n° 07-13 778). Dans la même ligne, il appartient à celui qui l'invoque de démontrer le caractère fallacieux du motif pour lequel une vente lui a été refusée (Com., 18 décembre 2001, pourvoi n° 99-11 787) ou à celui qui se prétend victime de l'absence d'un barème de tarification d'établir qu'il a demandé ce document (Com., 24 septembre 2003, pourvoi n° 01-15 150).

La preuve ne saurait ressortir de simples présomptions. En application de ce principe, l'arrêt du 29 janvier 2008 précité (Com., 29 janvier 2008, Bull. 2008, IV, n° 20, pourvoi n° 07-13 778), a précisé que la preuve de la discrimination ne pouvait résulter ni de l'augmentation des tarifs des services ni de ce qu'un concurrent bénéficiait d'une rémunération plus élevée.

Par un arrêt du 8 février 2005 (Com., 8 février 2005, pourvoi n° 02-12855), il a été jugé à cet égard que le fait que les mentions portées sur une facture de coopération commerciale soient insuffisamment explicites au regard de l'obligation de facturation détaillée édictée par l'article 31 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 devenu l'article L. 441-3 du Code de commerce n'est pas à lui seul de nature à établir ou faire présumer l'existence d'une pratique discriminatoire. On rappellera toutefois sur ce point que par un arrêt du 18 janvier 1994 (Com., 18 janvier 1994, pourvoi n° 92-11 425), la chambre commerciale a jugé qu'est constitutif d'un trouble manifestement illicite le refus de communication des taux de ristournes consentis aux clients habituels ou occasionnels, dès lors que seule cette communication met un opérateur en mesure de « *se prévaloir de ces éléments de comparaison objectifs pour en réclamer l'application à son profit* ».

En revanche, lorsque des différenciations tarifaires ne sont pas contestées, il appartient à celui qui les met en œuvre d'en justifier la licéité (Com., 13 janvier 1998, Bull. 1998, IV, n° 14, pourvoi n° 95-20 773, précité; Com., 24 octobre 2000, pourvoi n° 98-12 947).

Il incombe aux juges du fond de vérifier de façon concrète que les services ouvrant droit à l'octroi des avantages tarifaires sont ou ne sont pas rendus. Le résultat de cette recherche relève du pouvoir souverain d'appréciation des faits par les juges du fond (Com., 26 mars 2002, pourvoi n° 00-13 443; Com., 8 février 2005, pourvoi n° 02-12 855; Com., 20 février 2007, pourvoi n° 04-20 449)⁷⁵.

La prohibition des discriminations pourrait être déclinée dans les diverses branches du droit. La matière pénale s'avère particulièrement importante, l'action publique rendant compte de la gravité de certains comportements discriminatoires.

1.3. LES PRATIQUES DISCRIMINATOIRES EN MATIÈRE PÉNALE

Bien loin de prétendre à l'exhaustivité, ces développements relatifs à la matière pénale porteront sur des thèmes particuliers, moins couramment étudiés que d'autres, tant sur les aspects procéduraux (1.3.1.) que sur ceux de droit substantiel (1.3.2.).

1.3.1. Les aspects procéduraux

Deux thèmes seront ici envisagés : celui de l'action civile des associations (1.3.1.1.) et celui de la discrimination à l'occasion de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen (1.3.1.2.).

75. Voir aussi sur ce point l'étude de M^{me} Carole Champalaune, « L'égalité des opérateurs économiques dans l'exercice de la concurrence en droit interne », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 114 et s.

1.3.1.1. L'action civile des associations

L'article 2-1 du Code de procédure pénale dispose que toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, qui se propose par ses statuts de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne, en particulier, les discriminations réprimées par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal. Ce texte prévoit toutefois que lorsque l'infraction aura été commise envers une personne individuellement, l'association ne sera recevable dans son action que si elle justifie avoir reçu l'accord de la personne intéressée ou, si celle-ci est mineure, l'accord du titulaire de l'autorité parentale ou du représentant légal lorsque cet accord peut être recueilli.

C'est sur le fondement de ces dispositions que la Cour de cassation a cassé, sans renvoi, l'arrêt infirmatif d'une chambre de l'instruction qui avait déclaré recevable l'intervention du Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP) en qualité de partie civile au motif que l'accord de la victime n'était exigé que pour autant qu'il pouvait être recueilli, ce qui n'était pas le cas, celle-ci étant décédée. La chambre criminelle a jugé, au contraire, que cette action était irrecevable, dès lors que l'accord de la victime, seule titulaire du droit d'exercer l'action civile, qui s'éteint à son décès, n'avait pu être recueilli (Crim., 25 septembre 2007, Bull. crim. 2007, n° 220, pourvoi n° 05-88324).

C'est encore en appliquant strictement ces dispositions que la chambre criminelle (Crim., 25 novembre 2008, pourvoi n° 07-88006, en cours de publication) a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une chambre de l'instruction ayant déclaré irrecevable, faute d'accord des victimes directes concernées, l'action, engagée par voie d'intervention par l'association SOS Racisme au cours d'une information judiciaire ouverte, à la suite de la dénonciation de cette association, par le procureur de la République, du chef de refus discriminatoire de location de biens immobiliers.

1.3.1.2. La discrimination à l'occasion de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen

L'article 695-22, 5°, du Code de procédure pénale issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 prévoit que l'exécution d'un mandat d'arrêt européen est refusée *« s'il est établi que ce mandat a été émis dans le but de poursuivre ou de condamner une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de son origine ethnique, de sa nationalité, de sa langue, de ses opinions politiques ou de son orientation sexuelle, ou qu'il peut être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons »*.

Ce texte transpose le principe énoncé par l'article 33 de la convention de Genève du 28 juillet 1951, relative aux réfugiés, selon lequel *« aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières de ce territoire où sa vie et sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques »*.

La Cour de cassation énonce cependant que l'octroi du statut de réfugié politique, accordé en raison des risques que la personne pourrait courir dans l'État dont elle est ressortissante, « ne saurait l'exonérer de poursuites pénales mises en œuvre par un État tiers dès lors qu'aucun fait établi ou même allégué ne laisse supposer le caractère politique de la demande au sens de l'article 695-22, 5° du Code de procédure pénale ».

Elle rappelle qu'en cas d'incertitude, il appartient aux premiers juges de demander à l'autorité judiciaire de cet État la fourniture d'informations complémentaires nécessaires en application de l'article 695-33.

Ce sont ces principes qui ont conduit la chambre criminelle, sur le pourvoi du procureur général, à casser une décision d'une chambre de l'instruction qui, pour refuser de remettre aux autorités allemandes un ressortissant turc, qui bénéficiait, en France, du statut de réfugié politique, s'était bornée à relever que la protection dont il bénéficiait à ce titre était manifestement en relation avec ses activités en faveur de la cause kurde et que les poursuites engagées en Allemagne à son encontre étaient en relation directe avec son appartenance aux différentes organisations kurdes et étaient donc exercées en raison de son origine ethnique et de ses opinions politiques (Crim., 26 septembre 2007, Bull. crim. 2007, n° 229, pourvoi n° 07-86 099).

Dans une autre affaire, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par un ressortissant slovaque et d'origine tzigane, dont la remise aux autorités de ce pays avait été autorisée, en relevant que le mandat avait été émis par la Slovaquie, membre de l'Union européenne, afin de poursuivre l'exécution d'une condamnation prononcée en répression d'infractions de droit commun (tentatives de vols aggravés) et que l'intéressé n'établissait pas que l'État requérant avait émis le titre d'arrestation dans le but de le poursuivre ou de le condamner en raison de son origine ethnique (Crim., 22 janvier 2008, pourvoi n° 07-88 657).

Mais dès lors que la chambre de l'instruction a autorisé l'exécution du mandat, l'article 695-38 du Code de procédure pénale ne lui permet de surseoir à la remise de la personne recherchée que pour des raisons humanitaires sérieuses, en particulier si elle est susceptible d'avoir pour elle des conséquences graves en raison notamment de son âge ou de son état de santé.

C'est en application de ces dispositions que la chambre criminelle a approuvé les refus de chambres de l'instruction de surseoir à statuer sur la remise de personnes qui prétendaient qu'elles faisaient l'objet d'une discrimination en raison de leurs origines, sans justifier d'une raison humanitaire sérieuse prévue par ce texte (Crim., 5 septembre 2007, pourvois n° 07-85 230 et n° 07-85 231 ; Crim., 30 octobre 2007, pourvoi n° 07-86 941).

1.3.2. Les aspects de droit substantiel

Conformément à ce qui fut précédemment annoncé, ces développements porteront sur certains points, moins souvent évoqués que d'autres, qui recourent, au-delà du seul délit de discrimination prévu par les articles 225-1 et suivants du Code pénal, des pratiques sanctionnées pénalement et pouvant être considérées comme discriminatoires. Dans cet esprit,

seront d'abord exposées les conditions de la responsabilité pénale des personnes morales auxquelles sont reprochées des discriminations (1.3.2.1.) et seront ensuite envisagées des pratiques discriminatoires particulières (1.3.2.2.).

1.3.2.1. Les conditions de la responsabilité pénale des personnes morales

L'article 121-2 du Code pénal exige, pour que soit engagée la responsabilité pénale de la personne morale, que la personne physique dont le comportement a été mis en cause ait agi pour le compte de la personne morale et en tant qu'organe ou représentant de celle-ci, la qualité de représentant supposant, lorsqu'il s'agit d'un salarié, l'existence d'une délégation de pouvoirs.

En application de ces dispositions, la chambre criminelle (Crim., 29 janvier 2008, pourvoi n° 07-80264) a approuvé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour relaxer un office municipal du tourisme poursuivi du chef de discrimination raciale, avait retenu que la salariée de cet office ayant rédigé de sa propre initiative, sans en référer à sa hiérarchie, un document comportant une liste d'établissements dans lesquels l'accueil de clients portant un nom patronymique à consonance maghrébine n'était pas souhaité, n'avait pu agir pour le compte de la personne morale, n'étant pas titulaire d'une délégation de pouvoirs.

Cette appréciation s'inscrit dans la doctrine habituelle de la chambre criminelle, en particulier dans le domaine de l'hygiène et la sécurité (Crim. 14 décembre 1999, Bull. crim. 1999, n° 306, pourvoi n° 99-80104; Crim., 30 mai 2000, Bull. crim. 2000, n° 206, pourvoi n° 99-84212).

1.3.2.2. Des pratiques discriminatoires particulières

Seront successivement étudiées les pratiques discriminatoires dans le domaine du droit pénal du travail (1.3.2.2.1), celles portant atteinte à la libre circulation des marchandises (1.3.2.2.2.), celles relatives aux marchés publics (1.3.2.2.3) ainsi que les discriminations commises par des personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public (1.3.2.2.4.) ou encore par des personnes morales de droit public (1.3.2.2.5.).

1.3.2.2.1. Les pratiques discriminatoires en droit pénal du travail

En ce domaine, plusieurs dispositions légales visent des pratiques discriminatoires.

En premier lieu, l'article 225-2 du Code pénal dispose que la discrimination prévue par l'article 225-1 de ce code et opérée entre les personnes (physiques ou morales) notamment à raison des opinions politiques et des activités syndicales, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste, en particulier, à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne.

En application de ces textes, la chambre criminelle (Crim., 6 mai 2008, Bull. crim. 2008, n° 106, pourvoi n° 07-80530) a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour dire constitutif du délit de discrimination le licenciement d'un salarié investi de

fonctions représentatives auquel il était reproché d'avoir commis une faute lourde en quittant l'entreprise sans autorisation d'absence afin d'assurer, en application de l'article L. 516-4 du Code du travail, devenu l'article L. 1453-4 du même code, les fonctions d'assistance et de représentation devant les juridictions prud'homales, avait retenu, d'une part, que ces dispositions, d'ordre public, conféraient un droit d'absence pour le temps nécessaire à ces fonctions, d'autre part, que l'employeur poursuivi était informé du motif syndical de l'absence du salarié, et enfin, qu'à défaut de dispositions légales ou conventionnelles fixant les modalités d'utilisation du crédit d'heures accordé par la loi pour assurer lesdites fonctions, un délai de prévenance et la répartition des heures d'assistance ne pouvaient être imposés unilatéralement par l'employeur au défenseur syndical.

En second lieu, le Code du travail prohibe, au titre de l'entrave à l'exercice du droit syndical (ancien article L. 412-2 du Code du travail, devenu l'article L. 2141-5 du même code) la prise en considération par l'employeur de l'appartenance à un syndicat ou de l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne, notamment, l'embauchage, la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération, l'octroi d'avantages sociaux, les mesures de discipline et de congédiement.

Dans cette matière, la chambre criminelle a rendu des arrêts maintenant sa jurisprudence : elle a rejeté les pourvois formés contre des arrêts de cour d'appel déclarant établi le délit de discrimination syndicale dans l'hypothèse où un salarié investi de fonctions représentatives s'était vu retirer, sans raison valable et alors que ses qualités professionnelles n'avaient pas jusqu'alors amené de remarque défavorable, l'ensemble des moyens indispensables à l'exercice normal de son activité de directeur de production ayant sous ses ordres un nombre important de personnes (Crim., 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-87 625) et dans l'hypothèse où après une mise à pied à titre conservatoire non suivie d'une autorisation de licenciement, un délégué du personnel bénéficiant du statut de cadre s'était vu retirer ses attributions au profit d'un technicien initialement placé sous sa responsabilité, n'avait pas disposé des mêmes moyens de travail et avait été privé d'avantages financiers consentis au personnel de l'entreprise (Crim., 15 janvier 2008, pourvoi n° 07-82 380).

Le même article L. 412-2 du Code du travail (L. 2141-7) comporte également une disposition prévoyant que le chef d'entreprise ou ses représentants ne doivent employer aucun moyen de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale quelconque.

La chambre criminelle a jugé (Crim., 2 septembre 2008, Bull. crim. 2008, n° 174, pourvoi n° 07-81 661) qu'entraînant dans les prévisions dudit texte le fait, par un dirigeant de société, de solliciter, d'autoriser et de porter à la connaissance du personnel d'encadrement la mission donnée à un prestataire de services visant notamment, par des séances d'accompagnement, à réduire l'influence d'un syndicat au profit d'un autre, dans la perspective d'élections à venir, et que constituait la complicité du délit le fait, par le dirigeant de la société prestataire de services, de fournir à ce chef d'entreprise les moyens de mettre en œuvre ces mesures dont ils étaient préalablement convenus.

1.3.2.2.2. Les pratiques discriminatoires portant atteinte à la libre circulation des marchandises

Cette question est abordée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, à l'occasion de divers contentieux : fraudes et falsifications, réglementation des professions médicales et paramédicales et publicité illicite en faveur du tabac.

La chambre vérifie le bien fondé d'exceptions prises de l'incompatibilité des dispositions de droit interne avec les articles 28 à 30 du traité de Rome, qui interdisent, sous certaines réserves, les restrictions à l'importation et à l'exportation de produits en provenance ou à destination des États membres.

Dans un arrêt du 20 novembre 2001, rendu dans le domaine des fraudes et falsifications, la chambre criminelle s'est prononcée sur la compatibilité, avec ces règles communautaires, de l'obligation qui pèse sur la personne qui importe un produit en France, qui provient d'un autre État de l'Union, de vérifier la conformité de ce produit.

Dans cette affaire, à l'occasion d'un contrôle des agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) chez un grossiste de Rungis, il avait été constaté que des pêches en provenance d'Espagne présentaient un calibre inférieur à celui indiqué sur l'emballage en application de la réglementation communautaire. Ces produits avaient été importés d'Espagne par une autre personne, qui a fait l'objet de poursuites de chef de tromperie, et a été condamné.

Pour asseoir la culpabilité du prévenu, la cour d'appel avait retenu que la situation consistant à faire supporter à la personne qui introduit en France un produit en provenance d'un autre État de l'Union la responsabilité de la vérification de sa conformité aux normes communes en vigueur ne constitue pas une mesure disproportionnée compte tenu de l'intérêt général qui vise à sauvegarder à travers le respect de la loyauté des échanges commerciaux la protection des consommateurs, et avait au contraire estimé que dispenser une telle personne de toute obligation de contrôle reviendrait à créer une discrimination au détriment des producteurs français, puisque, en cas d'infraction constatée sur des marchandises originaires d'un autre État membre, la loi française ne permettrait pas d'engager des poursuites à l'encontre du producteur ou fournisseur étrangers et que, de plus, il n'existe aucune obligation pour un État membre d'exécuter une condamnation pénale prononcée par une juridiction d'un autre État membre.

Pour approuver cette motivation, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que les règles communautaires n'avaient pas été méconnues, dès lors que l'obligation de contrôle des fruits et légumes s'applique à tous les stades de commercialisation de ces produits (Crim., 20 novembre 2001, pourvoi n° 00-86414).

À l'occasion d'autres décisions, qui concernent la réglementation applicable aux professions médicales et paramédicales, la chambre criminelle a été appelée à se prononcer sur l'application des dispositions communautaires.

Dans une affaire qui a donné lieu à un arrêt rendu le 1^{er} avril 2003 (Crim., 1^{er} avril 2003, Bull. n° 82, pourvoi n° 02-86292)⁷⁶, un prévenu avait été poursuivi pour exercice illégal de la médecine pour avoir commercialisé, dans un hypermarché, des tests de grossesse. Il prétendait que l'arrêt de la cour d'appel, qui l'avait déclaré coupable sur le fondement de l'article L. 512, devenu l'article L. 4211-1 du Code de la santé publique, qui réserve aux pharmaciens la vente de produits et réactifs destinés au diagnostic de la grossesse, était privé de base légale au regard des articles 30 et suivants, devenus 28 et suivants, du traité de Rome.

La chambre criminelle a écarté le moyen et rejeté le pourvoi au motif que la réglementation relative à la vente de ces produits s'appliquait sans discrimination tant aux produits nationaux qu'à ceux importés des autres États membres et qu'elle échappait ainsi au domaine d'application de l'article 28 du traité (Crim., 12 novembre 2002, pourvoi n° 99-88013), ce qu'elle a réaffirmé dans un arrêt postérieur (Crim., 26 novembre 2002, Bull. crim. 2002, n° 210, pourvoi n° 02-82318).

C'est au terme d'une motivation similaire que la Cour de cassation a estimé que les articles L. 4211-1 et L. 5111-1 du Code de la santé publique qui consacrent le monopole pharmaceutique de la vente des plantes médicinales ainsi que celle des médicaments par fonction ou par présentation, ne sont pas contraires aux dispositions des articles 28 et 30 du traité de Rome.

Dans un premier arrêt, elle a rejeté le pourvoi formé par un prévenu qui avait été déclaré coupable d'exercice illégal de la pharmacie pour avoir commercialisé divers produits d'herboristerie ainsi que des compléments alimentaires, alors que les contrôles effectués avaient révélé que certains d'entre eux étaient composés de plantes médicinales inscrites à la pharmacopée et relevant du monopole des pharmaciens.

Elle a écarté l'argumentation du prévenu qui soutenait que l'interdiction générale et absolue faite aux personnes qui n'ont pas le titre de pharmacien, de vendre des plantes médicinales, édictée par l'article L. 512 devenu L. 4211-1 du Code de la santé publique, était incompatible avec les articles 28 à 30 du traité.

Dans un second arrêt, elle a approuvé une décision qui avait déclaré un prévenu coupable du même délit, pour avoir mis en vente un produit contre la migraine qui constituait un médicament par présentation et par fonction et dont la mise sur le marché n'avait pas été autorisée (Crim., 4 avril 2006, Bull. crim. 2006, n° 100, pourvoi n° 05-82455).

Ce sont toujours les dispositions relatives à l'interdiction de la discrimination contenues dans les articles 28 et 30 du traité de Rome, qui ont donné lieu à un arrêt rendu le 27 mars 2007 (Crim., 27 mars 2007, Bull. crim. 2007, n° 93, pourvoi n° 06-82257)⁷⁷.

76. *Rev. sc. crim.* 2004, p. 102, falsifications, article L. 213-3 Cons. const.; C. Ambroise-Castérot, « Épisode II : revirement de jurisprudence à propos des compléments alimentaires », et B. Bouloc, « Fraude alimentaire, compléments alimentaires, réglementation applicable », *RTD com.* 2003, p. 831.

77. C. Ambroise-Castérot, « Les compléments alimentaires entre tromperies, falsifications et réglementation nouvelle », *Rev. sc. crim.* 2008, p. 84 et B. Bouloc, « Mise en vente de denrées alimentaires toxiques », *RTD com.* 2007, p. 845.

Des poursuites avaient été exercées contre les gérants d'une société ayant commercialisé en France des substituts de repas ainsi que des compléments alimentaires, produits dont la composition et l'apport calorique n'apparaissaient pas conformes aux normes imposées par un arrêté du 20 juillet 1977, ni à celles d'une directive de la commission européenne en date du 26 février 1996 relative aux denrées alimentaires devant être utilisées dans les régimes hypocaloriques destinés à la perte de poids.

Les gérants, qui avaient été condamnés par la cour d'appel, se prévalaient des articles 28 et 30 du traité. C'est au visa de ces deux articles que la chambre criminelle a cassé la décision qui lui était déférée. Pour y parvenir, elle a rappelé qu'en vertu de ces textes, les restrictions à l'importation ainsi que les mesures d'effet équivalent sont interdites entre les États membres et que si certaines interdictions sont cependant admises, notamment pour des raisons tenant à la protection de la santé publique, c'est à la condition de ne constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre États membres. Or elle reprochait aux juges d'appel de ne pas avoir recherché si l'utilisation des substances qui ne figuraient pas sur la liste des produits autorisés en France, présentait un risque pour la santé publique, et de n'avoir pas vérifié si la procédure d'autorisation d'utiliser cette substance présentait toutes les garanties nécessaires pour préserver les droits des importateurs de produits comportant de tels additifs.

Le contrôle du respect des dispositions conventionnelles relatives à l'absence de discrimination conduit également la Cour de cassation à vérifier que les conditions auxquelles sont soumises les interdictions ou restrictions à la liberté de circulation des marchandises sont remplies.

C'est ainsi qu'elle a écarté l'exception d'incompatibilité de la loi française prohibant la publicité directe et indirecte en faveur du tabac, codifiée aux articles L. 3511-1 et suivants du Code de la santé publique, aux articles 28, 30, 46 et 49 du traité, après avoir déduit des énonciations des juges du second degré que l'objectif de protection de la santé publique poursuivi par la législation interne ne pouvait, eu égard à l'impact sur la consommation nationale du tabac de la publicité ou de la propagande visée à l'article L. 3511-4, être atteint par des mesures moins contraignantes.

À cette observation s'est ajoutée celle selon laquelle les dispositions internes s'appliquaient aussi bien aux produits nationaux qu'à ceux provenant de l'Union, ce qui a permis à la chambre criminelle d'affirmer que les dispositions nationales n'instituaient pas de discrimination arbitraire, au sens de l'article 30 du traité (Crim., 18 mars 2003, Bull. crim. 2003, n° 69; Crim., 7 mars 2006, pourvoi n° 05-82482).

1.3.2.2.3. Les pratiques discriminatoires dans les marchés publics

Dans sa décision du 26 juin 2003⁷⁸, le Conseil constitutionnel a jugé que les principes rappelés par l'article 1^{er} du Code des marchés publics (dans sa rédaction de 2001) de liberté

78. n° 2003-473 DC.

d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures découlaient des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et, à ce titre, avaient valeur constitutionnelle. Comme l'a fort justement observé la doctrine⁷⁹, bien que souvent distingués, ces principes, repris à l'article 1, II du Code des marchés publics de 2006⁸⁰, et consacrés également en droit communautaire⁸¹ « *recourent en fait une même exigence : celle que la concurrence doit être égalitaire : égalitaire en ce que toutes les entreprises doivent pouvoir accéder à la commande publique ; égalitaire, encore, en ce que durant la procédure de mise en concurrence, aucune discrimination ne saurait être opérée par la personne publique* ». Ainsi définis, ces principes s'opposent à ce que des organismes publics, pour l'attribution d'un marché public, créent « *des discriminations juridiques ou de fait susceptibles soit d'avantager certains concurrents, soit de les handicaper* »⁸².

Alors même que le juge administratif est le « juge naturel » du marché public, la chambre criminelle a été amenée, au cours des dernières années, à rendre de nombreuses décisions relatives aux pratiques discriminatoires commises lors de la passation des marchés publics. Le Code pénal renferme, en effet, de longue date, plusieurs incriminations susceptibles de sanctionner les malversations (au sens large) commises à l'occasion de l'attribution de commandes publiques, telles les infractions de faux⁸³ (articles 441-1 et suivants), de corruption et de trafic d'influence (article 432-11 et article 433-1), de prise illégale d'intérêts (article 432-12). Plus récemment, la création par l'article 7 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991⁸⁴ du délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public, plus souvent dénommé favoritisme, codifié dans le Code pénal à l'article 432-14, a été à l'origine d'un nouveau contentieux devant la chambre criminelle⁸⁵.

Ce délit, dont l'élément matériel est centré sur la violation d'une disposition législative ou réglementaire ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics, et non sur l'intérêt ou l'avantage que son auteur a pu retirer de l'opération litigieuse, a été conçu comme une infraction-obstacle visant à prévenir les pratiques corruptrices⁸⁶. Il tend également à faciliter les poursuites pénales, en permettant leur

79. Lamy droit public des affaires 2008, n° 2575.

80. Décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant Code des marchés publics.

81. CJCE, 18 octobre 2001, *SIAC construction*, aff. C-19/00, Rec., I, 7725 : « *Le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires qui [...] constitue la base des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics, signifie que, d'une part, les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur* ».

82. A. de Laubadère, P. Delvové et F. Moderne, « *Traité des contrats administratifs* », n° 576.

83. Voir en dernier lieu, pour le faux : Crim., 8 mars 2006, pourvoi n° 05-85276 ; pour le délit de prise illégale d'intérêts : Crim., 8 mars 2006, pourvoi n° 05-85276.

84. Loi relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.

85. Sur les premières décisions rendues, voir. X. Samuel, « *Panorama de la jurisprudence de la chambre criminelle en matière de prise illégale d'intérêts et d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics* », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 1999.

86. Sur les fondements du délit, voir. B.-A. Pireyre, « *Marchés publics et favoritisme* », in *Répertoire Dalloz droit pénal et procédure pénale*.

engagement dès le constat d'une violation des règles de la commande publique et ainsi à pallier les difficultés de preuve de l'existence d'un pacte de corruption. Cantonné aux seuls marchés publics à l'origine, il a vu son champ d'application étendu, par la loi du 8 février 2005, aux délégations de service public.

Les arrêts rendus en cette matière par la chambre criminelle sont aujourd'hui nombreux⁸⁷ et ont permis de préciser la qualité de l'auteur des faits ainsi que les éléments matériel et intentionnel de ce délit.

1.3.2.2.3.1. L'auteur de l'infraction

Dans une longue énumération⁸⁸ l'article 432-14 du Code pénal vise de fait toute personne, quel que soit son statut, qui intervient dans le processus d'attribution du marché, peu important à cet égard qu'elle dispose ou non d'un pouvoir de décision. La chambre criminelle a ainsi jugé qu'entraient dans les prévisions de l'article précité le coordonnateur d'un groupement de commandes publiques, qui, selon les articles 364 et 375 du Code des marchés publics applicable en 1994, était habilité à procéder aux opérations de consultation collective et à choisir, après avis de la commission de coordination des commandes publiques, l'offre qu'il jugeait la plus intéressante pour les membres du groupement (Crim., 7 avril 2004, Bull. crim. 2004, n° 93, pourvoi n° 03-85 698) ou le secrétaire général d'une commune agissant en qualité de représentant ou agent d'une collectivité territoriale, qui a le pouvoir d'intervenir dans le déroulement d'une procédure d'attribution de marchés en vue de préparer ou de proposer les décisions prises par d'autres (Crim., 20 avril 2005, Bull. crim. 2005, n° 139, pourvoi n° 04-83 017).

La question la plus fréquemment posée au juge est la détermination de la personne responsable pénalement lorsque l'acte discriminatoire résulte d'une décision collective. En effet, en application du principe de la personnalité de la responsabilité pénale, énoncé à l'article 121-1 du Code pénal, la décision litigieuse ne peut être imputée aux membres de l'organe collégial, à raison de leur seule participation à cette dernière. Afin de ne pas assurer une impunité choquante, la chambre criminelle approuve les juridictions du fond qui, pour entrer en voie de condamnation, recherchent le rôle personnel du prévenu dans le processus d'adoption de la décision. Ainsi, ont été jugés déterminants le fait pour le prévenu d'avoir présidé, en sa qualité de maire, et fixé l'ordre du jour du conseil municipal au cours duquel il avait été décidé de recourir de façon illégale à la procédure d'urgence (Crim., 19 novembre 2003, pourvoi n° 02-87 336) ou d'avoir proposé aux membres de la commission d'appel d'offres d'attribuer le marché litigieux à une entreprise en raison des relations

87. Au 1^{er} octobre 2008, 89 arrêts de rejet et vingt-neuf arrêts de cassation ont été rendus par la chambre criminelle (source : Jurinet).

88. Le délit peut être commis par une « *personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles mentionnées* ».

personnelles qui l'unissaient à son gérant (Crim., 19 octobre 2005, pourvoi n° 04-87312) ou, dans ses fonctions de président de la commission d'appel d'offres, d'avoir refusé toute discussion sur les réserves émises par le représentant de la DGCCRF (Crim., 14 décembre 2005, pourvoi n° 05-83205).

1.3.2.2.3.2. L'élément matériel de l'infraction

L'article 432-14 du Code pénal incrimine les pratiques discriminatoires caractérisées par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

Il appartient aux juridictions du fond de caractériser l'existence d'un tel acte, notamment en précisant le cadre juridique du marché concerné et les obligations légales ou réglementaires qui auraient été violées (Crim., 10 mars 2004, Bull. crim. 2004, n° 64, pourvoi n° 02-85285; Crim., 17 janvier 2007, pourvoi n° 06-83067), peu important à cet égard que la norme violée soit une disposition du Code des marchés publics *stricto sensu* ou une norme légale ou réglementaire complémentaire soumettant des personnes publiques ou privées, non assujetties à un tel code, à des obligations de mise en concurrence imposées par le droit communautaire⁸⁹.

La chambre criminelle contrôle la qualification qui a pu être donnée par les juridictions du fond au marché litigieux ainsi que l'assujettissement de ce marché à des règles de concurrence.

Il peut ainsi arriver que la chambre criminelle censure une cour d'appel ayant relaxé un prévenu du chef de favoritisme au motif que la passation du marché litigieux n'était soumise à aucune obligation de publicité ou de mise en concurrence alors même qu'il résultait des constatations de l'arrêt que le marché litigieux relevait bien du Code des marchés publics (Crim., 30 juin 2004, Bull. crim. 2004, n° 177, pourvoi n° 03-85946). Dans les faits de l'espèce précitée, la chambre criminelle a considéré qu'une association, créée par un conseil général pour assurer la publication de sa revue, constituait une association transparente, c'est-à-dire créée uniquement pour les besoins d'une opération, dans le but d'éviter les règles contraignantes du Code des marchés publics et, qu'en conséquence, les articles 250 et suivants du Code des marchés publics alors en vigueur, relatifs aux mesures de publicité et de mise en concurrence applicables aux marchés passés au nom des collectivités locales étaient applicables.

Très récemment, la chambre criminelle a été également amenée à préciser la notion de contrats « à prestations intégrées » ou *in house*, exclus du champ d'application du Code des marchés publics et a énoncé, conformément à la jurisprudence européenne (CJCE, 11 janvier 2005, *Stade Halle*, affaire C-26/03) que la participation, fût-elle minoritaire, d'une

89. Voir en particulier l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics.

entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également une collectivité locale exclut que cette dernière puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Elle en a déduit qu'un acheteur public ne peut conclure un contrat à titre onéreux avec une société d'économie mixte locale, dans le capital duquel il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées, sans respecter les dispositions du Code des marchés publics (Crim., 25 juin 2008, Bull. crim. 2008, n° 166, pourvoi n° 07-88373).

La jurisprudence de la chambre criminelle offre désormais des illustrations variées des diverses discriminations susceptibles d'entrer dans les prévisions de l'article 432-14 du Code pénal, à tous les stades de la procédure d'attribution du marché.

Dans la jurisprudence la plus récente, on peut relever les suivantes :

- attribution d'un marché à l'issue d'une procédure d'appel d'offres restreint avec concours, à une société qui n'avait pas justifié qu'elle était en règle au regard de ses obligations fiscales et sociales et avait été la seule des entreprises autorisées à concourir, à être convoquée et auditionnée par le jury (Crim., 17 octobre 2007, Bull. crim. 2007, n° 248, pourvoi n° 06-87566);
- recours à une procédure négociée irrégulière, à l'issue d'un appel d'offres déclaré infructueux dans des conditions ne permettant pas sa réussite en raison d'une estimation du coût des travaux irréaliste, l'entreprise attributaire ayant en outre eu connaissance des devis des entreprises concurrentes, ce qui lui a permis de se présenter en moins-disant pour obtenir le marché (Crim., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-87898);
- participation de l'entreprise attributaire à la réalisation d'un devis estimatif, avant le lancement du concours de maîtrise d'œuvre et modification du cahier des charges sans procéder à un nouvel appel d'offres (Crim., 8 mars 2006, pourvoi n° 05-85276).

Dans un contexte juridique marqué par la modification à échéances rapprochées des règles gouvernant la commande publique, la chambre criminelle, par trois arrêts de 2004 (Crim., 28 janvier 2004, Bull. crim. 2004, n° 23, 02-86597; Crim., 7 avril 2004, Bull. crim. 2004, n° 93, 2 arrêts, pourvois n° 03-85698 et n° 03-84191), a eu l'occasion d'appliquer au délit de favoritisme, le principe qu'elle avait précédemment dégagé (Crim. 30 janvier 1989, Bull. crim. 1989, n° 33, pourvoi n° 86-96060), selon lequel, lorsqu'une disposition législative, support légal d'une incrimination, demeure en vigueur, l'abrogation de textes réglementaires pris pour son application n'a pas d'effet rétroactif. Dans chacune de ces affaires, le prévenu avait passé des marchés de gré à gré, alors que le montant desdits marchés commandait qu'il recoure à la procédure d'appel d'offres. Un décret adopté postérieurement aux faits a relevé le seuil à partir duquel les marchés doivent faire l'objet d'un appel d'offres, de sorte que le montant des marchés passés par le prévenu était inférieur à ce nouveau seuil. Devant la cour d'appel, les prévenus avaient fait valoir qu'en application du principe de la rétroactivité *in mitius* de la loi pénale, ils ne pouvaient être poursuivis du chef de favoritisme, les actes leur étant reprochés étant désormais licites au plan administratif. Dans le premier arrêt, la chambre criminelle approuve la cour d'appel d'avoir écarté l'application du principe précité de rétroactivité de la loi pénale plus douce. Dans les deux autres arrêts, elle censure la décision par laquelle il a été jugé, au contraire, que les faits n'étaient plus pénalement punissables.

Un arrêt du 15 mai 2008 (Crim., 15 mai 2008, Bull. crim. 2008, n° 121, pourvoi n° 07-88369) a également apporté une précision importante à l'interprétation de l'article 432-14 du Code pénal.

En l'espèce, le maire d'une commune, qui avait opté pour la procédure d'appel d'offres, était poursuivi du chef de favoritisme pour avoir imposé à la commission d'appel d'offres le choix de la société attributaire, par l'intermédiaire des services techniques qui n'avaient procédé à aucune analyse des offres déposées, dont seules quatre avaient été ouvertes sur les sept déposées. Condamné en appel, il a fait valoir devant la Cour de cassation que ce délit ne pouvait lui être reproché dès lors qu'il aurait pu légalement passer un tel marché sans prendre l'avis de la commission d'appel d'offres.

La chambre criminelle a écarté cette argumentation : dès lors que la collectivité locale avait opté pour la procédure d'appel d'offres, le maire ne pouvait s'affranchir des règles régissant cette procédure, sous peine d'être sanctionné du chef de favoritisme. Cette solution rejoint la jurisprudence du Conseil d'État qui interdit à une personne publique qui s'est soumise volontairement à une procédure formalisée alors qu'elle pouvait faire le choix d'une procédure moins contraignante, de s'affranchir des contraintes de la procédure qu'elle a choisie⁹⁰, jurisprudence désormais codifiée à l'article 28, 2^e alinéa *in fine* du Code des marchés publics.

Jusqu'à une date récente, une question, très discutée en doctrine, était de savoir si le délit de favoritisme pouvait sanctionner une atteinte aux principes fondamentaux gouvernant la commande publique, sans que pour autant soit rapportée la preuve d'un manquement à une règle particulière.

La chambre criminelle a répondu positivement à cette question, en deux temps :

Dans un premier arrêt, non publié (Crim., 21 septembre 2005, pourvoi n° 04-83868), elle a approuvé une cour d'appel d'avoir retenu le délit de favoritisme à l'encontre du président d'un syndicat de traitement des déchets qui avait fait obstacle au choix régulièrement arrêté par la commission d'appel d'offres, en refusant de signer le procès-verbal de réunion de ladite commission et en faisant annuler le choix du groupement attributaire, pour des motifs d'intérêt général, avant de lancer une nouvelle procédure d'appel d'offres, après avoir modifié les conditions de celui-ci ainsi que la composition de la commission d'appel d'offres. Un nouvel attributaire, distinct du premier, avait été désigné à l'issue de la procédure. En réponse au moyen qui exposait que la cour d'appel n'avait pas caractérisé la violation d'une règle particulière régissant la procédure d'appel d'offres, la chambre criminelle a pris soin de relever que, par un tel comportement, « *le prévenu avait méconnu les dispositions de l'article 47 du Code des marchés publics*⁹¹, *alors en vigueur, posant les principes de liberté d'accès aux marchés publics et d'égalité de traitement des candidats dans l'examen de leurs offres* ».

90. Voir notamment : CE, Ass., 22 juin 1963, *Albert* ; CE, 21 septembre 1992, *Commune de Bagnols-sur-Cèze*, n° 111555.

91. Disposition introduite dans le Code des marchés publics par l'article 26 du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1993.

Ainsi admise la possibilité de sanctionner pénalement le simple fait de porter atteinte aux principes de liberté d'accès aux marchés publics et d'égalité de traitement des candidats dans l'examen de leurs offres, cette solution demeurerait néanmoins cantonnée à la procédure d'appel d'offres et à l'examen des candidatures et des offres.

Cette jurisprudence devait connaître un essor nouveau avec l'entrée en vigueur du Code des marchés publics issu du décret du 7 mars 2001 qui énonçait en son article 1^{er}, I : « *Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ».

Dans un arrêt du 14 février 2007 (Crim., 14 février 2007, Bull. crim. 2007, n° 47, pourvoi n° 06-81 924), la chambre criminelle a retenu que ledit article édictait une norme juridique contraignante, applicable quel que soit le montant du marché et que la violation d'une telle norme pouvait être pénalement sanctionnée en application de l'article 432-14 du Code pénal.

En l'espèce, l'adjointe au maire d'une commune était poursuivie du chef de favoritisme pour avoir attribué un marché public d'un montant de 5850 euros, non pas en fonction de critères objectifs de choix découlant des propositions faites par les candidats mais pour faire plaisir à un tiers avec lequel elle entretenait des relations d'amitié. Pour fonder sa condamnation, la cour d'appel avait relevé que la prévenue avait violé les dispositions de l'article 1^{er}, I, alinéa 2, du Code des marchés publics « *qui concernent tous les marchés publics sans opérer de distinction entre ceux qui, compte tenu de leur montant, sont passés sans formalités préalables et ceux qui sont soumis à un tel formalisme* ».

La chambre criminelle approuve l'analyse de la cour d'appel en énonçant que « *la méconnaissance de l'article 1^{er} du Code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret du 7 mars 2001, s'applique à tous les marchés publics, quel que soit leur montant, et entre dans les prévisions de l'article 432-14 du Code pénal* ». Cette solution s'est imposée en raison, d'une part, de la jurisprudence administrative qui soumet aux principes généraux posés au deuxième alinéa du I de l'article 1^{er} les marchés conclus sans formalités préalables⁹², d'autre part, de la généralité des termes de l'incrimination.

L'intérêt de cette jurisprudence est d'attirer dans la sphère de la répression pénale les marchés de faible montant, pour la passation desquels il n'est pas prévu de procédures formalisées de mise en concurrence ou de publicité. Rendue sous l'empire du Code des marchés publics issu du décret du 7 mars 2001, aujourd'hui abrogé, elle conserve en droit positif tout son intérêt dès lors que l'article 1^{er}, II, du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant Code des marchés publics réaffirme que « *les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ». Seraient dès lors susceptibles

92. CE, Avis du 29 juillet 2002 ; CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, req. n° 278732.

d'être sanctionnées pénalement les discriminations opérées lors de la passation de marchés selon la procédure adaptée⁹³ (article 28).

Ces pratiques discriminatoires ne sont sanctionnées pénalement que pour autant que soit rapportée la preuve de l'existence d'un avantage injustifié.

La notion d'avantage injustifié n'ayant pas été précisée lors des débats parlementaires, la chambre criminelle a dû en clarifier le sens. De façon négative, la chambre criminelle a exclu que l'avantage injustifié se confonde avec l'existence d'un préjudice financier pour la collectivité ou d'une rémunération excessive pour l'entreprise attributaire. Elle a ainsi rejeté des pourvois formés par des prévenus qui exposaient que l'entreprise attributaire étant la moins-disante, la preuve d'un avantage injustifié n'était pas rapportée (Crim., 13 décembre 2000, Bull. crim. 2000, n° 374, pourvoi n° 99-86876; Crim., 14 décembre 2005, pourvoi n° 05-83205). De façon positive, cette chambre tend à considérer que l'avantage injustifié s'induit nécessairement de la violation de la norme légale ou réglementaire gouvernant la commande publique. Ainsi, elle a jugé que le fractionnement illicite d'un marché pour éviter d'avoir recours à la procédure d'appel d'offres a pour conséquence directe d'écarter de l'accès au marché des candidats potentiels, créant ainsi au bénéfice de la société attributaire une inégalité de traitement injustifiée (Crim., 13 décembre 2000, Bull. crim. 2000, n° 374, pourvoi n° 99-86876) ou que la possibilité offerte à l'entreprise attributaire de soumettre deux offres distinctes à la commission d'appel d'offres a nécessairement procuré à cette dernière un avantage injustifié (Crim., 14 décembre 2005, pourvoi n° 05-83205) ou encore que le recours à une procédure de marché négociée irrégulière, à l'issue d'un appel d'offres déclaré infructueux dans des conditions qui ne permettaient pas sa réussite, a nécessairement fait bénéficier l'entreprise attributaire d'un avantage injustifié (Crim., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-87898).

1.3.2.2.3.3. L'élément intentionnel

Depuis un arrêt du 14 janvier 2004 (Crim., 14 janvier 2004, Bull. crim. 2004, n° 11, pourvoi n° 03-83396), la chambre criminelle juge que « *l'élément intentionnel du délit prévu par l'article 432-14 du Code pénal est caractérisé par l'accomplissement en connaissance de cause d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* ». C'est dire que n'entre dans la caractérisation du délit aucun dol spécial, dont notamment le souhait d'avantager l'entreprise attributaire. Si cette définition de l'élément intentionnel a pu être critiquée en doctrine, elle est néanmoins conforme à la volonté du législateur⁹⁴ et n'est pas spécifique à cette infraction, notamment en matière d'urbanisme.

93. Ces marchés sont passés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence « *librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat* ».

94. Voir notamment rapport n° 1758 de l'Assemblée nationale par Michel Suchod, première session ordinaire de 1990-1991.

En définitive, l'article 432-14 du Code pénal permet de sanctionner efficacement les diverses pratiques discriminatoires susceptibles d'être commises lors de la passation de marchés publics (au sens large), tant en la personne de leur auteur qu'en celle du bénéficiaire du marché litigieux, qui peut être poursuivi pour recel (Crim., 28 janvier 2004, Bull. crim. 2004, n° 23, pourvoi n° 02-86597). Cette efficacité est accrue par la jurisprudence de la chambre criminelle qui tend à faciliter les poursuites de ce chef, d'une part, en reportant le point de départ du délai de prescription de l'action publique, lorsque les actes irréguliers ont été dissimulés ou accomplis de manière occulte, au jour où ils sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice des poursuites (Crim., 27 octobre 1999, Bull. crim. 1999, n° 238 et n° 239, deux arrêts, pourvois n° 92-85 757 et n° 98-85 214⁹⁵; Crim., 5 mai 2004, Bull. crim. 2004, n° 110, pourvoi n° 03-85 503; Crim., 19 mai 2004, Bull. crim. 2004, n° 131, pourvoi n° 03-86 192), d'autre part, en admettant la constitution de partie civile d'une entreprise évincée dès lors qu'elle justifie que son activité entraine dans l'objet du marché, qu'elle disposait du personnel et du matériel adapté et que l'attribution irrégulière desdits marchés a eu pour conséquence directe de lui faire perdre une chance d'en être déclarée attributaire (Crim., 28 janvier 2004, Bull. crim. 2004, n° 23, pourvoi n° 02-86 597).

1.3.2.2.4. Les discriminations commises par des personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public

Le délit de discrimination prévu par l'article 432-7 du Code pénal, qui se réfère à l'article 225-1 du même code, suppose, soit « le refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi », soit « l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique ».

Saisie d'une procédure visant la première hypothèse prévue par l'article 432-7, la chambre criminelle (Crim., 17 juin 2008, Bull. crim. 2008, n° 148, pourvoi n° 07-81 666) a censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour dire coupable de discrimination le maire d'une commune auquel il était reproché d'avoir fait obstacle à la vente d'un bien situé dans ladite commune en exerçant de façon abusive le droit de préemption lui ayant été délégué, avait retenu que le prévenu, en raison de la consonance du nom des acheteurs laissant supposer leur origine étrangère ou leur appartenance à l'islam, leur avait refusé le droit d'acquérir la propriété d'un immeuble et de fixer librement le lieu de leur résidence.

Selon cette décision, la loi pénale étant d'interprétation stricte, l'exercice du droit de préemption délégué au maire d'une commune en application de l'article L. 2122-22 du Code général des collectivités territoriales ne peut, même s'il est abusif, constituer le refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi au sens du texte d'incrimination.

Constituerait par exemple un tel refus, selon la chambre criminelle (Crim., 17 décembre 2002, n° 227, pourvoi n° 01-85 650), le fait de subordonner à une condition de nationalité l'octroi, par une commune, d'une prime de naissance.

95. Sur cette jurisprudence, voir X. Samuel, *op. cit.*

L'arrêt rendu le 17 juin 2008 met l'accent sur les effets du principe de légalité des délits et des peines quant au champ d'application, très restrictif, du délit de discrimination prévu par l'article 432-7 du Code pénal.

Au nom de ce principe, la chambre criminelle, en matière d'atteinte à la liberté d'aller et venir (infraction d'atteinte à la liberté individuelle prévue par l'article 432-4 du Code pénal), avait déjà, de la même façon, censuré l'arrêt d'une cour d'appel ayant retenu la culpabilité d'un maire qui avait fait fermer la vanne de raccordement d'eau alimentant une habitation non conforme au permis de construire, aux motifs que les plaignants, ayant été privés d'un élément aussi essentiel que l'eau, avaient été empêchés de s'installer sur le territoire communal (Crim., 14 septembre 2004, Bull. crim. 2004, n° 204, pourvoi n° 04-80290).

1.3.2.2.5. Les discriminations commises par des personnes morales de droit public

La chambre criminelle a eu à connaître, sous l'angle de l'action civile, des poursuites exercées, du chef de discrimination, à l'encontre de l'ANPE. Cette personne morale de droit public ayant le statut d'un établissement public national placé sous l'autorité du ministre de l'Emploi et participant à la mise en œuvre de la politique de l'emploi définie par les pouvoirs publics, avait été déclarée coupable de cette infraction pour avoir, par l'intermédiaire de l'un de ses agents, accompli un acte contraire à sa mission d'aide aux travailleurs à la recherche d'un emploi en refusant de présenter l'un d'eux à un employeur, au prétexte de la consonance étrangère de son patronyme (Crim., 30 septembre 2008, Bull. crim. 2008, n° 199, pourvoi n° 07-87734).

Soutenant que la faute commise était « détachable du service » et qu'en conséquence, le juge judiciaire avait le pouvoir de statuer sur la réparation du préjudice causé par l'infraction, le demandeur au pourvoi critiquait les motifs de l'arrêt de la cour d'appel qui s'était déclarée incompétente pour connaître de l'action civile.

La chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt attaqué, en soulignant que, selon la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, les tribunaux judiciaires ne sont pas compétents pour réparer les conséquences dommageables d'une faute engageant la responsabilité pénale d'une personne morale de droit public à l'occasion de la gestion d'un service public administratif.

La décision rendue invite donc, s'agissant de la responsabilité civile des personnes morales soumises à un régime de droit public, à déterminer, pour statuer sur la compétence, la nature du service public dont elles sont investies (administratif, ou industriel et commercial), et à rechercher, dans les cas où la question se pose, l'existence d'une voie de fait entraînant la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, suivant les critères dégagés par le tribunal des conflits (voir à cet égard, notamment : tribunal des conflits, 19 novembre 2007, *Grieux c./ministre de l'Intérieur*, Bull. 2007, T. conflits, n° 34, n° 07-03660).

Ces développements relatifs aux discriminations prohibées ont montré d'une part l'influence considérable du droit communautaire et du droit européen et d'autre part la détermination du juge à conférer toute leur portée aux textes sanctionnant les discriminations. C'est encore dans le respect de la légalité que le juge admet des distinctions juridiquement justifiées.

2. Les distinctions justifiées

Certaines distinctions méritent d'être envisagées désormais en rappelant que les adeptes d'une définition large de la discrimination les considèrent comme des discriminations acceptées tandis que les partisans d'une acception de la discrimination limitée aux seules différenciations prohibées constatent cependant que, dans ces situations controversées, est précisément invoqué, mais par hypothèse à tort, un grief de discrimination. Il est peut-être utile de souligner dès à présent que par les termes de « distinctions justifiées », les auteurs de la présente étude n'entendent exprimer qu'un constat juridique, et non pas politique ou moral, sans préjuger d'évolutions éventuelles, souhaitables ou non, de la législation.

Des illustrations prégnantes de distinctions justifiées mais contestées peuvent, parmi d'autres domaines, être puisées dans le droit (extrapatrimonial comme patrimonial) de la famille (2.1.) ou dans le droit de propriété (2.2). Enfin, il sera observé à partir d'exemples contrastés que le juge judiciaire procède à un contrôle variable des distinctions justifiées (2.3.).

2.1. LES DISTINCTIONS FAMILIALES

Malgré une évolution manifeste qui sera incidemment rappelée, des distinctions juridiquement justifiées subsistent tant en droit extrapatrimonial de la famille (2.1.1.) qu'en droit successoral (2.1.2.).

2.1.1. Les distinctions en droit extrapatrimonial de la famille

La première chambre civile a plusieurs fois été confrontée dans les années récentes à des arguments tirés de la Convention européenne des droits de l'homme, liés à la non-discrimination entre les personnes pour les droits protégés par la Convention, essentiellement le droit au mariage (2.1.1.1.) et le droit au respect de la vie privée et familiale (2.1.1.2.).

2.1.1.1. Le droit au mariage

C'est essentiellement pour le mariage des personnes de même sexe que la question de la discrimination a été évoquée dans l'affaire très médiatisée du mariage de Bègles.

Dans un arrêt du 13 mars 2007 (prem. ch. civ., 13 mars 2007, Bull. 2007, I, n° 113, pourvoi n° 05-16627, rapport annuel 2007, p. 326) la première chambre civile statuant en formation plénière s'est prononcée, par un arrêt de principe sur la régularité d'un mariage entre personnes de même sexe, en donnant une définition du mariage en droit positif, définition qui ne figure pas dans le Code civil.

La Cour énonce : « *Attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire* ».

Dans leurs rapports et avis très complets, le conseiller Pluyette et l'avocat général Domingo⁹⁶ ont analysé l'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour, sur la décision à prendre par la Cour de cassation. Il est apparu que la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est jamais prononcée sur la question du mariage entre personnes homosexuelles. Toutefois, elle a rendu un certain nombre de décisions concernant le transsexualisme et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle au regard des articles 8, 12 et 14 de la Convention⁹⁷.

Dans son commentaire de l'arrêt du 13 mars 2007, M. Marguénaud analyse également la jurisprudence de la CEDH sur la question des mariages de personnes de même sexe⁹⁸. Il estime que si la Cour européenne des droits de l'homme a donné l'impression d'ouvrir la porte des mairies aux couples homosexuels dans l'arrêt *Goodwin c./Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, cette impression vient d'être mise en cause dans deux décisions du 28 novembre 2006 qui n'avaient pas été citées au moment où la Cour de cassation a statué. La question posée à la Cour européenne était celle du sort du mariage antérieur au changement de sexe de l'un des conjoints. Dans les deux affaires, l'une relevant du droit anglais, l'autre du droit écossais, les maris qui avaient changé de sexe voulaient rester mariés.

Or, ils devaient choisir entre le divorce et le changement de sexe à l'état civil. Ils ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant une violation des articles 8 et 12 de la Convention.

La Cour commence, par rappeler que l'article 12 consacre la notion traditionnelle de mariage entre un homme et une femme, avant de préciser que, si certains États ont étendu le mariage à des personnes de même sexe, ils n'ont fait que refléter leur propre vision du mariage dans la société et ne se sont aucunement conformés à une interprétation du droit fondamental qui serait devenue différente de celle retenue par les États en 1950⁹⁹.

M. Marguénaud écrit également que « *tant que le mariage homosexuel n'aura été autorisé que par 3 ou 4 des 47 États membres du Conseil de l'Europe, il n'y a donc pratiquement aucun espoir ou aucun risque de voir la Cour de Strasbourg l'imposer à ceux qui le repoussent* »¹⁰⁰.

96. *Gazette du Palais*, n° 80, 21/22 mars 2007, p. 10; D. 2007, p. 1389.

97. Pour une analyse de cette jurisprudence : voir p. 21 à 26 du rapport de M. Pluyette.

98. *RTD civ.* 2007, p. 287.

99. *RTD civ.* 2007, p. 289.

100. *RTD civ.* 2007, p. 288.

2.1.1.2. Le droit au respect de la vie privé et familiale

Ce droit a été évoqué dans le contentieux des modalités d'exercice de l'autorité parentale et de l'adoption ainsi qu'en matière de nationalité pour l'établissement de la filiation maternelle.

2.1.1.2.1. La délégation d'autorité parentale accordée à la partenaire pacsée

La première chambre a accepté la délégation d'autorité parentale à la partenaire pacsée qui élève les enfants avec sa compagne, dans un arrêt du 24 février 2006 ; il s'agit d'un arrêt de rejet¹⁰¹.

Deux femmes étaient liées par un PACS. L'une d'elles a donné naissance à un enfant, né par insémination artificielle faite à l'étranger (puisque cette possibilité est interdite en France). La mère biologique de cet enfant l'a reconnu. L'autre femme n'avait pas de lien juridique avec l'enfant bien que la décision de le faire naître ait été une décision commune aux deux partenaires. Il faut reconnaître que ce procédé est plus facile pour les couples homosexuels féminins que pour les couples masculins. Les hommes qui veulent un enfant doivent soit adopter (ce qui est très difficile), soit avoir recours à une mère porteuse (ce qui est encore plus compliqué).

La compagne a ensuite demandé une délégation d'autorité parentale. La délégation est en effet ouverte, depuis la loi du 4 mars 2002 réformant l'autorité parentale dans des hypothèses où le délégant et le délégataire vivent ensemble avec l'enfant. Selon le nouvel article 377, alinéa 1, du Code civil, « *les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants [...]* ».

Cette délégation d'autorité parentale à un tiers digne de confiance avait, entre autres, pour objectif de régler la question des beaux-parents, question explicitement envisagée pour les couples hétérosexuels. Il était toutefois difficile de ne pas l'évoquer pour les couples homosexuels. Dire que le concubin hétérosexuel est une personne digne de confiance, alors que la compagne homosexuelle ne le serait pas, paraît délicat. C'est ainsi que dans le rapport Bloche-Pécresse¹⁰², il est expressément écrit que ce texte peut éventuellement régler la question des couples homosexuels. En rendant sa décision, la Cour de cassation n'a fait que reconnaître une situation non exclue par l'article 377 du Code civil. Pour un auteur, « *la délégation d'autorité parentale n'a pas été conçue pour une telle situation et la solution consacrée par l'arrêt du 24 février 2006 constitue, sinon un détournement de l'institution, du*

101. Voir les commentaires de H. Fulchiron, *D.* 2006, p. 876 ; D. Vigneau, *D.* 2006, p. 897 ; J. Hauser, *RTD. civ.* 2006, p. 297.

102. *L'enfant d'abord*, Assemblée nationale, n° 2832.

moins un pis-aller auquel pourrait être substitué un renforcement des droits du partenaire du parent biologique »¹⁰³.

La première chambre vient de réitérer la solution en cas de décès de la compagne homosexuelle. Elle a admis dans un arrêt du 16 avril 2008 (prem. ch. civ., 16 avril 2008, pourvoi n° 07-11 273 ; commentaire I. Corpart, *RJPF*, juin 2008, p. 22) que la compagne pouvait obtenir la résidence des enfants et une délégation d'autorité parentale. Il faut préciser que le père des enfants qui ne vivait pas avec eux était d'accord et que le pourvoi était fait par la sœur de la mère décédée : « *Mais attendu, d'abord, qu'aucune disposition légale n'impose au juge de choisir par priorité parmi les membres de la famille, le tiers à qui il délègue tout ou partie de l'autorité parentale ; qu'il lui appartient seulement de rechercher si les circonstances exigent une telle délégation et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ; qu'ayant relevé que les enfants résidaient depuis le décès de leur mère au domicile de la personne qui avait été désignée par cette dernière pour les prendre en charge en cas de décès, qu'ils entretenaient des liens de proximité et d'affection avec cette personne qui faisait partie de leur vie depuis leur plus jeune âge, que selon l'enquête de gendarmerie, les enfants étaient bien intégrés dans la vie associative de la commune et qu'ils jouissaient d'une bonne estime au sein de la population et de leur propre voisinage, que leur situation auprès de M^{me} R., dotée de capacités éducatives et affectives, constituait un repère stable puisque les enfants avaient toujours vécu dans la région de Montpellier, la cour d'appel, sans prendre uniquement en considération le souhait exprimé par les enfants, a pu décider qu'il était de l'intérêt de ceux-ci de fixer leur résidence chez M^{me} R. et de déléguer partiellement à celle-ci l'exercice de l'autorité parentale dont M. B. était seul titulaire et de le partager entre eux ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ».*

2.1.1.2.2. L'adoption simple refusée à la partenaire pacsée

Trois arrêts de la première chambre civile en 2007 ont fondé sur l'article 365 du Code civil ce refus de l'adoption simple à la partenaire pacsée de la mère biologique des enfants.

Il y a un lien entre ces arrêts et la jurisprudence sur la délégation d'autorité parentale que nous venons d'évoquer

Dans les deux premiers du 20 février 2007 (prem. ch. civ., 20 février 2007, Bull. 2007, I, n° 70, pourvoi n° 04-15676 ; prem. ch. civ., 20 février 2007, Bull. 2007, I, n° 71, pourvoi n° 06-15647, rapport annuel 2007, p. 330), l'argument de discrimination entre les couples n'était pas évoqué. Dans un cas, l'adoption avait été refusée et le pourvoi invoquait l'intérêt de l'enfant pour que l'adoption soit prononcée (premier arrêt), dans l'autre, l'adoption avait été accordée et le ministère public invoquait l'intérêt de l'enfant pour que l'adoption soit supprimée (second arrêt).

Le refus de prononcer l'adoption simple est fondé sur l'article 365 du Code civil aux termes duquel l'adoptant est seul investi, à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité

103. Voir G. Kessler, « Homoparenté et homoparentalité », « les différents modes de constitution de la famille homosexuelle » *Revue Lamy droit civil*, juin 2008, p. 35.

parentale, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté, dans ce cas l'autorité parentale est exercée conjointement.

En l'état des textes, le pacte civil de solidarité n'étant pas assimilable à un mariage et l'article 365 du Code civil visant les conjoints et non les personnes liées par un pacte de solidarité, l'adoption, si elle était prononcée au profit de la partenaire, priverait la mère biologique de ses droits d'autorité parentale. Elle devrait alors pour retrouver ses droits demander au juge une délégation d'autorité parentale selon les termes de l'article 377 du Code civil.

La Cour de cassation, dans les arrêts du 20 février 2007, a refusé une telle démarche dans ces termes : pour l'arrêt de cassation : *« Vu l'article 365 du Code civil ; Attendu que l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; Attendu que pour prononcer l'adoption simple, par M^{me} X, du fils de M^{me} Y, né le 13 juillet 2004, en estimant que l'adoption était conforme à l'intérêt de l'enfant, l'arrêt attaqué relève que M^{mes} Y et X ont conclu un pacte civil de solidarité en 2001, et qu'elles apportent toutes deux à l'enfant des conditions matérielles et morales adaptées et la chaleur affective souhaitable et qu'il est loisible à M^{me} Y de solliciter un partage ou une délégation d'autorité parentale ; qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption réalisait un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant en privant la mère biologique, qui entendait continuer à élever l'enfant, de ses propres droits, de sorte que, même si M^{me} Y avait alors consenti à cette adoption, en faisant droit à la requête la cour d'appel a violé le texte susvisé ».*

Pour l'arrêt de rejet : *« Mais attendu qu'ayant retenu à juste titre que M^{me} Y, mère des enfants, perdrait son autorité parentale sur eux en cas d'adoption par M^{me} X, alors qu'il y avait communauté de vie, puis relevé que la délégation de l'autorité parentale ne pouvait être demandée que si les circonstances l'exigeaient, ce qui n'était ni établi, ni allégué, et qu'en l'espèce, une telle délégation ou son partage étaient, à l'égard d'une adoption, antinomique et contradictoire, l'adoption d'un enfant mineur ayant pour but de conférer l'autorité parentale au seul adoptant, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision ».*

Dans la troisième affaire (prem. ch. civ., 19 décembre 2007, Bull. 2007, I, n° 392, pourvoi n° 06-21 369, *AJ famille*, janvier 2008, p. 75, note F. Chénéde), l'argument d'une discrimination fondée sur les articles 8 et 14 de la CEDH, entre les couples mariés et les couples non mariés était directement posé à la Cour.

Le moyen reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir rejeté la demande en adoption simple de B.V. présentée par M^{me} M-H. B., alors *« qu'il résulte des arrêts rendus par la Cour de cassation les 20 février 2007 et 13 mars 2007 qu'une des deux personnes de même sexe unies par un pacte civil de solidarité n'a d'autre choix, si elle entend adopter simplement l'enfant de son partenaire, que de détruire son foyer et son pacte cependant que son partenaire doit renoncer à élever son propre enfant, dès lors que l'article 365 du Code civil, tel qu'interprété par la Cour suprême, s'oppose à ladite adoption si la famille demeure unie en ce qu'il dépouille le parent naturel de l'autorité parentale au profit du seul parent adoptif sans qu'une délégation partielle de cette autorité au parent naturel soit possible, ce qui est jugé contraire à l'intérêt de l'enfant, et que, de la seule exception au transfert obligé de l'autorité parentale que le texte*

susmentionné admet, en faveur des conjoints, sont nécessairement exclues les personnes de même sexe, le mariage étant, selon la loi française, l'union d'une femme et d'un homme; qu'ainsi, l'article 365 du Code civil dicte une solution hors de proportion avec la préservation des intérêts de l'enfant et constitue autant une discrimination à l'encontre des personnes de même sexe vivant en union stable et continue dans les liens d'un pacte civil de solidarité qu'une atteinte à leur vie privée et familiale; qu'en appliquant néanmoins ce texte pour se prononcer comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les articles 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ».

Il ne fait aucun doute que l'article 365 du Code civil énonce une solution différente pour les couples mariés et non mariés. Ce n'est qu'en cas d'adoption de l'enfant du conjoint qu'il y a partage de l'autorité parentale sur l'enfant.

Il est remarquable que la solution énoncée par la Cour dans ses arrêts du 20 février 2007 ne fasse pas de distinction entre les couples non mariés hétérosexuels et homosexuels. Le refus de l'adoption vaudrait dans les deux cas. Le moyen considère qu'il y a une discrimination parce que les couples hétérosexuels peuvent se marier alors que le mariage est refusé, en droit français, aux couples homosexuels.

La Cour de cassation vient de l'énoncer dans l'arrêt du 13 mars 2007 évoqué précédemment. Il a paru à la première chambre civile que le moyen conduisait à revenir sur la discussion développée dans cet arrêt, sur la définition du mariage et la discrimination prétendue faite aux personnes de même sexe qui ne peuvent se marier.

Elle a donc repris dans cet arrêt du 19 décembre 2007 la même solution qu'en février 2007 : *« Mais attendu qu'ayant relevé, d'une part, que la mère de l'enfant perdrait son autorité parentale en cas d'adoption de son enfant alors qu'elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à son égard, d'autre part, que l'article 365 du Code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, et qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage, la cour d'appel, qui n'a contredit aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, a légalement justifié sa décision ».*

2.1.1.2.3. L'adoption d'un enfant recueilli dans son pays d'origine

La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale a eu pour objectif principal de fixer une règle de conflit de lois en matière d'adoption internationale.

L'article 370-3 du Code civil ajouté au code par cette loi dispose dans son 2^e alinéa : *« L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ».*

Avant la loi du 6 février 2001, la règle de conflit de lois, en matière d'adoption d'enfant étranger, avait été énoncée par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 novembre 1984 (prem. ch. civ., 7 novembre 1984, pourvoi n° 83-12897) : *« Les conditions comme les effets de l'adoption sont régis, lorsque l'adoption est demandée par une personne seule, par la loi*

nationale de celle-ci, la loi de l'enfant devant seulement déterminer les conditions du consentement ou de la représentation de l'adopté ».

La Cour s'était ensuite prononcée sur l'adoption de l'enfant étranger dont le statut personnel prohibe l'adoption, principalement dans un arrêt du 10 mai 1995 (prem. ch. civ., 10 mai 1995, pourvoi n° 93-17634). Il s'agissait en l'espèce d'époux français, convertis à l'Islam, qui, après avoir recueilli en *kafala* un enfant marocain, né de parents inconnus, avaient déposé une requête en adoption plénière devant les tribunaux français. La première chambre civile a cassé pour manque de base légale, au visa de l'article 3 du Code civil et des principes généraux qui régissent l'adoption en droit international, l'arrêt de la cour d'appel qui avait rejeté leur requête, et jugé que « *deux époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas ou prohibe cette institution, à la condition qu'indépendamment des dispositions de cette loi, le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption et en particulier dans le cas d'adoption en forme plénière, du caractère complet et irrévocable de la rupture des liens entre le mineur et sa famille par le sang* ».

La Cour fondait son analyse sur la recherche de l'étendue du consentement du représentant légal de l'enfant, quand bien même le statut de ce dernier serait prohibitif.

Après la loi du 6 février 2001, le ministère de la Justice a eu connaissance de décisions des juridictions du fond qui, en dépit de la règle de conflit de lois clairement exprimée dans le nouvel article 370-3, alinéa 2, du Code civil, avaient prononcé des décisions dont il n'avait pas été relevé appel, d'adoption simple sur des recueils en *kafala*.

Saisie de deux pourvois dans l'intérêt de la loi, la première chambre civile, dans deux arrêts du 10 octobre 2006 (prem. ch. civ., 10 octobre 2006, Bull. 2006, I, n° 431, pourvoi n° 06-15264; Bull. 2006, I, n° 432, pourvoi n° 06-15265), concernant un recueil en *kafala* marocain et un recueil en *kafala* algérien, a jugé, au visa de l'article 370-3, alinéa 2, du Code civil, que : « *Attendu que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France; Attendu que les époux A. titulaires d'un agrément délivré le 4 avril 2000 pour une durée de cinq ans, ont recueilli en kafala, par un jugement algérien du 30 décembre 2003, l'enfant Hichem, né le 28 juin 2002 en Algérie et abandonné par sa mère biologique; qu'ils ont saisi le juge français d'une requête en adoption plénière de l'enfant; Attendu que pour prononcer l'adoption simple, subsidiairement demandée en appel, l'arrêt attaqué, après avoir relevé que la loi personnelle de l'enfant, interdisait l'adoption, retient que la loi algérienne, sous le nom de kafala ou recueil légal, connaît une institution aux effets similaires à ceux d'une adoption simple; Qu'en statuant ainsi, alors que, selon ses propres constatations, la loi algérienne interdit l'adoption, que la kafala n'est pas une adoption et que, par ailleurs, l'enfant n'était pas né et ne résidait pas habituellement en France, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

Les juridictions de fond ne se sont pas toutes inclinées devant cette nouvelle jurisprudence. Un pourvoi a été formé contre un arrêt de la cour d'appel de Limoges du 1^{er} octobre 2007 qui avait prononcé l'adoption plénière d'un enfant recueilli en *kafala* en Algérie au motif que cet enfant abandonné à sa naissance avait vocation à vivre en France et qu'une

délégation d'autorité parentale ne correspondait pas à sa situation réelle et à son intérêt supérieur. L'arrêt d'appel mentionnait également l'article 8 de la CEDH.

La première chambre civile, dans un arrêt du 8 juillet 2008 (prem. ch. civ., 8 juillet 2008, pourvoi n° 07-20279), au rapport de Bénédicte Vassalo, a réitéré la solution de 2006 : « *Vu l'article 370-3, alinéa 2, du Code civil ; attendu que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ; attendu que l'enfant Bouchra A., née le 1^{er} septembre 2005 en Algérie, a été recueillie par M^{me} G. au terme d'un jugement algérien de kafala du 7 janvier 2006 ; que cette dernière a saisi, le 19 janvier 2007, le juge français d'une requête en adoption plénière de l'enfant ; attendu que pour prononcer l'adoption plénière, l'arrêt confirmatif attaqué retient que malgré la prohibition de l'adoption, les autorités algériennes confient des enfants à des étrangers sachant qu'une adoption sera prononcée ; qu'en l'espèce, l'enfant a fait l'objet d'un abandon définitif et irrévocable, qu'il n'a plus de filiation et a vocation à rester en France, qu'il est en conséquence de son intérêt d'avoir une filiation et d'être adopté ; qu'en statuant ainsi, alors qu'il ressort de ses propres constatations que la loi algérienne interdit l'adoption, que la kafala n'est pas une adoption et que, par ailleurs, l'enfant n'était pas né en France, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».*

2.1.1.2.4. L'établissement de la filiation maternelle

Il s'agit ici d'un contentieux relatif à la nationalité lorsqu'une personne veut se voir reconnaître la nationalité française par filiation, en application de l'article 18 du Code civil.

Avant l'ordonnance n° 2005-759 portant réforme de la filiation du 4 juillet 2005, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006, la filiation maternelle n'était pas établie selon les mêmes règles pour la filiation légitime et la filiation naturelle.

L'enfant né d'une femme mariée voit sa filiation maternelle établie par la seule mention du nom de sa mère dans l'acte de naissance. En revanche, la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance d'un enfant né d'une mère non mariée n'établit pas sa filiation maternelle en l'absence de reconnaissance ou de possession d'état.

La différence entre les modes d'établissement de la filiation maternelle naturelle et légitime en droit français contrevient-elle aux dispositions des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ?

Ces dispositions ont été critiquées dans la mesure où d'une part, beaucoup de mères ignorent cette obligation de reconnaître leur enfant pour établir le lien de filiation ou la comprennent mal, où d'autre part de nombreuses législations européennes déduisent le lien de filiation maternelle de la seule indication du nom de la mère dans l'acte de naissance et où enfin, la différence ainsi instituée entre filiation maternelle naturelle et légitime constituerait une discrimination contraire aux principes d'égalité et de respect de la vie familiale garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et par la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage du 15 octobre 1975.

Après avoir décidé dans un arrêt du 14 juin 2005 (prem. ch. civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 03-18825) que l'acte de naissance qui comporte seulement l'indication du nom de la mère, sans mention d'une reconnaissance et en l'absence de possession d'état, ne peut établir légalement une filiation maternelle, la première chambre civile a modifié sa jurisprudence au visa des articles 8 et 14 de la CEDH, dans un arrêt du 14 février 2006 au rapport de Martine Trapero (prem. ch. civ., 14 février 2006, pourvoi n° 05-13006). Elle a pris en considération le nouvel article 311-25 du Code civil ajouté par la réforme de 2005 qui dispose que « *la filiation est établie à l'égard de la mère, par désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* » : « *Vu les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; attendu que M^{me} B, agissant tant en son nom personnel qu'en sa qualité de représentante légale de ses enfants mineurs G et Y, et M^{lle} H, sa fille majeure, ont engagé une action déclaratoire de nationalité française fondée sur l'article 18 du Code civil en faisant valoir que leur père et grand-père, M. B, né en 1931 en Algérie, avait la nationalité française et l'avait conservée à la suite de l'indépendance de l'Algérie, sa propre mère, A, française d'origine israélite, étant soumise au statut civil de droit commun en vertu du décret du 24 octobre 1870; attendu que pour débouter les intéressés de leur demande et constater leur extranéité, l'arrêt attaqué retient que faute de reconnaissance de M. B par A et en l'absence de possession d'état ou de mariage démontré de ses parents, son acte de naissance ne pouvait suffire à établir sa filiation maternelle; qu'en statuant ainsi, alors que A était désignée en tant que mère dans l'acte de naissance de M. B, ce dont il résultait que la filiation maternelle de celui-ci était établie, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

La solution suivie dans l'arrêt du 14 février 2006, a été réitérée dans un arrêt du 25 avril 2006 (prem. ch. civ., 25 avril 2006, pourvoi n° 06-19341) puis dans un arrêt du 13 mars 2007 (prem. ch. civ., 13 mars 2007, pourvoi n° 06-16675), l'un et l'autre au rapport d'Anne Pascal. Dans le rapport sur le pourvoi n° 06-16675, Anne Pascal constate que la plupart des commentateurs¹⁰⁴ observent que la Cour de cassation, qui n'avait pas tiré jusqu'alors les conséquences de l'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979, ne l'a fait qu'alors que l'ordonnance du 4 juillet 2005, qui tirait ces conclusions, avait été publiée mais n'était pas encore en vigueur.

M. Kessler remarque que l'arrêt du 14 février 2006 ne se contente pas d'anticiper la règle posée par le nouvel article 311-25 du Code civil. Selon lui : « *Il étend considérablement son champ d'application puisqu'en application des dispositions transitoires de l'ordonnance, le nouvel article 311-25 ne devrait en principe être appliqué qu'aux enfants nés après le 1^{er} juillet 2006. Le principe d'application immédiate, prévu par l'article 20, 1 de la loi, interdit la remise en cause de situations déjà constituées. L'enfant ne saurait en effet être privé du statut qu'il avait précédemment acquis. Le problème ne se posait cependant pas exactement dans les mêmes termes dans la mesure où le statut recherché était préférable au statut acquis. Cette situation particulière avait été envisagée par M^{me} Granet-Lambrechts et M. Hauser. Selon eux, dans la mesure où l'article 311-25 met le droit français en conformité avec la Convention*

104. Voir G. Kessler, « la consécration par anticipation de l'établissement automatique de la filiation maternelle », in *D.* 2006, p. 1029; M.-C. Meyzeaud-Garaud, « La cour de cassation enfin favorable à l'établissement automatique du lien naturel de filiation maternelle par l'acte de naissance », in *Lamy droit civil*, juillet 2006.

européenne, les enfants dont la mère était désignée dans l'acte de naissance devraient pouvoir s'en prévaloir. La Cour de cassation vient ainsi de leur donner raison avant que la question n'ait l'occasion de se poser. L'adage *mater semper certa est* ainsi élevé par avance au rang de mode d'établissement automatique de la filiation ». Les termes de l'arrêt du 13 mars 2007 sont identiques à ceux du 14 février 2006.

2.1.2. Les distinctions en droit successoral

La loi du 3 décembre 2001, relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions du droit successoral, a abrogé les dispositions discriminatoires de droit successoral dont faisait l'objet « *l'enfant naturel dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage* » (l'enfant dit « adultérin ») pour consacrer la pleine et entière égalité successorale entre tous les enfants, légitimes, naturels simples ou adultérins et l'ordonnance du 4 juillet 2005, portant réforme de la filiation, a consacré le principe d'égalité des filiations (article 310 du Code civil), faisant disparaître les notions mêmes d'enfant légitime et d'enfant naturel.

Pour autant toute distinction n'a pas disparu puisque l'inégalité continue à frapper les enfants incestueux, qui ne peuvent établir leur filiation maternelle et paternelle. Fondée sur le tabou de l'inceste, la loi prohibe l'établissement d'une relation incestueuse, en cas d'inceste absolu (article 310-2 du Code civil) et l'enfant dont la filiation est établie à l'égard de l'un de ses parents, ne peut établir sa filiation à l'égard de l'autre, « par quelque moyen que ce soit ». Par un arrêt du 6 janvier 2004 (prem. ch. civ., 6 janvier 2004, Bull. 2004, I, n° 2, pourvoi n° 01-01 600), la Cour de cassation a interdit aux parents de recourir à l'adoption pour obtenir l'établissement de ce lien de filiation. En conséquence, cet enfant est privé de droits dans la succession de l'un de ses parents.

En outre, au regard de leur vocation successorale, toute inégalité entre les enfants n'a pas disparu de notre droit puisque certaines dispositions transitoires des lois nouvelles, en limitant la portée des réformes pour assurer une certaine sécurité juridique, conduisent, le cas échéant, à des différences de traitement.

2.1.2.1. Rappel historique du statut inégalitaire des enfants

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1972, une loi du 25 mars 1896 avait amélioré la situation de l'enfant naturel simple, en augmentant la quotité de ses droits successoraux. Pour l'essentiel, une réserve héréditaire lui était expressément reconnue, sa part *ab intestat* ayant été augmentée et, en présence de descendants légitimes, il devait recevoir la moitié et non plus le tiers de la portion qu'il aurait eue s'il avait été légitime. En présence d'ascendants ou de collatéraux privilégiés, il recevait les trois quarts, et non plus la moitié, de la portion qu'il aurait eue s'il eût été légitime. Cela dit, même pour l'enfant naturel simple, l'égalité n'était que partielle.

Si la loi du 3 janvier 1972, entrée en vigueur le 1^{er} août 1972, avait aboli les règles discriminatoires qui frappaient les enfants naturels simples, permis la reconnaissance du lien

de filiation adultérine et proclamé l'égalité des filiations (article 334, alinéa 1^{er} Code civil), y compris dans le droit des successions (article 757 ancien), il avait semblé nécessaire, à l'époque, de limiter cette égalité de traitement quant à la vocation successorale des enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage, en cas de concours avec le conjoint victime de l'adultère ou avec les enfants nés de l'union au cours de laquelle l'adultère avait été commis. Les restrictions successorales de l'enfant adultérin étaient qualitatives et quantitatives : une demi-part lorsqu'il venait à la succession de son auteur en concours avec le conjoint survivant ou les enfants issus du mariage auquel l'adultère avait porté atteinte ; en outre, l'enfant adultérin était frappé d'une incapacité de recevoir à titre gratuit au-delà de sa part *ab intestat*.

Par ailleurs, dans un souci de sécurité juridique, des dispositions transitoires limitaient la portée de la réforme en droit successoral. L'article 14 de la loi du 3 janvier 1972 avait exclu toute application immédiate des droits successoraux nouveaux de l'enfant né hors mariage, naturel simple ou adultérin, dans les successions ouvertes avant son entrée en vigueur (alinéa 1) et empêché cet enfant de remettre en cause des donations entre vif portant atteinte à sa réserve héréditaire (pour une application en cas de donation-partage : prem. ch. civ., 5 décembre 1978, Bull. 1978, I, n° 374, pourvoi n° 77-13 966) dès lors qu'elles avaient été consenties avant son entrée en vigueur (alinéa 2). Ainsi, même dans une succession ouverte depuis le 1^{er} août 1972, la loi nouvelle privait l'enfant naturel simple ou adultérin de la réduction de libéralités entre vifs que le donateur avait pu croire à l'abri d'une telle action.

En dépit des critiques de la doctrine appelant de ses vœux l'abrogation des dispositions discriminatoires à l'égard de l'enfant adultérin, la Cour de cassation avait fait prévaloir les textes de droit interne (prem. ch. civ., 25 juin 1996, Bull. 1996, I, n° 268, pourvoi n° 94-14 858).

2.1.2.2. Les inégalités abrogées

Tirant les conséquences de la condamnation de la France par la CEDH (CEDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek*, req. n° 34406/97), la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, a abrogé toutes les dispositions discriminatoires touchant les enfants « adultérins ».

En vertu des principes qui régissent l'application des lois dans le temps, une loi nouvelle n'est applicable qu'aux successions ouvertes avant son entrée en vigueur.

En conséquence, dans son ensemble, la loi du 3 décembre 2001, dont l'entrée en vigueur a été différée au 1^{er} juillet 2002, est applicable aux successions ouvertes à compter de cette date (article 25-I).

Toutefois, par dérogation à ce principe, l'article 25-II prévoit l'application immédiate des dispositions abrogeant les textes discriminatoires existant à l'encontre des enfants naturels « dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage » et de la nouvelle rédaction de l'article 1527 du Code civil afférent à l'action en retranchement. Sous réserve des accords amiables déjà intervenus et des décisions de justice irrévocables, ces dispositions nouvelles s'appliquent aux successions ouvertes à la date de publication de la loi au Journal officiel et n'ayant pas donné lieu à partage avant cette date.

Enfin, l'article 41 de la loi n° 2006-728 a modifié l'article 25-II, 2°, de la loi du 3 décembre 2001, supprimant les mots « *dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage* », pour ne laisser que les termes « *enfants naturels* ».

L'une des premières difficultés d'application de l'article 25-II, 2°, de la loi du 3 décembre 2001, concernait la date exacte de publication de la loi qu'il convenait de retenir, discutée par certains auteurs.

La Cour de cassation a expressément jugé, que, sous réserve d'accords amiables déjà intervenus, les nouveaux droits successoraux des enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage, sont applicables aux successions ouvertes au 4 décembre 2001 et n'ayant pas donné lieu à partage avant cette date (prem. ch. civ., 6 janvier 2004, Bull. 2004, I, n° 10, pourvoi n° 02-13 901 ; prem. ch. civ., 7 juin 2006, Bull. 2006, I, n° 297, pourvoi n° 04-19 176 ; prem. ch. civ., 14 novembre 2007, Bull. 2007, I, n° 360, pourvoi n° 06-13 806 ; prem. ch. civ., 15 mai 2008, Bull. 2008, I, n° 139, pourvoi n° 06-19 331).

Une autre difficulté, immédiatement soulignée par la doctrine et plusieurs parlementaires, a concerné l'étendue dans le temps de la rétroactivité induite par ce texte.

Pour un certain nombre d'auteurs, la rétroactivité avait pour limite les successions ouvertes au plus tard le 1^{er} août 1972, l'article 14 de la loi du 3 janvier 1972, qui n'avait pas été abrogé, empêchant les enfants non issus du mariage des époux de faire valoir leurs nouveaux droits dans les successions ouvertes avant le 1^{er} août 1972 et de remettre en cause des donations entre vifs, consenties avant cette date, portant atteinte à leur réserve héréditaire.

En revanche, une partie de la doctrine considérait que les dispositions relatives aux nouveaux droits conférés aux enfants adultérins étaient immédiatement applicables aux successions ouvertes le 4 décembre 2001, quelle que soit la date de leur ouverture, dès lors qu'elles n'avaient pas donné lieu à partage à cette date.

En suivant cette dernière interprétation, il ne peut qu'être constaté que les dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001 induisent une discrimination à l'égard des « enfants naturels simples » qui, à la différence des enfants dits « adultérins », restent soumis aux dispositions de l'article 14 de la loi du 3 janvier 1972, dès lors que, bénéficiant d'une pleine vocation successorale depuis l'entrée en vigueur de cette loi, les dispositions de la loi du 3 décembre 2001 ne les concernent pas.

La question était loin d'être théorique, de nombreuses successions ne faisant l'objet d'aucun partage en Corse ou en Polynésie française.

Plusieurs parlementaires avaient manifesté leur inquiétude quant à la portée de la rétroactivité et certains s'étaient émus d'une éventuelle nouvelle discrimination créée par la loi du 3 décembre 2001. En supprimant, dans l'article 25-II de cette loi, toute référence au caractère adultérin de la filiation (enfant naturel « *dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage* »), pour ne laisser subsister que les termes « *enfants naturels* », la loi du 23 juin 2006 a voulu faire cesser l'injustice frappant les enfants

« naturels simples » pouvant se voir opposer les limites apportées par l'article 14 de la loi du 3 janvier 1972.

Par un arrêt du 15 mai 2008 (prem. ch. civ., 15 mai 2008, Bull. 2008, I, n° 139, pourvoi n° 06-19331), la Cour de cassation a tranché la question et jugé que les dispositions de la loi du 3 décembre 2001 relatives aux nouveaux droits des enfants adultérins étaient applicables à une succession ouverte avant le 1^{er} août 1972 dès lors qu'elle n'avait pas fait l'objet d'un partage avant le 4 décembre 2001. Dans cette affaire concernant la Polynésie, la succession s'était ouverte en 1962.

La Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de trancher la question de savoir, encore discutée par certains auteurs en dépit de la modification de l'article 25, II, opérée en 2006, si un enfant naturel simple peut être appelé, avec une pleine capacité successorale, à participer à une succession ouverte avant le 1^{er} août 1972, mais non partagée avant le 4 décembre 2001.

2.1.2.3. Les inégalités subsistantes

La loi du 3 décembre 2001, qui a abrogé les dispositions discriminatoires du droit successoral dont l'enfant adultérin faisait l'objet, a prévu une application immédiate de l'égalité successorale, sous réserve des accords amiables déjà intervenus et des décisions judiciaires irrévocables, dans les successions ouvertes au 4 décembre 2001 et n'ayant pas donné lieu à partage avant cette date.

En réalité, plus que d'application immédiate, les dispositions relatives aux nouveaux droits des enfants naturels « *dont le père ou la mère était engagé, au temps de la conception, dans les liens du mariage* », et à l'exercice de l'action en retranchement, sont rétroactives puisqu'elles s'appliquent à des successions ouvertes avant son entrée en vigueur. Cette rétroactivité est destinée à éviter le risque d'une condamnation de l'État français par la Cour européenne des droits de l'homme pour discrimination.

Toutefois, cette rétroactivité n'est que relative. Dans un souci de sécurité juridique, le législateur, qui a manifestement voulu éviter la remise en cause de tous les partages ayant attribué aux enfants adultérins une part successorale inférieure à celle des enfants légitimes, a tempéré cette rétroactivité par la condition que la succession ouverte au 4 décembre 2001 n'ait pas donné lieu à partage avant cette date.

Par un arrêt du 29 janvier 2002 (prem. ch. civ., 29 janvier 2002, Bull. 2002, I, n° 32, pourvois n° 99-21 134 et n° 99-21 135), la Cour de cassation a pris appui sur la Convention européenne des droits de l'homme pour opérer un revirement de jurisprudence, dont l'effet rétroactif est absolu, et reconnaître à l'enfant naturel le droit d'exercer l'action en retranchement, ce qui lui était traditionnellement interdit (prem. ch. civ., 8 juin 1982, Bull. 1982, I, n° 214, pourvoi n° 81-13877, *Rép. Not. Defrénois* 1982, page 1375; *D.*, 1983, 19; *JCP*, 1983, II, 20018), mais que lui reconnaît la nouvelle rédaction de l'article 1527, alinéa 2, du Code civil, immédiatement applicable.

Toutefois, c'est en relevant le moyen d'office, alors que le principe conventionnel retenu par l'arrêt précité était invoqué par le moyen du pourvoi, que, par un arrêt du 6 janvier 2004 (prem. ch. civ., 6 janvier 2004, Bull. 2004, I, n° 10, pourvoi n° 02-13 901), la Cour de cassation a fait application des dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001, censurant l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour annuler les donations consenties à un enfant adultérin, avait fait application des textes anciens du Code civil interdisant à l'enfant adultérin de recevoir au-delà de sa part successorale *ab intestat* telle qu'alors fixée par l'article 760 du Code civil, alors que la succession n'avait pas été partagée.

Dans un arrêt du 7 juin 2006 (prem. ch. civ., 7 juin 2006, Bull. 2006, I, n° 297, pourvoi n° 04-19 176), c'est par une substitution de motifs de pur droit, en faisant application des dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001 et en relevant qu'un partage était intervenu avant le 4 décembre 2001 (en l'espèce, le 13 mars 1996), que la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par un enfant adultérin qui, ayant reçu une part égale à la moitié de celle qu'il aurait eue s'il avait été légitime, conformément aux dispositions de l'article 760 du Code civil alors en vigueur, avait été débouté de l'action en nullité du partage pour vice du consentement, fondée sur l'erreur commise sur l'existence et la quotité de ses droits et qui invoquait à l'appui de son pourvoi, la violation des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

Par un arrêt du 14 novembre 2007 (prem. ch. civ., 14 novembre 2007, Bull. 2007, I, n° 360, pourvoi n° 06-13 806), la Cour de cassation a été conduite à préciser la notion « succession partagée » dans le cas d'une donation-partage.

Selon la jurisprudence, la donation-partage est un partage anticipé, qui opère allotissement entre les copartagés, et qui devient un partage successoral par le décès du donateur (prem. ch. civ., 5 octobre 1994, Bull. 1994, I, n° 271, pourvoi n° 92-16 422).

Dans cette affaire, les parents avaient consenti, en 1970, une donation-partage de tous leurs biens aux deux enfants issus du mariage ; un enfant, né pendant le mariage, et reconnu comme étant le fils naturel de la donatrice par un jugement de 1983, avait engagé, après le décès de celle-ci en 1994, une action en réduction de la donation-partage en 1998, époque à laquelle il ne pouvait remettre en cause les libéralités entre vifs consenties par son auteur avant le 1^{er} août 1972 (par application de l'article 14 de la loi du 3 janvier 1972).

Tous les biens des donateurs ayant été attribués aux deux enfants issus de leur union par l'effet de la donation-partage de 1970, le partage successoral s'étant réalisé à la date du décès de sa mère en 1994, la Cour de cassation a décidé que les dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001 n'étaient pas applicables.

Certaines inégalités successorales résultent du mode d'établissement de la filiation.

La filiation remonte rétroactivement à la naissance de l'enfant, quel que soit le mode de son établissement, qu'elle soit établie volontairement ou judiciairement (pour la reconnaissance : prem. ch. civ., 12 décembre 2000, Bull. 2000, I, n° 318, pourvoi n° 98-19 147 ; et déjà : prem. ch. civ., 29 juin 1977, Bull. 1977, I, n° 305, pourvoi n° 74-15 080).

Toutefois, il s'avère que lorsqu'il réforme le droit de la filiation et assouplit les règles de son établissement, le législateur, dans un souci de sécurité juridique, limite, au regard du droit successoral, la portée de la filiation établie selon les règles nouvelles.

Conformément au principe de droit transitoire, selon lequel les lois ayant pour objet de modifier un statut légal sont immédiatement applicables, l'article 20 de l'ordonnance du 4 juillet 2005 prévoit qu'elle est applicable aux enfants nés avant comme après son entrée en vigueur, soit le 1^{er} juillet 2006. Ainsi, la filiation d'un enfant né hors mariage sera établie par l'acte de naissance mentionnant le nom de la mère, qu'il soit né avant ou après cette date.

Ce principe connaît, cependant, un certain nombre d'aménagements, notamment en matière successorale.

Lorsqu'une procédure a été engagée antérieurement à son entrée en vigueur, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne, en appel et en cassation (article 20-III).

Dans le même souci de sécurité juridique, le législateur n'ayant pas voulu compromettre la stabilité de règlements successoraux achevés, l'article 20-II, 1^o, dispose que les enfants nés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance ne peuvent s'en prévaloir dans les successions déjà liquidées.

Il doit être souligné que la même disposition, rédigée dans les mêmes termes, était contenue dans l'article 2 de la loi du 25 juin 1982, dont la Cour de cassation a fait application à de multiples reprises et qui est encore susceptible d'être appliquée. Rappelons que l'article 1^{er} de cette loi, modifiant l'article 334-8 du Code civil, autorisait l'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état et que son article 2 précisait que ces dispositions « sont applicables aux enfants naturels nés avant son entrée en vigueur », lesquels « ne pourront néanmoins demander à s'en prévaloir dans les successions déjà liquidées »¹⁰⁵.

Si le terme « liquidée » recèle une certaine ambiguïté puisqu'il peut avoir deux sens (opération préalable au partage ou bien partage lui-même) et que le législateur de 2001 lui a préféré le terme « partagé », il doit être souligné que, de jurisprudence constante, la Cour de cassation considère qu'une « succession liquidée » équivaut à une « succession partagée ».

S'il existe une pluralité d'héritiers, l'expression « succession liquidée » s'entend d'une succession ayant donné lieu à partage définitif entre les parties (prem. ch. civ., 20 juillet 1976, Bull. 1976, I, n° 277, pourvoi n° 74-12215; prem. ch. civ., 3 novembre 1988, Bull. 1988, I, n° 66, pourvoi n° 86-18744; prem. ch. civ., 10 février 1993, Bull. 1993, I, n° 68, pourvoi n° 01-14248).

S'il n'existe qu'un seul héritier, cette expression s'entend d'une succession ayant donné lieu à une prise de possession de la totalité des biens successoraux par cet héritier (prem. ch. civ.,

105. Comme on l'a vu, l'article 14 de la loi du 3 janvier 1972, portant réforme du droit de la filiation, avait décidé que les droits successoraux institués par la loi nouvelle ou résultant des règles nouvelles concernant l'établissement de la filiation (droits successoraux accrus des enfants naturels, possibilité d'établir la filiation des enfants adultérins et leur conférant des droits successoraux) ne pourraient être exercés que dans les successions ouvertes après son entrée en vigueur, le 1^{er} août 1972.

6 juin 1990, Bull. 1990, I, n° 147, pourvoi n° 88-18442; prem. ch. civ., 25 février 2003, Bull. 2003, I, n° 59, pourvoi n° 01-03 158).

La Cour de cassation a également jugé que du fait de réclamations formulées auprès du notaire à l'encontre d'un partage amiable, une succession était litigieuse et ne pouvait donc pas être considérée comme étant liquidée (prem. ch. civ., 7 février 1989, Bull. 1989, I, n° 66, pourvoi n° 86-19537).

La Cour de cassation a jugé que les enfants nés avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 1982 pouvaient s'en prévaloir quelle que soit la date de l'ouverture des successions, avant ou après le 1^{er} août 1972 (permettant ainsi la mise à l'écart de l'article 14 de la loi du 3 janvier 1972) dès lors que ces successions n'étaient pas encore liquidées (prem. ch. civ., 27 janvier 1987, Bull. 1987, I, n° 35, pourvoi n° 85-13686).

Toutefois, la Cour de cassation a interdit aux enfants ayant une filiation naturelle établie par la possession d'état de s'en prévaloir pour remettre en cause des successions déjà liquidées à la date d'entrée en vigueur de cette loi (prem. ch. civ., 12 mai 1987, Bull. 1987, I, n° 147, pourvoi n° 85-16030; prem. ch. civ., 3 novembre 1988, Bull. 1988, I, n° 301, pourvoi n° 86-18744; prem. ch. civ., 25 février 2003, Bull. 2003, I, n° 59, pourvoi n° 01-03 158).

Par un arrêt du 25 mai 2004 (prem. ch. civ., 25 mai 2004, Bull. 2004, I, n° 144, pourvoi n° 02-12799), la Cour de cassation a jugé que l'article 2 de la loi du 25 juin 1982 n'était pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans cette affaire, où deux enfants adultérins avaient obtenu l'établissement de leur filiation en 1996, plus de quarante ans après le partage de la succession de leur auteur en 1955, le moyen du pourvoi soutenait que ce texte, interdisant aux enfants naturels de se prévaloir d'un lien de filiation établi par la possession d'état dans les successions déjà liquidées, introduisait une discrimination injustifiée au détriment des enfants naturels n'ayant pas fait l'objet d'une reconnaissance volontaire en ce qu'il les privait du droit d'accepter la succession de leur auteur dans le délai de prescription prévu par l'article 789 du Code civil et qu'il violait ainsi les articles 1^{er} du protocole n° 1 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Pour la Cour de cassation, la distinction opérée par l'article 2 de cette loi entre les enfants naturels selon le mode d'établissement de leur filiation présente une justification objective et raisonnable en ce que, d'une part, elle poursuit un but légitime d'assurer la paix des familles en préservant les droits acquis, d'autre part, elle respecte un rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, dès lors que les enfants naturels dont la loi précitée a permis l'établissement de la filiation ne se voient privés de leurs droits que dans les successions déjà liquidées.

En outre, pour revendiquer des droits dans une succession, celle-ci doit être ouverte. Par un arrêt du 23 janvier 2008 (prem. ch. civ., 23 janvier 2008, Bull. 2008, I, n° 28, pourvoi n° 05-20727), la Cour de cassation a jugé que les dispositions de la loi du 25 juin 1982 ne sont pas applicables aux successions ouvertes après son entrée en vigueur dès lors que celles-ci ont été liquidées avant l'introduction de la demande en constatation d'état

d'enfant naturel (et déjà, implicitement : prem. ch. civ., 10 février 1993, Bull. 1993, I, n° 68, pourvoi n° 91-14248).

Des distinctions juridiquement justifiées subsistent donc en droit (extrapatrimonial comme patrimonial) de la famille. Elles ne masquent cependant pas une évolution manifeste de la législation qui envisage désormais comme des discriminations prohibées certaines distinctions jadis admises. La Cour de cassation accompagne cette évolution en restant fidèle au législateur. D'autres distinctions importantes peuvent être relevées en ce qui concerne le droit de propriété.

2.2. LES DISTINCTIONS ENTRE PROPRIÉTAIRES

L'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* » ; tandis que l'article 2 de la Déclaration cite la propriété au nombre des droits naturels et imprescriptibles de l'homme.

L'ancrage constitutionnel du droit de propriété est ainsi bien assuré. Aux termes de la décision du Conseil constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 (loi sur les nationalisations), « *les principes mêmes énoncés par la Déclaration des Droits de l'Homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique* ». Le langage de la cour de cassation n'est pas différent. Ainsi, par exemple, a-t-il été jugé que le libre accès à sa propriété « *constitue un accessoire du droit de propriété, droit fondamental à valeur constitutionnelle* » (prem. ch. civ., 28 novembre 2006, Bull. 2006, III, n° 529, pourvoi n° 04-19134). Ainsi encore, excède ses pouvoirs et méconnaît les caractères du droit de propriété, le juge qui impose au propriétaire d'une parcelle de consentir un bail rural à son ancien conjoint (prem. ch. civ., 4 janvier 1995, Bull. 1995, III, n° 4, pourvoi n° 92-20013). Compte tenu de ses caractères, le droit de propriété est au nombre des libertés qui peuvent être protégées par le juge administratif selon la voie du référé-liberté institué par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (CE, 31 mai 2001, *commune de Hyères-les-Palmiers*).

Cette position éminente dans la hiérarchie des normes n'est pas celle que reconnaissent au droit de propriété d'autres systèmes de droit, pour qui la propriété **oblige** (en Allemagne, Espagne, Italie). Mais ces différences s'estompent par l'effet des instruments d'harmonisation. Le droit de propriété est, en effet, garanti par :

– l'article 1^{er} du Premier protocole de la Convention européenne des droits de l'homme, selon lequel « *chacun a le droit au respect de ses biens* » (CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c./ Belgique*, req. n° 6833/74). L'État doit prendre les mesures appropriées pour protéger l'exercice du droit de propriété. Le refus pendant seize années des autorités publiques d'apporter leur concours à l'exécution d'une décision d'expulsion d'un occupant sans titre caractérise une violation de l'article 1^{er} du Premier protocole (CEDH, 31 mars 2005, *Matheus c./France*,

req. n° 62740/00). En revanche, une expulsion, bien que prononcée selon une législation nécessaire et proportionnée dans une société démocratique, peut être exécutée, en l'absence d'une proposition de relogement, de manière incompatible avec le droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile (CEDH, 9 octobre 2007, *Stankova c./Slovaquie*, req. n° 7205/02);

– et par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, qui y voit un « *droit fondamental de l'Union européenne* ».

L'article 544 du Code civil ne définit pas le droit de propriété, mais décrit la situation idéale du propriétaire disposant de la totalité des prérogatives sur un bien, « *le droit de jouir et de disposer de la manière la plus absolue* », et pose comme seules limites les prohibitions édictées par la loi et les règlements. La doctrine l'énonce comme étant « *ce qu'il reste quand rien n'a été retranché dans le rapport direct qui unit la personne et la chose, quand rien n'a été oublié dans l'énumération des pouvoirs concevables* » ou encore comme « *le droit d'exercer une maîtrise totale sur un bien* »¹⁰⁶.

Cependant, si la propriété est l'exercice d'un droit fondamental, exclusif et absolu, et, comme on a pu le dire, une condition de l'indépendance et de la liberté de l'homme, il n'est pas une *liberté individuelle*, ne bénéficie pas du même régime de protection que d'autres droits fondamentaux et ne s'exerce que dans le cadre des limites que posent l'intérêt général et, parfois aussi, l'intérêt particulier d'un autre propriétaire. Bien que demeurant un principe de 1789, il ne peut être entendu que réévalué et actualisé. S'il a conquis de nouveaux champs tels la propriété *intellectuelle* (CEDH, 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc c./Portugal*, req. n° 73049/01), la propriété publique, les valeurs patrimoniales, y compris certaines créances (CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c./France*, req. n° 1513/03; deux. ch. civ., 3 mai 2007, Bull. 2007, II, n° 121, pourvoi n° 05-19439; prem. ch. civ., 21 décembre 2006, Bull. 2006, I, n° 365, pourvoi n° 04-16726; prem. ch. civ., 24 janvier 2006, Bull. 2006, I, n° 29, pourvois n° 01-16684 et n° 01-17042) en les renforçant, il s'est en même temps fragilisé.

Plus aujourd'hui qu'hier, le droit de propriété peut venir en collision avec d'autres principes, également bien placés dans notre hiérarchie des normes, tels que celui de nationalisation des biens des entreprises constituant un service public national ou un monopole de fait (article 9 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946), ou le droit à un logement décent qui, s'il n'est pas (encore) un principe constitutionnel, encore que posé, entre autres instruments, à l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et à l'article 31 de la charte sociale européenne révisée, est un **droit fondamental** (article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs), est reconnu par le Conseil constitutionnel comme un « *objectif de valeur constitutionnelle* » (Cons. const., 19 janvier 1995, n° 94-359 DC, loi relative à la diversité de l'habitat; 29 juillet 1995, décision n° 98-403 DC, loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions) et est maintenant **opposable** (loi du 5 mars 2007).

La Cour européenne des droits de l'homme valide d'ailleurs les atteintes au droit de propriété, dès lors qu'elles sont justifiées par la protection de l'intérêt général. Elle a ainsi

106. M. Fabre-Magnan, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, p. 583.

considéré que l'atteinte au droit de propriété d'un éditeur était légitime dès lors qu'il s'agissait de protéger l'intérêt général et plus précisément la morale publique (CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c./Royaume-Uni*, requête n° 5493/72). Elle a confirmé sa position récemment par l'arrêt *Hamer c./Belgique*, du 27 novembre 2007, à l'occasion duquel elle a expressément élevé au rang de principe que le droit de propriété ne devait pas primer face à des considérations environnementales, et par l'arrêt *Gauchin c./France* du 19 juin 2008 qui approuve certaines limitations que le droit rural apporte aux prérogatives du propriétaire en ce qu'elles sont justifiées par un but d'intérêt général. Le législateur peut donc, dans l'intérêt général, réglementer l'usage des biens. Il a été ainsi admis que n'était pas contraire à la Convention la règle posée par l'ancien article L. 89-1 du Code du domaine de l'État et relative à la zone des cinquante pas géométriques en Guadeloupe et en Martinique, l'obligation de justifier de l'usage d'une parcelle pour faire valider son titre, disposition pourtant contraire à la règle classique selon laquelle le droit de propriété est imprescriptible et ne s'éteint pas par le non-usage (trois. ch. civ., 16 novembre 2005, Bull. 2005, III, n° 221, pourvoi n° 04-13926).

Le principe de l'intervention du juge judiciaire pour la protection de la propriété du moins immobilière s'est vu conférer une valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel veille à ce que les dispositions qui lui sont déferées ne méconnaissent pas « *l'importance des attributions conférées à l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » (Cons. const., 25 juillet 1989, n° 89-256 DC, loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme). De nombreuses décisions du tribunal des conflits et de la Cour de cassation rappellent le principe selon lequel la protection de la propriété privée rentre *essentiellement* dans les attributions de l'autorité judiciaire.

Ainsi, alors que les titulaires du droit de propriété exercent un droit fondamental, la prise en considération d'autres intérêts va conduire à opérer entre eux des distinctions, qui conduisant à limiter l'exercice du droit (2.2.1.) ou à l'anéantir en le transmutant en un droit à indemnisation (2.2.2.). Ces distinctions, permanentes ou circonstanciées, sont positives et justifiées. Elles sont, en même temps, contrôlées par le juge.

2.2.1. Les limitations à l'exercice du droit de propriété

Le caractère absolu de l'exercice du droit de propriété est doublement compromis, d'une part, par les lois et les règlements, conformément à l'article 544 du Code civil selon lequel « *la propriété est le droit de jouir et de disposer de sa chose de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* » ; d'autre part, par le contexte social duquel il ressort qu'« *un propriétaire, un bien ne sont jamais isolés ; toute propriété se heurte à d'autres propriétés, à d'autres libertés qui la limitent inévitablement* » (C. Atias).

S'agissant des limitations au nom de l'intérêt général, celles-ci ont évidemment considérablement augmenté à l'époque contemporaine. L'exercice par les pouvoirs publics de leur mission de régulation économique et sociale a conduit à des restrictions accrues au pouvoir des propriétaires d'user, jouir et disposer librement de leur bien. Ainsi, est-on passé

de la limitation résiduelle de l'article 544 (« *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ») à un véritable encadrement des pouvoirs du propriétaire quant à l'usage de ses biens : « *Non seulement, il ne doit pas en faire un usage prohibé par la loi, mais encore doit-il en faire un usage préconisé par les lois et les règlements [...]* » (M.-L. Mathieu-Izorche).

Le juge constitutionnel vérifie que la limitation apportée au droit de propriété répond à un motif d'intérêt général clairement identifié. Il a ainsi pu censurer des dispositions législatives permettant à l'administration d'édicter des interdictions de chasse sans que le motif d'intérêt général puisse être déterminé (Cons. const., 20 juillet 2000, n° 00-434 DC, loi sur la chasse). Le Conseil constitutionnel s'assure encore que les mesures édictées n'entraînent pas une **dénaturation** du droit de propriété, une surréglementation disproportionnée au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi pouvant conduire à vider le droit de son contenu.

2.2.1.1. Les limites d'intérêt général restreignant le droit d'usage

L'usage du propriétaire de la chose est limité par un ordre public tantôt d'organisation et de planification, tantôt de direction. Cet ordre public restreint tout à la fois le droit d'usage et le droit de non-usage de son bien par le propriétaire.

2.2.1.1.1. Les limitations légales et réglementaires au droit d'usage ou de non-usage d'un bien foncier

Les prescriptions d'urbanisme jouent évidemment un rôle central. Tout propriétaire d'immeuble est tributaire des contraintes d'urbanisme auxquelles son bien est soumis. Il ne peut en user que dans le respect de la destination du fonds. Le contrôle de la conformité de ses projets et réalisations aux règles générales, dictées par des considérations de sécurité, d'hygiène, de construction, d'esthétique, et aux prescriptions d'urbanisme, est assuré *a priori* par le permis de construire et *a posteriori* par les certificats de conformité.

De plus, certains espaces ou immeubles sont soumis à un régime particulièrement contraignant en raison de leur nature ou de leur environnement. Ainsi, toute restauration ou modification d'immeubles classés monuments historiques ou de meubles présentant un intérêt historique ou artistique est soumise à un régime d'autorisation préalable et les travaux sont réalisés sous le contrôle des services de l'État (articles L. 621-9 et L. 622-7 du Code du patrimoine); quant aux « monuments naturels » et « sites dont la conservation ou la préservation présente, au point de vue artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, un intérêt général », les travaux ne sont pas admis dès lors qu'ils modifieraient leur caractère ou l'aspect des lieux (article L. 341-14 du Code de l'environnement).

Les servitudes d'utilité publique sont une source importante de différenciations entre propriétaires. Par définition, une servitude est une restriction au droit de propriété individuelle, s'agissant, selon la définition de l'article 637 du Code civil, « *d'une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire* ». Elle peut être naturelle, conventionnelle, judiciaire, mais encore légale. Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale ou l'utilité des particuliers (article 649 du

Code civil). Les servitudes établies pour l'utilité publique (article 650 du Code civil) sont de diverses sortes et concernent les infrastructures de transport, la distribution de l'énergie, le domaine public maritime (la fameuse servitude de passage grevant les propriétés riveraines du domaine maritime prévue à l'article L. 160-6 du Code de l'urbanisme), l'urbanisme, l'environnement, l'exécution des travaux publics, etc. Le régime des servitudes instituées pour l'utilité publique est autonome, déterminé par des lois ou règlements particuliers, et les règles régissant les servitudes instituées pour les particuliers ne peuvent trouver application. Ainsi, une société publique en charge du service public de distribution de l'énergie, occupant sans titre un fonds, ne peut invoquer l'acquisition de la servitude par prescription (trois. ch. civ., 7 mars 2007, Bull. 2007, III, n° 35, pourvoi n° 05-18057). À l'inverse, la servitude d'utilité publique ne s'éteint pas par un non-usage trentenaire.

Selon la situation géographique de leur fonds et son environnement, certains propriétaires se voient donc imposer, au nom de l'intérêt général et de plein droit des charges auxquelles ils ne peuvent objecter. Les règles régissant la matière étant d'ordre public, aucune dérogation ne saurait se concevoir, encore que l'assiette de la servitude puisse être parfois négociée.

Sous réserve des servitudes d'occupation temporaires en vue de travaux publics qui peuvent être particulièrement lourdes et sont indemnisables, la servitude d'utilité publique n'ouvre pas, en principe, droit à réparation au bénéfice du propriétaire qui la supporte, à moins que le texte qui institue la servitude ne le prévoit. S'agissant des servitudes d'urbanisme, l'article L. 160-5 du Code de l'urbanisme pose le principe de non-indemnisation, sauf lorsqu'il est porté atteinte à une situation existante ou à des droits acquis, ou dans le cas exceptionnel défini par la jurisprudence du Conseil d'État (CE, 3 juillet 1998, *Bitouzet*, n° 158592, publié au *Recueil Lebon*, p. 238) où l'institution de la servitude entraîne pour un propriétaire un préjudice exorbitant et hors de proportion avec les justifications d'intérêt général sur lesquelles repose le document d'urbanisme. Par ailleurs, en se fondant sur le principe d'égalité devant les charges publiques, consacré à l'article 13 de la Déclaration de 1789 et à l'alinéa 12 du Préambule de 1946, le Conseil constitutionnel a pu retenir que l'institution d'une servitude sur la Tour Eiffel ne constituait certes pas une privation du droit de propriété, mais ne saurait exclure du droit à réparation un élément quelconque du préjudice indemnisable (Cons. const., 13 décembre 1985, n° 85-198 DC, loi portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle). En toute hypothèse, le propriétaire demeure en mesure d'opérer sur son bien les modifications conformes à son utilisation normale. Il ne peut ainsi être condamné à payer le coût de déplacement des poteaux électriques rendu nécessaire après le creusement d'étangs sur la parcelle grevée de la servitude (troisième ch. civ., 19 juin 2002, Bull. 2002, III, n° 147, pourvoi n° 00-11904).

Le propriétaire qui entendrait se soustraire à ces charges publiques engagerait sa responsabilité, pénalement le cas échéant, mais aussi à l'égard d'autres propriétaires privés qui, s'ils justifient d'un préjudice personnel causé par la violation, sont admis à en poursuivre la réparation devant le juge judiciaire soit comme parties civiles au procès pénal, depuis un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 17 janvier 1984 (Crim., 17 janvier 1984, Bull. crim. 1984, n° 24, pourvoi n° 81-92858), soit sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (trois. ch. civ., 30 septembre 1998, Bull. 1998, III, n° 185, pourvoi n° 96-19771).

Un propriétaire ne saurait se complaire sans risques à laisser son immeuble tomber en ruine. L'arrêté de péril que prendra le maire de la commune le contraindra à démolir ou réparer dans un délai déterminé faute de quoi la commune se substituera à lui et interviendra à ses frais (articles L. 511-1 et s. du Code de la construction et de l'habitation, le dispositif ayant été sensiblement simplifié par l'ordonnance du 15 décembre 2005). Et l'article 1386 du Code civil pose un régime de responsabilité propre au propriétaire négligent en édictant qu'il répond du dommage causé par la ruine de son immeuble si celle-ci est intervenue par suite d'un défaut d'entretien ou d'un vice de construction. Des dispositifs sont maintenant en place pour contraindre un propriétaire à prendre les mesures nécessaires lorsque la santé des occupants de son immeuble est menacée, notamment par la plombémie. De même, depuis la loi SRU du 13 décembre 2000, le bailleur a l'obligation de délivrer à son locataire un logement décent, au sens du décret du 30 janvier 2002.

La réquisition, aussi, retire au propriétaire l'usage de son bien. C'est l'acte de puissance publique par lequel une autorité administrative ou militaire impose à une personne physique ou une personne morale de droit privé ou de droit public, l'accomplissement de certaines prestations ou le transfert de l'usage d'un bien en vue d'un but d'intérêt général, dans des conditions strictement déterminées par les lois et les règlements. Cependant, les immeubles, ainsi que les entreprises et exploitations qui sont assimilées aux immeubles ne peuvent faire l'objet que d'une réquisition d'usage. La réquisition ouvre droit à une indemnité et la réquisition sans titre d'un logement, contre la volonté du propriétaire, caractérise une voie de fait (prem. ch. civ., 28 juin 1989, Bull. 1989, I, n° 267, pourvoi n° 87-15999).

L'exercice du droit de propriété cède devant un intérêt qui, par détermination de la loi, lui est supérieur. Mais confronté à un intérêt dont la prééminence est mal établie, il retrouve toute sa vigueur. Le domaine de la chasse est à cet égard illustratif. Une loi du 10 juillet 1964, dite « loi Verdeille », obligeait les propriétaires de petites parcelles à en faire apport aux associations communales et intercommunales agréées de chasse, ce qui donnait d'ailleurs à ces propriétaires la qualité de membres de ces associations, quand bien même ils objectaient moralement à l'exercice de la chasse. Ce dispositif, pourtant validé par la Cour de cassation (trois ch. civ., 16 mars 1994, Bull. 1994, III, n° 55, pourvoi n° 91-16513), a été condamné par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c./France*, req. n° 25088/94, n° 28331/95 et n° 28443/95) et modifié par la loi du 26 juillet 2000 (article L. 422-10 du Code de l'environnement), de sorte que, depuis, un propriétaire peut refuser de soumettre sa terre à l'action d'une association de chasse, soit au seul titre de propriétaire pour les parcelles supérieures à une certaine surface, soit en invoquant ses convictions morales. Ce nouveau dispositif a été jugé par le Conseil d'État conforme à la Convention (CE, 16 juin 2008, *Association communale de chasse agréée de Louin*, n° 300696).

2.2.1.1.2. Les troubles anormaux de voisinage

Une limite au caractère absolu du droit de propriété, lorsqu'il vient compromettre l'exercice d'un droit de propriété concurrent, a été posée par la doctrine jurisprudentielle des troubles anormaux de voisinage, encore qu'elle vise les personnes en situation de voisinage, quel que soit le titre de leur occupation, qui ne sont pas nécessairement propriétaires.

La situation de voisinage comporte généralement des inconvénients. Certains comportements peuvent excéder ces inconvénients normaux. Cette doctrine complète celle, plus ancienne, de l'abus du droit de propriété fondée par l'arrêt *Clément-Bayard* rendu par la chambre des requêtes le 31 août 1915. L'usage abusif du droit de propriété suppose une faute commise dans l'intention de nuire au propriétaire voisin, faute qui oblige à réparer le dommage. Ainsi, commet un abus de droit le propriétaire qui s'oppose sans raison valable à la démolition de constructions vétustes et empêche ainsi un propriétaire voisin de procéder sur son fonds à des travaux autorisés (trois ch. civ., 20 mars 1978, Bull. 1978, III, n° 128, pourvoi n° 76-12598).

La doctrine des troubles de voisinage n'implique pas une faute mais un trouble apporté au voisin dans la jouissance de son immeuble. Le trouble peut être sonore, visuel, olfactif, ou même, selon une jurisprudence plus récente, esthétique (trois ch. civ., 9 mai 2001, pourvoi n° 99-16260; deux ch. civ., 24 février 2005, Bull. 2005, II, n° 50, pourvoi n° 04-10362). La création d'un risque (par exemple, d'incendie) peut caractériser le trouble. Celui-ci peut encore être caractérisé par une gêne apportée à l'usage du fonds ou à son accès.

La responsabilité de l'auteur est engagée non pas sur le fondement de l'article 1382 du Code civil mais sur celui d'un *principe général* selon lequel « nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage » (deux ch. civ., 19 novembre 1986, Bull. 1986, II, n° 172, pourvoi n° 84-16379; jurisprudence constante, voir notamment : trois ch. civ., 13 avril 2005, Bull. 2005, III, n° 89, pourvoi n° 03-20575). C'est au seul visa de ce principe qu'une cassation peut, le cas échéant, intervenir. Il a été jugé que cette doctrine ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété tel que protégé par la Convention européenne des droits de l'homme (deux ch. civ., 23 octobre 2003, Bull. 2003, II, n° 318, pourvoi n° 02-16303).

La réalité du trouble est appréciée concrètement, au regard de la destination normale du fonds troublé, selon les circonstances de temps (nuit et jour) et de lieu (milieu rural ou citadin, zone résidentielle ou industrielle), en prenant en compte la perception des personnes qui se plaignent. Pour qu'un trouble excède les inconvénients normaux de voisinage, deux conditions sont exigées. En premier lieu, le trouble doit être persistant ou récurrent (deux ch. civ., 5 février 2004, Bull. 2004, II, n° 49, pourvoi n° 02-15206), mais peut être occasionnel (trois ch. civ., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-19745). En second lieu, il doit être grave dans les circonstances considérées de temps et de lieu (trois ch. civ., 14 janvier 2004, Bull. 2004, III, n° 4, pourvoi n° 01-17687). Dans ce cadre, les juges du fond apprécient souverainement le caractère anormal du trouble (deux ch. civ., 27 mai 1999, Bull. 1999, II, n° 100, pourvoi n° 97-20488) ainsi que les mesures propres à le faire cesser (deux ch. civ., 9 octobre 1996, Bull. 1996, II, n° 231, pourvoi n° 94-16616).

L'auteur du trouble peut être mis en cause quand bien même il respecterait la réglementation applicable à son activité (trois ch. civ., 24 octobre 1990, Bull. 1990, III, n° 205, pourvoi n° 88-19383). Ainsi, la construction d'un immeuble de grande hauteur qui aurait pour effet de priver de lumière une villa voisine caractérise un trouble qui doit faire l'objet d'une réparation pécuniaire (trois ch. civ., 8 juillet 1972, Bull. 1972, III, n° 372, pourvoi n° 71-12880); ou encore, une construction à étage permettant d'avoir une vue directe et

plongeante chez un voisin prive celui-ci de jouir pleinement de son droit de propriété (trois. ch. civ., 7 février 2007, pourvoi n° 07-21 405). La compétence exclusive du préfet en matière d'installation classée ne fait pas obstacle à la mise en cause de l'exploitant pour trouble de voisinage devant le juge judiciaire (prem. ch. civ., 15 mai 2001, Bull. 2001, I, n° 135, pourvoi n° 99-20339). À l'inverse, le non-respect d'une réglementation ne suffit pas à caractériser le trouble anormal (deux. ch. civ., 17 février 1993, Bull. 1993, II, n° 68, pourvoi n° 91-16928).

Si les voisins, en cette seule qualité, sont au premier chef concernés, les propriétaires des fonds, même s'ils ne résident pas sur les lieux, sont impliqués. Ainsi, un propriétaire qui ne réside pas sur son fonds est recevable à demander qu'il soit mis fin aux troubles anormaux de voisinage provenant d'un fonds voisin (deux. ch. civ., 28 juin 1995, Bull. 1995, II, n° 222, pourvoi n° 93-12681). Surtout, le propriétaire du fonds engage sa responsabilité de plein droit à raison du trouble anormal causé par son locataire (trois. ch. civ., 17 avril 1996, Bull. 1996, III, n° 108, pourvoi n° 94-15876) ou par l'entrepreneur de travaux qu'il a commis (trois. ch. civ., 11 mai 2000, Bull. 2000, III, n° 106, pourvoi n° 98-18249; trois. ch. civ., 22 juin 2005, Bull. 2005, III, n° 136, pourvois n° 03-20068 et 03-20991). L'entrepreneur lui-même, voisin occasionnel, est également responsable de plein droit (trois. ch. civ., 22 juin 2005, Bull. 2005, III, n° 136, précité). Il en sera d'ailleurs de même du maître de l'ouvrage à l'égard des intervenants à une opération de construction ayant entraîné des troubles anormaux. Le maître de l'ouvrage disposera d'un recours contre les auteurs du trouble, lesquels, en l'absence de faute contribueront à parts égales (trois. ch. civ., 20 décembre 2006, Bull. 2006, III, n° 254, pourvoi n° 05-10855).

La construction jurisprudentielle du trouble anormal de voisinage conduit donc à restreindre l'exercice du droit de propriété, non pas au nom de l'intérêt général mais en celui du droit acquis du voisin de jouir paisiblement de son fonds, conformément à sa destination.

2.2.1.2. Les limites d'intérêt général restreignant le droit d'exploiter ou de ne pas exploiter

L'exploitation de certains biens, parce qu'ils répondent à des considérations d'intérêt général, est soumise à des autorisations, à des interdictions, voire à des monopoles d'exploitation. Ainsi, l'exploitation, la production et la distribution d'énergie électrique et de gaz par le propriétaire du fonds sur lequel jaillit la source d'énergie, ne sont pas libres. Si la propriété du sol emporte la propriété du dessous (article 552 du Code civil), tel ne sera pas le cas si le sous-sol est minier. L'État en assurera la gestion en en concédant l'exploitation. Le propriétaire n'est plus que celui de la surface, le concessionnaire disposant d'un droit réel distinct du sien (article 36 du Code minier), mais perçoit, il est vrai, la redevance tréfoncière.

Le droit d'exploiter son bien implique celui de ne pas l'exploiter. En principe, le propriétaire est libre de ne pas user de son bien ou de ne pas l'exploiter, quand bien même cette abstention serait perpétuelle. Mais il n'a pas toujours cette pleine liberté si le défaut d'exploitation compromet un intérêt supérieur.

Ainsi, le propriétaire sera dissuadé de ne pas exploiter son immeuble d'habitation en le donnant à bail, par l'obligation d'acquitter la taxe sur les logements vacants créée par la loi

du 29 juillet 1998 dans les communes importantes et étendue à toutes les communes qui le décideront par la loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement. La loi du 29 juillet 1998 a, de plus, créé une nouvelle procédure de réquisition des logements vacants, dite avec attributaire (articles L. 642-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation), que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'examiner au regard du grief de violation du droit de propriété et qu'il a validée (Cons. const., 29 juillet 1998, n° 98-403 DC, loi contre les exclusions). Des dispositions pénales correctionnelles peuvent venir sanctionner le propriétaire qui, par différentes manœuvres, tenterait de se soustraire à la réquisition de son immeuble.

Ainsi encore le propriétaire d'une terre inculte peut être mis en demeure d'exploiter son fonds à l'abandon ou manifestement sous-exploité à défaut de quoi la terre sera confiée aux bons soins d'un tiers (selon une procédure relativement lourde prévue aux articles L. 125-1 et suivants du Code rural).

La Cour européenne des droits de l'homme a retenu que ne portait pas atteinte au droit de propriété une loi autrichienne qui, dans l'intérêt général social, avait réduit le montant des loyers d'habitation, limitant ainsi le droit de gestion des propriétaires, mesure proportionnée à un but légitime (CEDH, 19 décembre 1989, *Mellacher et a. c./Autriche*, req. n° 10522/83, n° 11011/84 et n° 11070/84).

2.2.1.3. Les limites d'intérêt général au droit de librement disposer : les droits de préemption

Alors que le droit de disposer est un attribut essentiel du droit de propriété, la loi confère en certaines circonstances aux personnes publiques ou privées le droit de préempter certains biens, privant leur propriétaire de la liberté de choisir l'acquéreur et d'ainsi librement disposer. Il en est de différentes natures qui visent à garantir un intérêt public, économique ou social, voire familial. Certains biens peuvent faire l'objet de plusieurs droits de préemption.

Ainsi, l'État, ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs groupements et établissements publics disposent du droit de préemption sur les espaces naturels et sensibles des départements et sur les espaces agricoles et naturels périurbains (Code de l'urbanisme, articles L. 142-1 à L. 142-13). Les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics disposent d'un droit de préemption sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce et les baux commerciaux situés dans leur ressort (articles L. 214-1 à L. 214-3 du même code).

En matière d'urbanisme, les collectivités publiques disposent, pour réaliser des opérations d'intérêt général, de la faculté d'acquérir par priorité dans certaines zones préalablement définies les biens mis en vente (Code de l'urbanisme, articles L. 212-1 et suivants; articles L. 142-3 et suivants). Les zones de préemption sont les « zones d'aménagement différé » (ZAD) créées par le préfet qui en fixe le périmètre et désigne le bénéficiaire du droit de préemption, ou, en l'absence de ZAD, les zones où s'exerce le droit de préemption urbain (DPU).

Le DPU résulte de l'initiative du conseil municipal ou de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale, dans les zones urbaines ou à urbaniser des

communes dotées d'un POS ou d'un PLU opposable, dans les communes dotées d'un Plan de sauvegarde et de mise en valeur (PSVM), dans les communes dotées d'une carte communale en vue de la réalisation d'une opération d'aménagement ou encore dans certains secteurs nécessitant une protection particulière.

Tout projet d'aliénation dans une zone de préemption doit faire l'objet d'une déclaration d'intention d'aliéner (DIA). L'autorité titulaire du droit de préemption dispose alors d'un délai de deux mois pour notifier sa décision au propriétaire du bien. En cas de désaccord sur le prix, celui-ci est fixé par le juge de l'expropriation. Le propriétaire dispose de certaines garanties quant aux délais de règlement.

Les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER), chargées de contribuer à la mise en œuvre du volet foncier de la politique d'aménagement et de développement durable du territoire, peuvent à cette fin acquérir des biens ruraux et bénéficient pour ce faire d'un droit de préemption. Ce droit de préemption n'est pas automatique, il est accordé à la demande de la SAFER par décret, pour une durée limitée (en principe cinq ans) et pour une zone déterminée (article R. 143-1 du Code rural). Il s'agit d'un droit de préemption dit « de second rang » qui s'efface devant le droit de préemption des collectivités publiques, des indivisaires et du preneur en place. Il s'exerce en cas d'aliénation à titre onéreux, sauf en cas de vente entre proches ou professionnels, et en cas d'échange sauf s'ils sont effectués conformément à l'article L. 124-1 du Code rural portant sur des biens immobiliers à utilisation agricole. La méconnaissance du droit de préemption est sanctionnée par la nullité de la vente, et la SAFER pourra dans certains cas se substituer à l'acquéreur, à condition de saisir le tribunal dans les six mois du jour où elle a eu connaissance de la vente.

Le titulaire d'un bail rural est prioritaire pour acquérir les terres qu'il exploite. L'article L. 412-1 du Code rural lui confère en effet le droit de préempter, en cas de vente du fonds, et de supplanter l'acquéreur pressenti. Il s'agit là d'un droit d'ordre public qui ne peut être écarté par une clause du bail, et qui ne peut faire l'objet d'une renonciation anticipée. C'est un droit personnel, que le titulaire ne peut céder ou dans lequel il ne peut être subrogé si ce n'est par ses descendants, son conjoint ou son partenaire (article L. 415-5 du Code rural). Ce droit de préemption s'efface devant le droit de préemption des collectivités publiques et des indivisaires, mais prime en revanche sur celui de la SAFER. Pour en bénéficier le preneur (ou ses descendants, ou son conjoint) doit justifier d'un bail rural en cours de validité au moment de la vente, et justifier avoir exercé pendant au moins trois ans une profession agricole (ou être titulaire d'un diplôme d'enseignement agricole pour le descendant ou le conjoint); il doit exploiter le fonds mis en vente personnellement ou par l'intermédiaire de sa famille; il ne doit pas être propriétaire de parcelles représentant une superficie trois fois supérieure à la surface minimum d'installation. Il doit s'agir de l'aliénation à titre onéreux des biens ruraux qu'il loue. Le notaire du vendeur doit notifier le projet de cession au preneur qui a deux mois pour faire connaître sa réponse au bailleur. À défaut de réponse, il est présumé avoir renoncé à son droit de préemption. Si le droit de préemption du preneur a été méconnu par le bailleur, celui-ci peut obtenir la nullité de la vente, et pourra, dans certains cas, se substituer à l'acquéreur, à condition de saisir le tribunal dans les 6 mois du jour où il a eu connaissance de la vente.

Le locataire d'un local d'habitation dispose de deux droits distincts de préemption que peut seul primer le droit conféré aux collectivités publiques, l'un en cas de vente du logement après division de l'immeuble par lots (loi du 31 décembre 1975), l'autre, en cas de congé donné par le propriétaire pour vendre le logement (loi du 6 juillet 1989). Le droit de préemption en cas de congé pour vendre a acquis une importance sociale considérable. En bénéficient le locataire en titre et son conjoint, et en cas d'abandon du logement ou de décès du locataire, son conjoint, son partenaire pacsé, et ses ascendants, descendants et concubin dès lors qu'ils vivaient avec lui depuis au moins un an. Il faut que le local fasse l'objet d'une vente. Toutefois, le locataire ne peut pas préempter si le local est vendu occupé, si le local est très vétuste ou encore s'il est vendu à un parent proche.

Le congé pour vendre doit être notifié au moins 6 mois avant le terme du bail à chacun des locataires ; il doit indiquer à peine de nullité l'identité du vendeur, son intention de vendre, le prix et les conditions de la vente. L'offre de vente doit porter sur l'intégralité des lieux loués. Le locataire dispose d'un délai de deux mois pour faire connaître son intention d'acheter. Une fois l'offre de vente acceptée, le locataire a deux mois pour réaliser la vente, quatre s'il sollicite un prêt. Le locataire bénéficie d'un droit de préemption subsidiaire si le vendeur décide de vendre à des conditions plus avantageuses ; celui-ci doit donc notifier au locataire sa nouvelle offre de vente. La vente conclue en violation d'un de ces deux droits de préemption conféré au locataire en place est nulle.

Lorsqu'un immeuble est en indivision entre plusieurs personnes, et ce quelle que soit l'origine de l'indivision ; lorsque l'un d'entre eux souhaite vendre sa quote-part, il doit en avvertir les autres, car ceux-ci bénéficient d'un droit de préemption conformément à l'article 815-14 du Code civil. Toutefois un tel droit de préemption n'existe que si la cession intervient au bénéfice d'un tiers, et non lorsqu'elle intervient entre deux indivisaires.

2.2.2. La privation du droit de propriété

L'expropriation, très couramment, et moins usuellement, la nationalisation, qui sont des opérations justifiées par la poursuite d'un objectif d'intérêt général, permettent aux pouvoirs publics de se voir transférer la propriété d'un bien, foncier ou mobilier, appartenant à une personne privée.

En l'absence d'un titre, tout empiètement, occupation ou confiscation d'une propriété privée par une personne publique caractérise une voie de fait, laquelle est soumise à l'appréciation du juge judiciaire, seul compétent pour statuer sur la réparation du préjudice qui en découle (trib. des conf., 8 avril 1935, *Action française*). Les exemples en sont malheureusement nombreux (voir notamment : prem. ch. civ., 8 mars 1988, Bull. 1988, I, n° 68, pourvoi n° 86-16589 ; prem. ch. civ., 12 juin 1990, Bull. 1990, I, n° 163, pourvoi n° 89-11632 ; prem. ch. civ., 28 mars 1995, Bull. 1995, I, n° 147, pourvoi n° 93-11971 ; prem. ch. civ., 9 janvier 2007, Bull. 2007, I, n° 11, pourvoi n° 05-15439 ; trois. ch. civ., 24 novembre 1993, Bull. 1993, III, n° 154, pourvoi n° 91-18184 ; prem. ch. civ., 16 mars 1999, Bull. 1999, III, n° 104, pourvoi n° 97-16244 ; trois. ch. civ., 12 juillet 2006, Bull. 2006, III, n° 173, pourvoi n° 05-16107 ; trois. ch. civ., 21 février 2007, Bull. 2007, III, n° 31, pourvoi n° 06-10071).

2.2.2.1. L'expropriation pour cause d'utilité publique

L'article 545 du Code civil dispose que « nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité ». Cette formule est reprise de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (le Code civil ayant substitué la *cause d'utilité publique* à la *nécessité publique* évoquée par la Déclaration).

L'expropriation permet donc à une personne publique d'acquérir les biens qui lui sont nécessaires pour l'accomplissement de ses missions. L'intérêt public prime naturellement ou évidemment sur l'intérêt privé du propriétaire du bien. Les règles applicables, législatives et réglementaires, ont été rassemblées dans le Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Le droit d'exproprier n'appartient qu'aux collectivités publiques, sous réserve du respect du principe de spécialité. En pratique, dans l'immense majorité des cas, l'autorité expropriante est une collectivité locale, commune ou département. Il peut être mis en œuvre par les établissements publics et par certaines personnes privées, concessionnaires qui exercent les droits de leur concédant. L'objet en est au premier chef la réalisation d'équipements publics, mais aussi des opérations locales d'aménagement et la constitution de réserves foncières. Seuls les immeubles et les droits réels les grevant, peuvent faire l'objet d'une expropriation. Les droits réels tels que l'usufruit peuvent être expropriés, indépendamment de l'immeuble. L'expropriation peut encore atteindre un droit personnel, celui de donner à bail.

La procédure vise à déterminer les intérêts en présence et à garantir les intérêts pécuniaires des propriétaires expropriés. Elle se décompose en deux phases. Une première phase administrative conduit, à la suite d'une enquête, à une déclaration d'utilité publique. Le préfet, par l'arrêté de cessibilité, dresse alors la liste des immeubles ou des droits réels immobiliers à exproprier. Vient ensuite la phase judiciaire au cours de laquelle est transférée la propriété du bien et fixée l'indemnité due au propriétaire exproprié. Mais on doit rappeler que 90 % des biens immobiliers faisant l'objet d'une déclaration d'utilité publique font l'objet d'une cession amiable et ne donnent pas lieu à un transfert de propriété par ordonnance d'expropriation.

2.2.2.1.1. Le contrôle par le juge de la décision d'exproprier

Hormis les rares hypothèses où des textes précis ont spécifié que certaines circonstances justifiaient le recours à l'expropriation (par exemple dans les hypothèses de risque naturel ou de risque technologique), c'est la jurisprudence qui a défini le contenu de la notion d'utilité publique. À défaut d'une définition positive de l'utilité publique, le juge en donne une définition négative en dégageant les critères qui permettent de déterminer qu'une opération ne remplit pas l'objectif.

Ainsi, il n'y a pas d'utilité publique en cas de détournement de pouvoir. L'expropriation n'est pas d'utilité publique lorsque le but recherché est principalement financier (CE, 20 octobre 1961, *Consorts White*), ou bien lorsque l'objet principal de l'opération est de favoriser des intérêts particuliers (CE, 22 octobre 1958, *Consorts Moreau*) ou de procurer un « avantage

direct et certain » à des entreprises privées (CE, 20 juillet 1971, *ville de Sochaux*, n° 80804, publié au *Recueil Lebon*) ou encore, de faire échec à une décision de justice (CE, 27 octobre 1971, commune *Saint-Marc-Jaumesorde*, n° 79866, publié au *Recueil Lebon*). On a cependant observé que la vocation économique de nombreuses opérations qui visent à favoriser l'activité et l'emploi conduit parfois à brouiller la claire frontière entre intérêt général et intérêts privés, le premier pouvant résulter en nombre de circonstances d'une addition des seconds.

Il n'y a pas non plus d'utilité publique lorsque l'expropriation n'est pas nécessaire : le juge administratif vérifie s'il existe une alternative à l'expropriation, de nature à permettre de réaliser le même objectif dans des conditions équivalentes (CE, 20 novembre 1974, *époux Thony et époux Hartmann-Six*, n° 91558 et n° 91559). Toutefois, la tendance actuelle consiste à seulement vérifier que l'administration ne disposait pas de terrains non affectés qui lui auraient permis de mener à bien l'opération projetée (par exemple : CE, 12 avril 1995, *Conservatoire espace littoral et rivages lacustres*, n° 137300).

Enfin, il n'y a pas d'utilité publique lorsque l'expropriation présente plus d'inconvénients que d'avantages. Aux termes de l'arrêt du Conseil d'État du 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est* : « Une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et, éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ». À la liste de ces éléments de référence, le Conseil d'État a ajouté d'éventuels autres intérêts publics (CE, 20 octobre 1972, *Sainte-Marie-de-l'Assomption*, n° 78829, publié au *Recueil Lebon*). Si le bilan est positif, l'utilité publique de l'opération sera reconnue. Dans le cas contraire, les actes administratifs pris dans le cadre de la procédure d'expropriation seront annulés (pour une illustration : CE, 27 juin 2008, *autoroute A 406*, n° 311638). Le bilan coûts-avantages est autant une théorie justifiant l'atteinte portée au droit de propriété qu'une méthode permettant d'apprécier la régularité de l'action des pouvoirs publics.

La Cour européenne des droits de l'homme, alors que l'expropriation est une privation de propriété au sens de l'article 1^{er} du protocole n° 1, reconnaît aux États une marge d'appréciation dans l'évaluation de l'utilité publique qui fonde l'expropriation, sous réserve que la personne privée ne se voit pas imposer une charge disproportionnée et que le contrôle de la DPU et de l'arrêté de cessibilité par le juge administratif satisfait aux exigences de la Convention (CEDH, 12 février 2007, *Maupas et a. c./France*, req. n° 13844/02). La Cour européenne, lorsqu'elle est saisie en cette matière de l'expropriation, s'attache à vérifier que la législation applicable et les mesures contestées n'ont pas rompu le juste équilibre entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général (par exemple. : CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c./Suède*, req. n° 7151/75 et n° 7152/75).

La théorie de l'expropriation indirecte qui permet à une personne publique qui exerçait une emprise irrégulière sur un terrain d'en devenir propriétaire, dépossédant ainsi un propriétaire sans que le juge soit en mesure d'en apprécier l'utilité publique, a été condamnée par la Cour de cassation en assemblée plénière le 6 janvier 1994 (Ass. plén., 6 janvier 1994, Bull. 2004, Ass. plén., n° 1, pourvoi n° 89-17049) qui a rappelé le principe selon lequel le transfert de propriété non demandé par le propriétaire ne peut intervenir qu'à la suite d'une

procédure régulière d'expropriation. La doctrine de l'intangibilité de l'ouvrage public ne peut suffire à justifier une expropriation de fait.

Seul l'État est détenteur du droit d'exproprier, et il n'est pas d'autre possibilité d'une cession contrainte de la propriété que la cause d'utilité publique. Aussi, l'empiètement par une personne privée sur le terrain d'autrui (en sous-sol ou hors sol) caractérise-t-il une expropriation à titre privé, donc illégale, et justifie toujours la démolition de la construction édifiée irrégulièrement. Le propriétaire victime de l'empiètement n'a pas à justifier d'un intérêt à voir rétablir la situation. La Cour de cassation doit parfois rappeler que la défense du droit de propriété contre un empiètement ne peut dégénérer en abus (trois. ch. civ., 7 juin 1990, Bull. 1990, III, n° 140, pourvoi n° 88-16277 ; 7 novembre 1990, Bull. 1990, III, n° 226, pourvoi n° 88-18601).

2.2.2.1.2. La qualité de la procédure d'expropriation

Il est soigneusement veillé au caractère contradictoire de cette procédure qui conduit à la transformation d'un droit de propriété en droit à indemnisation. La loi même s'efforce, par un certain formalisme (articles L. 13-1 et s. du Code de l'expropriation), de concilier les intérêts de l'autorité expropriante et ceux des propriétaires. En phase avec l'arrêt de la CEDH du 24 avril 2003, *Yvon c./France*, la Cour de cassation a jugé que constitue une violation de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'observation des dispositions réglementaires du Code de l'expropriation relatives au rôle tenu par le commissaire du gouvernement dans la procédure de fixation de l'indemnité d'expropriation, incompatibles avec le principe de l'égalité des armes (trois. ch. civ., 2 juillet 2003, Bull. 2003, III, n° 140, pourvoi n° 02-70047).

2.2.2.1.3. La juste et préalable indemnisation de l'exproprié

L'ordonnance d'expropriation, à défaut d'accord amiable, opère le transfert de propriété et envoie l'expropriant en possession (article L. 12-1 du Code de l'expropriation).

L'expropriation fait naître un droit à indemnité au profit du propriétaire de l'immeuble et de tous les titulaires d'un droit réel ou personnel portant sur l'immeuble. L'autorité expropriante notifie ses offres d'indemnité au propriétaire de l'immeuble (qui les transmet aux autres intéressés), et, à défaut d'entente, le montant en est fixé par le juge.

L'indemnité doit être *juste*, c'est-à-dire qu'elle doit couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain causé par la privation du droit de propriété (article L. 13-13 du Code de l'expropriation). Son montant est fixé par rapport à la consistance du bien au jour de l'ordonnance portant transfert de propriété, c'est-à-dire en fonction de la valeur réelle du bien exproprié (CEDH, 11 avril 2002, *Lallemant c./France*, req. n° 46044/99 ; CEDH, 29 mars 2006, *Scordino c./Italie*, req. n° 36813/97). Dans des circonstances très diverses, une jurisprudence considérable a défini les principes et méthodes d'une indemnisation intégrale qui n'enrichisse ni n'appauvrisse le propriétaire exproprié. Le montant de l'indemnité ne devra pas cependant excéder l'estimation du service des domaines (article L. 13-17 du même code), ce dont il ne résulte pas une violation de la Convention (trois. ch. civ., 12 mars 2008,

Bull., III, n° 46, pourvoi n° 07-13049 dans une espèce où l'évaluation par le service des domaines rejoignait celle par l'exproprié au titre d'une déclaration de succession). Le retard dans le paiement ou la consignation de cette indemnité ouvre droit au paiement d'intérêts et à une nouvelle fixation du prix (article L. 13-9 du même code).

Dans le délai d'un mois après le paiement ou la consignation de l'indemnité, l'exproprié doit abandonner les lieux à l'expropriant, à défaut de quoi il pourra être expulsé (article L. 15-1 du Code de l'expropriation). Compte tenu de ce délai au cours duquel l'exproprié peut se maintenir, la procédure devant le juge de l'expropriation qui rend une ordonnance portant transfert de propriété avant qu'une indemnité ait été fixée et payée, n'est pas contraire aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme (trois. ch. civ., 29 mai 2002, Bull. 2002, III, n° 117, pourvoi n° 01-70175).

Le principe que l'expropriation est justifiée par un motif d'utilité publique implique que l'autorité expropriante, devenue propriétaire de ce bien, lui donne l'affectation prévue aux termes de la DUP. Il arrive que le droit de propriété puisse renaître par la rétrocession, lorsque l'immeuble exproprié n'a pas reçu dans le délai de cinq ans la destination prévue ou a cessé, avant le terme d'un délai de trente ans, de recevoir cette destination (article L. 12-6 du Code de l'expropriation). Le prix de cession est apprécié à la date de la restitution par le juge de l'expropriation. En cas de destruction de l'immeuble ou de cession à un tiers, l'ancien propriétaire peut prétendre à une indemnisation de son préjudice.

Il peut être noté, en marge de l'expropriation, des dispositions particulières qui opèrent aussi une cession forcée de la propriété, telles celles, classiques, du Code civil, qui prévoient que l'on peut contraindre son voisin à céder la mitoyenneté de la clôture (article 668 du Code civil), ou les articles L. 318-3 du Code de l'urbanisme et L. 162-5 du Code de la voirie routière qui disposent que la propriété des voies privées ouvertes à la circulation publique dans des ensembles d'habitation peut, après enquête publique et par décret en Conseil d'État, être transférée d'office au domaine public de la commune, sans indemnité (mais en en prenant en charge, évidemment, l'entretien).

2.2.2.2. La nationalisation

Dans sa décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 sur la loi de nationalisation, le Conseil constitutionnel a observé sur le droit de propriété, de la Révolution à nos jours, une double évolution, marquée d'une part par l'extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et, d'autre part par des limitations justifiées par l'intérêt général. Pour autant les principes de la Déclaration des droits de l'homme conservent toute leur valeur constitutionnelle. L'un des buts de la société politique demeure, entre autres objets, la conservation du droit de propriété. Mais c'est en fonction de cette évolution que doit s'entendre la valeur constitutionnelle du droit de propriété (Cons. const., 25 juillet 1989, décision n° 89-256 DC, loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme).

Mais la protection de l'article 17 de la Déclaration ne saurait être invoquée par le propriétaire qui n'est pas dépossédé de son droit mais seulement restreint dans son exercice. Tel est le cas lorsqu'un droit de vote attaché aux actions est supprimé (Cons. const., 20 juillet 1983,

décision n° 83-162 DC, loi relative à la démocratisation du secteur public), lorsque le propriétaire est seulement empêché d'exploiter personnellement un bien qu'il a acquis (Cons. const., 26 juillet 1984, décision n° 84-172 DC, loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut des fermages), de la limitation de la possibilité de diviser en lots une propriété foncière (Cons. const., 17 juillet 1985, décision n° 85-189 DC, loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement), de l'établissement d'une servitude (Cons. const., 13 décembre 1985, décision n° 85-198 DC, loi relative à la communication audiovisuelle). En l'absence de dépossession, l'indemnisation, sans être exclue, n'est pas automatique, ne trouve pas sa source dans l'article 17 de la Déclaration et aucun principe constitutionnel n'impose qu'elle relève du juge judiciaire. En revanche, en cas de dépossession, les prescriptions de l'article 17 trouvent leur plein effet. L'atteinte portée au droit ne doit pas avoir une gravité telle que le droit s'en trouve dénaturé. Il en serait ainsi si le motif d'intérêt général qui prétend la justifier n'était pas ou insuffisamment déterminé. Tel était le cas d'un régime d'autorisation préalable au transfert de propriété immobilière en Polynésie française qui portait une atteinte directe au droit de disposer, attribut essentiel du droit de propriété, ne reposant pas sur un motif d'intérêt général et dénaturant le droit de propriété (Cons. const., 9 avril 1996, décision n° 96-373 DC, loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française).

Le Conseil constitutionnel définit l'opération de nationalisation comme le transfert de la propriété d'une entreprise, suite à une décision de la puissance publique à laquelle le ou les propriétaires sont obligés de se plier (Cons. const., 19 janvier 1984, n° 83-167 DC). La doctrine qui justifie l'opération veut que toute activité directement utile à la nation soit assurée par elle-même, tant au point de vue de la de la propriété, qu'à celui de la gestion et des bénéfiques, pour des raisons à la fois politiques, économiques et sociales.

Nonobstant le caractère fondamental du droit de propriété et la valeur constitutionnelle des principes de la Déclaration des droits de l'homme qui le garantissent, que le principe de nationalisation posé par le Préambule de la Constitution de 1946 n'a pas pour effet de rendre inapplicable aux opérations de nationalisation, la loi détermine librement ou constate, sous réserve d'erreur manifeste, la nécessité publique qui commande l'opération et les intérêts supérieurs qui la justifient. S'agissant des nationalisations de 1981-1982, l'objectif avancé était de donner aux pouvoirs publics les moyens de lutter contre la crise économique, de favoriser la croissance et l'emploi (Cons. const., 16 janvier 1982, décision n° 81-132 DC).

Concrètement, le juge constitutionnel s'attache donc à vérifier, par référence aux travaux préparatoires de la loi, que la norme portant atteinte au libre exercice du droit de propriété correspond à la satisfaction d'un objectif d'intérêt général (Cons. const., 16 janvier 1991, décision n° 90-287 DC). Mais ce contrôle est évidemment limité, voire symbolique, le juge constitutionnel ne pouvant récuser l'objectif que s'assigne la loi mais seulement examiner si, par son effet, le champ de la propriété privée, et s'agissant de nationalisation, la liberté d'entreprendre et le principe d'égalité, ne s'en trouveraient pas restreints et *dénaturés* au point de méconnaître les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme (Cons. const., 16 janvier 1982, précité).

En revanche, le Conseil constitutionnel contrôle étroitement, par référence à la norme constitutionnelle, les modalités techniques de l'opération. Ainsi, la décision précitée du 16 janvier 1982 a annulé, au nom du principe d'égalité, une disposition de la loi de nationalisation qui excluait de son champ les banques dont la majorité du capital social appartenait à des sociétés de caractère mutualiste ou coopératif, tout en validant d'autres exclusions.

Il vérifie encore le caractère juste, c'est-à-dire couvrant l'intégralité du préjudice subi, évalué au jour du transfert de propriété, et préalable, de l'indemnisation du propriétaire privé de son bien. À cette fin il examine les critères techniques retenus par le législateur. Dans sa décision du 16 janvier 1982, il a retenu que les dispositions de la loi relatives à la valeur d'échange des actions ne satisfaisaient pas aux exigences de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme. Symétriquement, la cession de la propriété publique à des personnes privées ne saurait s'opérer à vil prix, l'article 17 de la Déclaration protégeant à un titre égal la propriété privée et celle de l'État et des autres personnes publiques (Cons. const., 26 juin 1986, décision n° 86-207 DC, loi de privatisation).

En conclusion, le juge, qu'il soit constitutionnel, administratif ou judiciaire, est toujours l'arbitre des intérêts qui peuvent venir en conflits : il lui appartient d'apprécier si les intérêts invoqués pour réduire le droit de propriété sont suffisamment puissants et clairement déterminés pour justifier l'opération. L'évaluation de l'intérêt général n'est pas toujours simple. Les intérêts qui s'opposent à ceux du propriétaire sont de différentes natures, supérieurs ou égaux aux siens. L'intérêt général peut lui-même prendre diverses formes et n'être pas toujours bien différent d'un cumul d'intérêts particuliers.

Faire prévaloir l'intérêt général ou concilier le droit de propriété avec d'autres droits de même nature conduit le juge à opérer ou valider parmi les propriétaires des distinctions, à retrancher à leur droit de propriété, le contenir ou le démembrer, ou, plus radicalement, à ordonner ou approuver une cession forcée. On peut se demander, compte tenu de la relative rareté des décisions sanctionnant, par exemple, une déclaration d'utilité publique dès lors que les formes ont été respectées, si un certain caractère régalien ne s'attache pas aux décisions des pouvoirs publics visant à la cession forcée du droit de propriété ou à sa limitation.

Mais le principe de l'indemnisation intégrale du propriétaire privé de son droit ne connaît que quelques exceptions. Le contrôle de l'indemnisation est l'un des enjeux de l'intervention du juge. On pourrait en déduire que si le droit de propriété n'est pas garanti avec autant de vigueur que les autres libertés publiques, il ne saurait jamais pour autant complètement se dissoudre dans l'intérêt général ou un autre intérêt qui lui serait supérieur ou opposé. Il ne disparaît pas, mais il mute, à la différence d'autres droits fondamentaux, en un droit d'une différente nature, le droit à une indemnisation équitable.

Des distinctions juridiquement justifiées ont ainsi été mises en évidence tant en ce qui concerne la famille que la propriété. Avant d'achever cette étude, il semble intéressant d'observer que l'autorité judiciaire exerce, en ce qui concerne ces distinctions justifiées, un contrôle variable qui dépend naturellement du domaine concerné.

2.3. LE CONTRÔLE VARIABLE DES DISTINCTIONS JUSTIFIÉES

Faute de pouvoir dresser un panorama complet de l'intervention du juge, ce contrôle variable sera montré à travers deux illustrations fortement contrastées : le traitement de l'étranger en situation irrégulière (2.3.1.) et le devoir de mise en garde (2.3.2.).

2.3.1. Le traitement de l'étranger en situation irrégulière

Alors que l'État s'est, de tout temps, reconnu des prérogatives de haute police sur les étrangers, dictées par des considérations d'ordre public, et plus récemment, de maîtrise des flux migratoires, en vue d'assurer le cas échéant le contrôle et l'éloignement du territoire national de ces ressortissants, ainsi que leur rétention temporaire pour l'exécution de cette mesure, l'examen de la situation administrative et/ou pénale des étrangers en situation irrégulière sur le territoire national postule la nécessité d'une double détermination, tenant d'une part, à la qualité d'étranger – et non de citoyen ressortissant de l'État – de l'intéressé, et d'autre part, au caractère irrégulier de l'entrée ou du séjour de l'étranger sur le territoire national. Aussi, dans les contentieux civils ou répressifs auxquels cela donne lieu, la seule question véritablement posée par la notion de discrimination concerne-t-elle l'interpellation, et donc l'identification préalable de l'étranger par les forces de police. Et, à cet égard, le juge judiciaire doit nécessairement se prononcer sur toute irrégularité, invoquée par l'étranger, de la vérification ou du contrôle d'identité dont il a été l'objet, car tout vice l'affectant retentit sur l'ensemble des actes subséquents¹⁰⁷.

2.3.1.1. Le contrôle des étrangers

L'article L. 661-1, alinéa 1^{er}, du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose qu'« *en dehors de tout contrôle d'identité, les personnes de nationalité étrangère doivent être en mesure de présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France à toute réquisition des officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, des agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21 (1°) du Code de procédure pénale* ».

Pour autant, en tant qu'individu, l'étranger qui entre ou séjourne en France ne doit pas être inquiété de façon intempestive ou abusive et il doit jouir, dans sa liberté d'aller et de venir, d'une certaine quiétude¹⁰⁸. C'est pourquoi sous l'empire de l'article 1^{er}, alinéa 1, du décret n° 46-448 du 18 mars 1946 et de l'article 2 du décret n° 46-1574 du 30 juin 1946,

107. Voir S. Trassoudaine, L'intervention judiciaire dans le maintien des étrangers en rétention administrative et en zone d'attente, *BICC*, n° hors-série, juin 2001, p. 15, et jurisprudence citée.

108. Voir S. Trassoudaine, « Le droit des étrangers et la protection de l'individu », in *Rapport annuel 2000 de la Cour de cassation*; Adde, La protection des droits et des libertés individuelles en matière de rétention des étrangers, communication au Comité français de droit international privé du 24 mars 2006.

puis de l'article 8, alinéa 2, de l'ordonnance du 2 novembre 1945, actuellement abrogés, la chambre criminelle de la Cour de cassation, suivie par la deuxième chambre civile, a posé strictement le principe que les agents de l'autorité ne disposent de la faculté sus-rappelée, sans qu'il soit procédé à un contrôle d'identité, que « *lorsque des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé sont de nature à faire apparaître celui-ci comme étranger* », tel n'étant pas le cas, par exemple, du simple fait pour un individu de converser en une langue étrangère (Crim., 25 avril 1985, Bull. crim. 1985, n° 159, pourvoi n° 85-91324, concl. H. Dontenwille, *D.*, 20 juin 1985, n° 24, p. 329; *D.*, 31 juillet 1985, n° 28, p. 181, chron. D. Thomas; *D.* 12 juin 1986, n° 23, p. 169, chron. L. Favoreu; *JCP.* 1985, II, 20465, note W. Jeandidier; *Gaz. Pal.* 29 juin 1985, n° 179-180; Crim., 8 novembre 1989, Bull. crim. 1989, n° 406, pourvoi n° 89-80728; deux ch. civ., 14 décembre 2000, pourvoi n° 99-50089), traduisant ainsi la préoccupation du juge judiciaire d'éviter que la recherche des étrangers en situation irrégulière sur le territoire national, nécessaire dans un État démocratique, ne dégénère en une inquisition généralisée, plus encore attentatoire aux libertés.

Mais, alors que le second alinéa de l'article L. 611-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, sous lequel a été codifié l'article 8-1 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, dispose qu'« *à la suite d'un contrôle d'identité effectué en application des articles 78-1, 78-2 et 78-2-1 du Code de procédure pénale, les personnes de nationalité étrangère peuvent être également tenues de présenter les pièces et documents visés à l'alinéa précédent* », pareil souci d'éviter tout contrôle discriminatoire « au faciès » mériterait d'émerger en ce qui concerne les différents types de contrôles d'identité opérés sur le fondement de l'un de ces textes de procédure pénale.

Ainsi, alors que selon le premier alinéa de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, « *les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21-1° peuvent inviter à justifier, par tout moyen, de son identité toute personne à l'égard de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction* », peut parfois se poser la question de la sélection de l'individu contrôlé par les forces de police. S'il est acquis qu'un « ciblage » peut valablement être opéré par des fonctionnaires de police, au vu notamment de sa photographie, sur un individu connu d'eux comme étant susceptible d'être en infraction au regard de la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers (deux. ch. civ., 25 novembre 1999, pourvoi n° 98-50045; prem. ch. civ., 6 juillet 2005, Bull. 2005, I, n° 310, pourvoi n° 04-50094; à rapprocher de : Crim., 7 février 1996, pourvoi n° 95-84884 et de Crim., 16 juillet 1996, Bull. crim. 1996, n° 298, pourvoi n° 96-81139 et la jurisprudence citée), et qu'à l'inverse, des policiers ne peuvent agir sur la foi d'une dénonciation anonyme non corroborée par d'autres éléments d'information ni confortée par des vérifications apportant des éléments précis et concordants qu'une personne a commis ou tenté de commettre une infraction, spécialement en matière de séjour irrégulier en France (prem. ch. civ., 31 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 234, pourvoi n° 04-50033; *Rapport 2005 de la Cour de cassation*, p. 403), la jurisprudence n'a encore, en revanche, guère eu l'occasion de sanctionner le caractère discriminatoire d'interpellations de personnes dont le choix aurait été fondé sur des critères illégitimes liés, par exemple, à la couleur de la peau et à leur race (à rapprocher de : première ch. civ., 14 juin 2005, Bull. 2005,

I, n° 248, pourvoi n° 04-50068). Il n'en demeure pas moins que sous le couvert de la constatation d'infractions vénielles et fréquemment commises (circulation d'un piéton en dehors des passages protégés, jet d'objet en un lieu public, infraction à des arrêtés municipaux ou préfectoraux...) pouvant ne constituer que de simples contraventions de police de première classe, mais qui permettent légalement un contrôle d'identité (voir par exemple : deux. ch. civ., 26 avril 2001, pourvoi n° 00-50020; 10 novembre 1999, pourvoi n° 98-50040), une sélection d'individus pourrait aisément être opérée pour permettre d'atteindre plus aisément des objectifs quantitatifs impartis aux services interpellateurs.

S'agissant des autres hypothèses de contrôle d'identité – qui sont de plus en plus usitées – prévues par les alinéas 2 à 5 de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, que ce soit sur réquisition du procureur de la République, que ce soit à titre administratif et préventif ou que ce soit dans des zones transfrontalières ou ouvertes au trafic international, pareil habillage juridique n'est même plus nécessaire, les policiers pouvant en fait, dès lors que les conditions légales de mise en œuvre sont par ailleurs réunies¹⁰⁹, inviter quiconque à justifier de son identité.

2.3.1.2. Les limites de l'autorité judiciaire

Dans ces conditions, et à supposer même que cela puisse, le cas échéant, entraîner l'annulation de la procédure, la preuve de comportements policiers discriminatoires paraît particulièrement difficile à rapporter. Il sera en outre observé que, nécessaire pour mettre la Cour de cassation en mesure d'exercer son propre contrôle, l'appréciation des juges du fond portant sur la régularité des opérations, ne doit intervenir que dans le cas où la personne contrôlée ne veut ou ne peut justifier de son identité et fait l'objet d'une rétention pour vérification (Crim., 13 janvier 1986, Bull. crim. 1986, n° 19, pourvoi n° 89-90041) et que si le contrôle d'identité précède immédiatement une mesure de garde à vue ou de placement en rétention administrative de l'étranger (prem. ch. civ., 14 février 2006, Bull. 2006, I, n° 77, pourvoi n° 05-12641).

Il sera enfin observé que, par-delà la discrimination qui peut se révéler à l'occasion des opérations préalables de contrôle d'identité et d'interpellation, une discrimination peut aussi se manifester entre étrangers eux-mêmes, en fonction de leurs différences de nationalités, dans l'éloignement du territoire national, tant il est notoire que lorsqu'ils sont démunis de tout titre de séjour, les ressortissants de certains pays sont, de fait, non-expulsables en raison de leur absence quasi systématique de reconnaissance par leurs propres autorités consulaires.

En définitive, l'autorité judiciaire apparaît bien démunie pour vérifier et sanctionner efficacement les inégalités de traitement à l'égard des étrangers ou entre étrangers eux-mêmes, se trouvant en situation irrégulière. Mais cela ne constitue-t-il pas une des limites induites par la véritable nature de ces procédures, seraient-elles pour partie judiciairisées :

109. Voir S. Trassoudaine, « Le contentieux judiciaire des étrangers maintenus en rétention ou en zone d'attente », *éd. ENM*, mai 2003.

celle de mesures de haute police, avec tout ce qu'elles peuvent comporter de contingent et de discrétionnaire¹¹⁰ ?

Si l'intervention de l'autorité judiciaire s'avère donc limitée en ce qui concerne le contrôle des étrangers en situation irrégulière, il n'en va pas de même dans le domaine, bien différent, du devoir de mise en garde au bénéfice de l'emprunteur non averti. En la matière, la Cour de cassation a forgé une jurisprudence qui, dans le contexte économique actuel, mériterait sans doute d'être rappelée plus souvent.

2.3.2. Le devoir de mise en garde

Est-il pertinent d'évoquer la discrimination à propos de la jurisprudence de la Cour de cassation instituant un devoir de mise en garde au bénéfice de l'emprunteur non averti ?

Certes, une telle jurisprudence rompt avec l'esprit des règles protectrices de l'emprunteur afférentes au crédit tant de consommation (voir articles L. 311-2 et L. 311-3 du Code de la consommation) qu'immobilier (voir articles L. 312-2 et L. 312-3 du Code de la consommation), lesquelles s'appliquent en considération de la seule destination de l'opération de crédit. Il est vrai qu'en excluant du champ d'application du crédit à la consommation comme du crédit immobilier tout crédit destiné à financer une activité professionnelle, le Code de la consommation évince le professionnel du bénéfice de ses dispositions. Mais, c'est par ricochet. Comme l'explique la première chambre civile, une telle exclusion est « *déterminée par l'objet du prêt et non par la personnalité de ceux qui s'y engagent* » (prem. ch. civ., 8 juillet 1997, pourvoi n° 95-11 500).

Au lieu que le devoir de mise en garde opère en considération du savoir économique et financier de l'emprunteur. Si celui-ci est averti des choses du crédit, il ne peut faire grief à son cocontractant, hors l'hypothèse d'une rétention par ce dernier d'informations décisives sur sa situation financière, de lui avoir accordé un prêt qu'il a lui-même sollicité, disent désormais, d'une même voix, la première chambre civile et la chambre commerciale (Com., 26 mars 2002, Bull. 2002, IV, n° 57, pourvoi n° 99-13 810; Com., 24 septembre 2003, Bull. 2003, IV, n° 137, pourvoi n° 02-11 362; prem. ch. civ., 12 juillet 2005, Bull. 2005, I, n° 325, pourvoi n° 03-10 770).

Dans le cas contraire, il faut le prévenir des dangers de l'opération de crédit envisagée, avertissent deux arrêts de chambre mixte du 29 juin 2007, qui, consacrant, à cet égard, la jurisprudence devenue commune à la première chambre civile et à la chambre commerciale (prem. ch. civ., 12 juillet 2005, Bull. 2005, I, n° 327, pourvoi n° 03-10 921; Com., 20 juin 2006, Bull. 2006, IV, n° 145, pourvoi n° 04-14 114), posent en principe que, lors de la conclusion du contrat, lui est due une mise en garde en considération de ses capacités financières et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt (ch. mixte, 29 juin 2007, Bull. 2007, ch. mixte, n° 7 et n° 8, pourvois n° 05-21 104 et n° 06-11 673).

110. Voir le colloque « La France, terre d'accueil ? », *Rev. Justice & Cassation*, n° 2, p. 420, éd. Dalloz.

Si l'on veut bien admettre qu'au nombre des emprunteurs non avertis figurent nécessairement des bénéficiaires d'opérations de crédit régies par le Code de consommation, il faut en déduire que le formalisme informatif que celui-ci impose ne suffit pas, aux yeux de la Cour de cassation, à satisfaire à ce devoir de mise en garde.

Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation constate l'insuffisance du formalisme informatif édicté par le législateur.

Ainsi, par exemple, un arrêt de son assemblée plénière du 2 mars 2007 pose en principe que « *le banquier, qui propose à son client auquel il consent un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation* » (Ass. plén., 2 mars 2007, Bull. 2007, Ass. plén., n° 4, pourvoi n° 06-15267).

Comme en matière de devoir de mise en garde, la situation personnelle de l'emprunteur est, en cette hypothèse, aussi prise en considération.

Mais son rôle diffère.

De simple instrument de mesure de l'obligation d'éclairer, elle devient critère tant de l'admission au bénéfice du devoir de mise en garde que de l'étendue de celui-ci.

Reste qu'à ce jour la Cour de cassation, si elle désigne le bénéficiaire de la mise en garde, ne propose pas de définition de l'emprunteur non averti.

Il faut, semble-t-il, y voir un refus d'une définition *in abstracto*, laquelle eût alors accompagné la proclamation de ce devoir.

Est-ce à dire que la Cour de cassation se désintéresse d'une telle définition ?

Peut-être faut-il regarder sa réserve comme l'expression d'une approche pragmatique. Une sorte de politique des petits pas qui, sans exclure tout contrôle de qualification, procéderait au cas par cas pour dessiner par touches successives le portrait de l'emprunteur non averti.

Mais on peut aussi voir dans ce silence la manifestation implicite d'un refus de faire entrer ce concept dans le contrôle de qualification.

Quoi qu'il en soit, ses arrêts, s'ils ne donnent pas, à ce jour, de définition de l'emprunteur non averti, décrivent en revanche le contenu du devoir de mise en garde.

Aussi, et pour paradoxale que puisse paraître la démarche, commencera-t-on par étudier la teneur de ce devoir (2.3.2.1.) avant de partir à la recherche de celui qui doit en bénéficier (2.3.2.2.).

2.3.2.1. La situation personnelle de l'emprunteur, critère de détermination du contenu du devoir de mise en garde

Les arrêts de chambre mixte du 29 juin 2007 expliquent que pour satisfaire au devoir de mise en garde il faut, lors de la conclusion du contrat, prendre en considération les capacités financières de l'emprunteur et les risques de l'endettement né de l'octroi du prêt.

La démarche retenue est duale. D'abord, statique, ensuite dynamique.

La première étape constitue un passage obligé. C'est l'analyse des facultés contributives de l'emprunteur à la date retenue pour l'octroi du prêt.

Si, au regard des ressources dont il dispose, l'emprunteur ne paraît pas en mesure de supporter la charge du prêt, le risque de l'endettement né de l'octroi de celui-ci apparaît immédiatement et la mise en garde s'impose.

Quel est alors son contenu ?

On peut se demander si un simple avertissement adressé à cet égard à l'emprunteur suffit. En effet si, en pareille hypothèse, il est déraisonnable d'emprunter, il semble tout aussi déraisonnable de prêter. Autrement dit, n'est-ce pas manquer au devoir de mise en garde que de donner naissance à une situation d'endettement insupportable ? N'incombe-t-il pas, dès lors, au prêteur de refuser d'apporter son concours à l'apparition d'une telle situation ?

La première chambre civile a ainsi retenu qu'une banque avait manqué au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à l'égard d'emprunteurs « *en ne vérifiant pas leurs capacités financières et en leur accordant un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives* » (prem. ch. civ., 12 juillet 2005, Bull. 2005, I, n° 327, pourvoi n° 03-10921 ; voir, dans le même sens, Com., 3 mai 2006, Bull. 2006, IV, n° 101, pourvoi n° 04-15517).

Cette jurisprudence semble s'inscrire dans le droit fil du vingt-sixième considérant de la directive 2008/48 du 23 avril 2008 du Parlement européen et du Conseil, que les États membres de l'Union européenne se sont engagés à transposer avant le 12 mai 2010. Les États membres, y est-il écrit, « *devraient prendre les mesures appropriées afin de promouvoir les pratiques responsables lors de toutes les phases de la relation de prêt, en tenant compte des caractéristiques particulières de leur marché du crédit. Ces mesures peuvent inclure, par exemple, l'information et l'éducation des consommateurs, y compris des mises en garde sur les risques du défaut de paiement ou du surendettement. Il importe, en particulier sur un marché du crédit en expansion, que les prêteurs ne soient pas amenés à octroyer des prêts de manière irresponsable ou à accorder des crédits sans évaluation préalable de la solvabilité et que les États membres exercent la surveillance nécessaire afin de prévenir de tels comportements, et définissent les moyens nécessaires pour sanctionner les prêteurs qui en seraient auteurs* ».

Faut-il aller au-delà de la prévention de l'apparition d'une situation de surendettement et faire entrer dans le devoir de mise en garde, l'obligation d'éclairer l'emprunteur, que comme il a été observé en introduction, l'assemblée plénière a consacrée à propos de l'adéquation à la situation personnelle de l'emprunteur des risques couverts par l'assurance de groupe à laquelle celui-ci a adhéré ?

Un arrêt de la première chambre civile du 12 juillet 2005 (prem. ch. civ., 12 juillet 2005, Bull. 2005, I, n° 326, pourvoi n° 03-10 115) ouvre cette voie, qui fait obligation au banquier gestionnaire des comptes de son client d'éclairer celui-ci sur les avantages et inconvénients du choix qui s'offre à lui, 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.

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, a aussi retenu l'attention du législateur européen. Ainsi, le considérant n° 27 de la directive précitée du 23 avril 2008, constate qu'« *en dépit de l'information précontractuelle qui doit être fournie, le consommateur peut encore avoir besoin d'une aide supplémentaire pour déterminer quel est le contrat de crédit, parmi l'éventail des produits proposés, qui correspond le mieux à ses besoins et à sa situation financière* », pour en déduire que « *les États membres devraient veiller à ce que les prêteurs apportent une telle assistance à propos des produits de crédit qu'ils proposent au consommateur* ».

La seconde étape de la démarche retenue par les arrêts de chambre mixte du 29 juin 2007 est de mise en œuvre plus délicate. Il faut, disent ces arrêts, évaluer les risques de l'endettement né de l'octroi du prêt.

L'évaluation est aisée lorsque l'appréciation des capacités financières de l'emprunteur suffit à faire apparaître immédiatement la viabilité de l'opération, ou, à l'inverse, un endettement excessif. On pourrait même aller jusqu'à prétendre qu'en ces deux hypothèses extrêmes, il n'y a pas lieu, à proprement parler, à mise en garde, faute de risque, dans le premier cas, quand dans le second, c'est le refus du prêt qui s'impose.

L'évaluation est plus délicate lorsqu'il y a lieu à analyse prospective. Celle-ci s'impose en cas d'octroi d'un prêt à taux variable (prem. ch. civ., 12 juillet 2006, Bull. 2006, I, n° 397, pourvoi n° 04-13 192). De même qu'en cas de financement d'une activité économique. Le devoir de mise en garde produit alors son plein effet, qui est de mettre l'emprunteur à même de mesurer les avantages et inconvénients de l'opération de crédit envisagée.

Un arrêt de la chambre commerciale du 11 décembre 2007 (Com., 11 décembre 2007, pourvoi n° 05-21 234) est, à cet égard, particulièrement éclairant. Pour approuver les juges du fond d'avoir retenu le manquement d'une banque à son devoir de mise en garde à l'occasion de l'octroi d'un prêt de 1 170 000 francs destiné à financer l'acquisition d'un fonds de commerce de presse et bimboloterie, la Cour de cassation s'attache à décrire les éléments sur lesquels la banque eût dû s'appuyer pour satisfaire à ce devoir. Ainsi, il est expliqué « *qu'après avoir relevé que (les emprunteurs) étaient néophytes dans ce type d'activité, l'arrêt constate que si la banque disposait des documents comptables relatifs aux trois dernières années précédant la présentation du dossier faisant apparaître un chiffre d'affaires en diminution et un résultat d'exploitation relativement stable, ce résultat n'était obtenu que grâce à un endettement quasi inexistant ; qu'il retient encore que la banque s'est bornée à utiliser un provisionnel produit par (une) société comptable inadéquate puisque fondé sur un prêt de 500 000 francs et sur une augmentation du chiffre d'affaires non explicable en l'état des résultats précédents ; que l'arrêt relève enfin que si la banque avait procédé à une étude, même sommaire, de l'opération financière, elle aurait constaté que la charge d'endettement du prêt, qui représentait*

130 % de la valeur du fonds, conduisait à des remboursements annuels de 124829 francs, ce qui laissait un résiduel à vivre calculé sur la moyenne des résultats des trois dernières années s'élevant à la somme annuelle de 21 904 francs pour les deux époux et que ceci était, à l'évidence, insuffisant pour survivre et allait nécessiter de la part de (ces derniers) des prélèvements plus importants et par là même des difficultés pour amortir le prêt ».

Où l'on voit que la mise en œuvre du devoir de mise en garde peut exiger d'aller au-delà de l'analyse de la situation financière de l'emprunteur contemporaine de la réalisation de l'opération de crédit envisagée.

L'établissement ponctuel de la balance ressources/charges ne suffit pas nécessairement à y satisfaire. C'est que le créancier de ce devoir peut avoir de multiples visages.

2.3.2.2. La situation personnelle de l'emprunteur, critère de détermination du champ d'application du devoir de mise en garde

Les développements qui précèdent montrent qu'aux yeux de la Cour de cassation la mise en garde est due à l'emprunteur qui ne sait pas, qu'elle qualifie d'emprunteur non averti.

Comment l'identifier ?

Est-ce nécessairement une personne physique ?

Si la question mérite d'être posée, c'est parce que référence a été faite, à l'effet de tenter de cerner le contenu du devoir de mise en garde, à la directive du 23 avril 2008 qui, au plus tard le 12 mai 2010, constituera, s'agissant à tout le moins de ses dispositions harmonisées¹¹¹, le droit commun minimum du crédit aux consommateurs.

Or, l'article 3 de cette directive définit le consommateur comme une personne physique.

Une telle restriction n'a pas lieu d'être s'agissant du devoir de mise en garde.

En effet, aucun des arrêts reconnaissant l'existence d'un tel devoir ne réserve le bénéfice de celui-ci aux personnes physiques. Ni même au seul consommateur.

Pour qu'il y ait lieu à mise en garde, il faut, et il suffit, que l'emprunteur soit « *non averti* ».

Au fil des arrêts précités, on constate qu'est regardé comme tel l'emprunteur dont l'examen de la situation financière révèle, après une analyse qu'il n'est pas en mesure de mener seul à bien, que la réalisation de l'opération de crédit envisagée donnerait naissance sinon à une situation de surendettement, à tout le moins à un endettement excessif. Le même regard est posé sur l'emprunteur qui ne dispose pas des éléments lui permettant d'évaluer le coût d'un prêt à taux variable, voire sur celui qui emprunte pour financer un projet professionnel qu'il ne maîtrise pas.

111. Voir article 22 de la directive.

Reste que ce portrait sommaire est éminemment factuel, en ce sens que n'y apparaissent pas les éléments d'une définition du concept d'emprunteur non averti, ou de son contraire, l'emprunteur averti.

Pour autant, ce n'est pas à dire que la Cour de cassation ait délaissé ce concept, ni, à l'inverse, qu'elle entende le faire entrer dans le contrôle de qualification.

Tantôt, elle se borne à relever que les juges du fond ont « constaté que (les emprunteurs) étaient des emprunteurs avertis » (Com., 2 mai 2007, pourvoi n° 06-10849). Tantôt, elle s'en remet à l'appréciation des juges du fond, mais après avoir souligné les éléments propres à justifier celle-ci. Tel cet arrêt qui énonce que « la cour d'appel a relevé, par motifs propres et adoptés, que (les emprunteurs), cadres supérieurs ayant créé une société qui avait pour objet la réalisation d'opérations immobilières, étaient des emprunteurs avertis » (prem. ch. civ., 12 juillet 2005, Bull. 2005, I, n° 324, pourvoi n° 02-13155). Tantôt, c'est la Cour de cassation elle-même qui constate que les éléments de fait réunis par les juges du fond suffisent à classer l'emprunteur dans l'une des deux catégories opérantes. Ainsi, après avoir souligné que l'arrêt attaqué « relève que (l'emprunteur), professionnel déjà expérimenté, s'était inscrit au répertoire des métiers [...] au titre d'une activité de tournage, commande numérique, fraisage et serrurerie, qu'il avait connaissance du bilan de sa première année d'activité ainsi que de celui du début de la seconde lors de la conclusion de l'opération de financement, et retient que les éléments comptables de celles-ci étaient simples à appréhender », elle juge que « de ces constatations et énonciations, [...] il se déduisait que (l'emprunteur), ainsi en mesure d'appréhender les risques et l'opportunité du crédit qu'il se préparait à souscrire, était un emprunteur averti » (Com., 12 décembre 2006, Bull. 2006, IV, n° 243, pourvoi n° 03-20176).

La Cour de cassation n'est donc pas indifférente au maniement par les juges du fond d'un concept qu'elle a elle-même créé. Elle en dessine progressivement les contours en jouant du contraste entre l'averti et le non averti.

Faut-il regarder cette différenciation comme une discrimination entre emprunteurs ?

Si l'on voit dans la discrimination une rupture d'égalité au détriment de certains d'entre eux, une réponse négative s'impose. Car si la mise en garde est réservée à l'emprunteur non averti, c'est pour élever celui-ci au niveau de l'emprunteur averti, rétablir une égalité affectée par une insuffisance de savoir. Il s'agit donc plus sûrement d'une distinction justifiée.



QUATRIÈME PARTIE

JURISPRUDENCE

DE LA COUR

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

ARRÊTS RENDUS EN ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET EN CHAMBRE MIXTE

PRÉSENTATION D'ENSEMBLE

A – Assemblée plénière

Vente – Résolution – Causes – Non-paiement du prix – Applications diverses – Rente viagère – Clause résolutoire dérogatoire en cas de défaut de paiement de la rente doublée d'une clause résolutoire en cas de défaut de paiement du prix – Choix – Détermination – Portée

(Assemblée plénière, 4 avril 2008, Bull. ass. plén., n° 1, pourvoi n° 07-14523, rapport de M^{me} Bignon et avis de M. Cuinat)

Dans un contrat de vente d'immeuble en viager comportant deux clauses résolutoires, l'une en cas de défaut de paiement du prix, l'autre en cas de défaut de paiement de la rente, celle-ci n'étant qu'une modalité de paiement du prix, l'acheteur qui s'abstient de payer un terme de cette rente à son échéance devient défaillant dans son obligation de payer le prix au moment où il est exigible. Par suite, c'est à bon droit qu'une cour d'appel, qui constate que le débirentier ne justifie pas du paiement des arrérages impayés dans le délai qui lui est imparti, en déduit que la clause résolutoire pour défaut de paiement du prix doit recevoir application.

Voir également le commentaire p. 281.

Action civile – Partie civile – Constitution – Mise en mouvement de l'action publique – Conditions – Victime ayant personnellement souffert de l'infraction

(Assemblée plénière, 9 mai 2008, Bull. ass. plén., n° 1, pourvois n° 05-87379 et n° 06-85751, rapport de M. Terrier et avis de M. Boccon-Gibod)

Sauf exceptions légales, le droit de la partie civile de mettre en mouvement l'action publique est une prérogative de la victime qui a personnellement souffert de l'infraction. Dès lors, lorsque l'action publique n'a été mise en mouvement ni par la victime, ni par le ministère public, seule la voie civile est ouverte aux ayants droit de ladite victime pour exercer le droit à réparation reçu en leur qualité d'héritiers (arrêt n° 2, pourvoi n° 06-85751). Par ailleurs, lorsque le ministère public a mis en mouvement l'action publique et que la victime n'avait pas renoncé à l'action civile, le droit à réparation des préjudices subis par celle-ci est transmis à ses héritiers qui sont recevables à l'exercer devant la juridiction saisie des seuls intérêts civils, peu important que leur auteur n'ait pas introduit d'action à cette fin avant son décès (arrêt n° 1, pourvoi n° 05-87379).

Voir également le commentaire p. 340.

Agent immobilier – Commission – Débiteur – Désignation – Vendeur – Fraude de l’acquéreur – Portée

Assemblée plénière, 9 mai 2008, Bull. ass. plén., n° 3, pourvoi n° 07-12449, rapport de M. Foulquié et avis de M. De Gouttes

Même s’il n’est pas débiteur de la commission, l’acquéreur dont le comportement fautif a fait perdre celle-ci à l’agence immobilière titulaire d’un mandat du vendeur par l’entremise de laquelle il a été mis en rapport, doit à l’agent immobilier sur le fondement de la responsabilité délictuelle réparation de son préjudice. Il se déduit du comportement d’un acquéreur ayant, par l’intermédiaire d’un agent immobilier titulaire d’un mandat du vendeur, visité un bien qu’il acquiert ensuite à un prix conforme à son offre après avoir fait usage de manœuvres frauduleuses pour évincer l’agent immobilier de la transaction, que cet acquéreur avait connaissance du droit à rémunération de l’intermédiaire.

Voir également le commentaire p. 316.

Atteinte à l’autorité de l’État – Atteinte à l’administration publique commise par des personnes exerçant une fonction publique – Manquement au devoir de probité – Prise illégale d’intérêts – Éléments constitutifs – Élément légal – Prise d’intérêt dans une opération dont l’agent public a l’administration ou la surveillance – Pouvoirs de préparation ou de proposition de décisions prises par d’autres

(Assemblée plénière, 4 juillet 2008, pourvoi n° 00-87 102, en cours de publication, rapport de M. Rognon et avis de M. Lucazeau)

Le délit de prise illégale d’intérêts est constitué dès lors que le prévenu, dépositaire de l’autorité publique, a pris des intérêts dans des opérations dont il détenait un pouvoir de surveillance, de décision et d’administration. Justifie sa décision la cour d’appel qui relève que le prévenu, agent de l’État recourait, pour des actions de formation continue dont il avait la surveillance et l’administration, à des entreprises dans lesquelles il détenait des participations et au bénéfice desquelles il effectuait lui-même des prestations rémunérées.

Voir également le commentaire p. 360.

Faux – Préjudice – Constataion – Atteinte portée à la force probante reconnue aux écritures comptables et aux pièces les justifiant

(Même arrêt)

La passation en comptabilité de factures fausses ou fictives caractérise en tous ses éléments constitutifs le délit de faux, le préjudice résultant de l’atteinte portée à la force probante reconnue aux écritures comptables et aux pièces les justifiant.

Voir également le commentaire p. 360.

Travail réglementation, durée du travail – Repos et congés – Congés payés – Congés payés d’ancienneté – Cause et objet différents de ceux des jours acquis au titre de la réduction de temps de travail – Portée

(Assemblée plénière, 24 octobre 2008, pourvoi n° 07-42 799, en cours de publication, rapport de M^{me} Bardy et avis de M. Duplat)

Les jours de récupération, qui sont acquis par le salarié au titre d’un accord d’aménagement et de réduction de temps de travail et représentent la contrepartie des heures de travail

qu'il a exécutées en sus de l'horaire légal ou de l'horaire convenu, n'ont ni la même cause ni le même objet que les congés payés d'ancienneté auquel il a droit, en sus de ses congés légaux annuels. Dès lors doit être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour dire les dispositions de la convention collective moins favorables que celles des accords d'entreprise, retient que les salariés, même les plus anciens, bénéficiaient, aux termes de ces accords, d'un temps rémunéré non ouvré globalement plus important, qu'il s'agisse de jours de récupération du temps de travail ou de jours de congés.

Voir également le commentaire p. 238.

B – Chambre mixte

Assurance de personnes – Assurance-vie – Contrat non dénoué – Droit personnel du souscripteur – Rachat du contrat ou désignation du bénéficiaire – Rachat du contrat – Conditions – Détermination
(Chambre mixte, 22 février 2008, Bull. ch. mixte, n° 1, pourvoi n° 06-11 934, rapport de M^{me} Aldigé et avis de M. De Gouttes)

Lorsque le droit de rachat du souscripteur est prévu dans un contrat d'assurance-vie mixte, le bénéficiaire qui a accepté sa désignation n'est pas fondé à s'opposer à la demande de rachat du contrat en l'absence de renonciation expresse du souscripteur à son droit.

Voir également le commentaire p. 323.

Chose jugée – Autorité du pénal sur le civil – Domaine d'application – Décisions définitives des juridictions pénales statuant au fond sur l'action publique
(Chambre mixte, 10 octobre 2008, pourvoi n° 04-16 174, en cours de publication, rapport de M^{me} Radenne et avis de M. De Gouttes)

Seules les décisions définitives des juridictions pénales statuant au fond sur l'action publique ont au civil autorité à l'égard de tous. Dès lors viole ce principe, l'arrêt qui retient que la décision de la chambre de l'instruction qui tranche un incident de procédure est revêtue de l'autorité de la chose jugée.

Voir également le commentaire p. 350.

Chemin de fer – SNCF – Responsabilité – Responsabilité contractuelle – Exonération – Exclusion – Cas – Faute d'imprudence de la victime quelle qu'en soit la gravité ne présentant pas les caractères de la force majeure
(Chambre mixte, 28 novembre 2008, pourvoi n° 06-12 307, en cours de publication, rapport de M. Petit et avis de M. Domingo)

Le transporteur ferroviaire, tenu envers les voyageurs d'une obligation de sécurité de résultat, ne peut s'exonérer de sa responsabilité en invoquant la faute d'imprudence de la victime que si cette faute, quelle qu'en soit la gravité, présente les caractères de la force majeure.

Voir également le commentaire p. 314.

I – DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE

A – État civil

État civil – Acte de l'état civil – Acte de décès – Acte d'enfant sans vie – Établissement – Conditions – Détermination – Portée

Première chambre civile, 6 février 2008 (Bull. n° 41, pourvoi n° 06-16498)

Première chambre civile, 6 février 2008 (Bull. n° 42, pourvoi n° 06-16499)

Première chambre civile, 6 février 2008 (Bull. n° 43, pourvoi n° 06-16500)

L'article 79-1 du Code civil issu de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 dispose :

« Lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil, l'officier de l'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès sur production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable et précisant les jours et heures de sa naissance et de son décès.

« À défaut du certificat médical prévu à l'alinéa précédent, l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie. Cet acte est inscrit à sa date sur les registres de décès et il énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. L'acte dressé ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non ; tout intéressé pourra saisir le tribunal de grande instance à l'effet de statuer sur la question ».

Mais que signifie exactement qu'un acte d'enfant sans vie peut être établi en l'absence du certificat prévu à l'article 1^{er} ?

Cela vise le cas d'un enfant né vivant mais non viable et d'un enfant viable mais mort-né, mais cela vise-t-il également le cas d'un enfant ni vivant ni viable ? Les parents d'un fœtus mort-né après huit, dix, douze ou seize semaines de gestation, qui ne pourront pas produire un certificat attestant de la vie et de la viabilité de l'être qu'ils ont perdu, remplissent-ils les conditions pour obtenir l'établissement d'un acte d'enfant sans vie ?

C'est la question qui était posée à la première chambre civile de la Cour de cassation.

Trois familles, qui s'étaient vues refuser l'établissement d'un acte d'enfant sans vie par l'officier d'état civil, puis par les juges du fond, ont saisi la Cour de cassation en soutenant que l'alinéa 2 de l'article 79-1 du Code civil ne subordonnait la délivrance d'un tel acte qu'à la condition du décès de l'enfant avant la déclaration de sa naissance et d'un défaut de certificat médical attestant de sa vie et de sa viabilité et que son poids ou la durée d'aménorrhée de sa mère ne devaient pas être pris en compte.

Dans la première affaire, une femme avait accouché d'un fœtus sans vie de sexe masculin, pesant 400 grammes, après vingt et une semaines d'aménorrhée. Dans la deuxième, la requérante avait accouché d'un fœtus sans vie de sexe féminin pesant 286 grammes, après vingt et une semaines d'aménorrhée et, dans la troisième, d'un fœtus sans vie de sexe féminin pesant 155 grammes, après dix-huit semaines d'aménorrhée.

Pour refuser l'établissement d'un acte d'enfant sans vie dans ces trois cas, l'officier d'état civil puis le tribunal de grande instance et la cour d'appel se sont fondés sur une circulaire conjointe des ministères de la Solidarité, de la Justice et de l'Intérieur du 30 novembre 2001, intégrée à l'Instruction générale de l'état civil, se référant à la définition de la viabilité donnée par l'Organisation mondiale de la santé.

Aux termes de cette circulaire, un acte d'enfant sans vie n'est établi que lorsque l'enfant est né vivant mais non viable ou lorsque l'enfant est mort-né après un terme de vingt-deux semaines d'aménorrhée ou a un poids de 500 grammes.

Même si l'acte d'enfant sans vie n'autorise pas d'établir juridiquement un lien de filiation, son établissement permet aux parents de garder une trace à l'état civil, et notamment sur leur livret de famille, de l'être dont ils déplorent la perte. Outre le bénéfice de certains droits sociaux, sa délivrance permet surtout aux père et mère de réclamer à l'établissement de santé, dans les 10 jours de l'accouchement, le corps de leur enfant décédé afin d'organiser, s'ils le souhaitent, des obsèques.

Or, rien dans le texte de l'article 79-1 du Code civil ne permet de dire que l'établissement d'un acte d'enfant sans vie est réservé aux seuls fœtus mort-nés après vingt-deux semaines d'aménorrhée ou ayant un poids minimum de 500 grammes, même si les termes employés, « *enfant* » et « *accouchement* », laissent à penser qu'un seuil minimum de développement est nécessaire.

La Cour de cassation a considéré que, compte tenu des effets importants attachés à l'établissement d'un acte d'enfant sans vie, à la fois sur un plan symbolique et sur un plan pratique, une simple circulaire ne pouvait limiter les droits des parents et ajouter au texte des conditions qu'il ne prévoit pas.

Les arrêts rendus le 6 février 2008 ont été interprétés à juste titre comme une invitation pressante faite au législateur de se saisir de la question.

L'appel a d'ailleurs été entendu puisque deux décrets et deux arrêtés datés du 20 août 2008 sont intervenus à la suite des arrêts ici commentés : décret n° 2008-800 relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 du Code civil ; décret n° 2008-798 relatif au livret de famille ; arrêté du ministère de la Santé relatif au modèle de certificat d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie et arrêté relatif au livret de famille.

Le critère qui a été retenu par le législateur est celui de l'accouchement. L'acte d'enfant sans vie ne pourra être établi que sur la production d'un certificat d'accouchement. Le modèle de certificat annexé au premier arrêté précise que les interruptions spontanées précoces de grossesse (fausses couches précoces) et les interruptions volontaires de grossesse (IVG) ne donneront pas lieu à délivrance d'un certificat d'accouchement.

B – Successions et libéralités

Succession – Partage – Demande – Qualité pour agir – Exclusion – Époux de l'indivisaire marié sous le régime de la communauté universelle

Première chambre civile, 2 avril 2008 (Bull., n° 103, pourvoi n° 07-11 254)

Par un arrêt du 2 avril 2008, la première chambre civile a jugé que, si les biens successoraux recueillis par un époux marié sous le régime de la communauté universelle entrent en communauté, l'époux héritier appelé à la succession peut seul exercer, en demande et en défense, une action qui ne tend qu'au partage de ces biens, de sorte que le mari de la cohéritière, mariée sous ce régime, étant sans qualité pour demander le partage des biens successoraux échus à son épouse, n'a pas intérêt à former tierce opposition au jugement ayant statué sur ce partage.

Il en résulte que l'action en partage de biens successoraux indivis recueillis par un époux marié sous le régime de la communauté universelle ne relève ni de la cogestion, ni même de la gestion concurrente des époux : elle relève de la gestion exclusive de l'époux qui a seul la qualité d'héritier.

On pourrait être tenté d'analyser cet arrêt comme un revirement de jurisprudence, alors qu'en réalité, ce sont les modifications législatives opérées par la loi du 23 décembre 1985 qui ont conduit la Cour de cassation à modifier sa doctrine.

Par un arrêt du 18 juin 1985 (18 juin 1985, Bull. 1985, I, n° 189), la première chambre civile avait jugé qu'un époux, marié sous le régime de la communauté universelle, devait intervenir au partage des biens indivis tombés, par succession échue à son épouse, dans la communauté universelle, mais qu'il importait peu qu'il ne l'ait pas fait dès lors qu'il avait déclaré ne pas se prévaloir de l'article 1427 du Code civil.

Cette affaire, antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 1985 et à la bilatéralisation des pouvoirs d'administration des époux sur les biens communs, s'inscrivait dans un contexte de faits très particuliers. À l'époque, l'article 818, alinéa 1^{er}, du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 13 juillet 1965, disposait que le mari, alors seul administrateur de la communauté, ne pouvait, sans le consentement de la femme, procéder au partage des biens à elle échus qui tombaient dans la communauté, non plus que des biens qui devaient lui demeurer propres et dont il avait l'administration. Or, dans l'affaire soumise à la Cour de cassation en 1985, ce n'était pas le mari qui avait procédé au partage, sans le consentement de son épouse, mais cette dernière qui l'avait réalisé en cédant ses droits successifs sans que son mari eût participé à l'acte. Si les dispositions de l'article 818 du Code civil n'étaient pas applicables, la Cour de cassation ne pouvait que s'en inspirer, alors que, de surcroît, dans l'affaire qui lui était soumise, l'épouse, qui à l'époque n'avait pas la qualité d'administratrice de la communauté, ne s'étaient pas bornée à partager les biens qui lui étaient échus, mais les avait aliénés, au sens de l'article 1424 du Code civil.

L'article 818 du Code civil a été abrogé par la loi du 23 décembre 1985 relative, notamment, à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux, de sorte qu'aucun motif ne

justifiait le maintien d'une jurisprudence fondée, pour l'essentiel, sur l'ancien pouvoir du mari d'administrer la communauté.

Le partage constitue un acte de disposition, mais non une aliénation au sens des articles 1422 et 1424 du Code civil, et, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 2 avril 2008, en fondant son moyen sur les dispositions de l'article 1421 du Code civil, le demandeur au pourvoi soutenait, par là même, que l'action en partage relevait de la gestion concurrente des époux et non de la cogestion.

Si les biens successoraux recueillis par un époux marié sous le régime de la communauté universelle entrent en communauté et si le conjoint de l'époux à qui ces biens sont échus a la qualité d'administrateur des biens de la communauté, il n'a pas la qualité d'héritier.

La première chambre civile en a déduit que cet époux n'avait pas qualité pour exercer une action en partage de ces biens et, par suite, qu'il était dépourvu d'intérêt à former tierce opposition au jugement ayant statué sur le partage.

Toutefois, l'action ne doit tendre « qu'au partage » de ces biens indivis. En effet, au cas où, comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 18 juin 1985 cité plus haut, il y aurait cession par l'un des époux de ses droits indivis, les articles 1422 et 1424 du Code civil auraient vocation à s'appliquer.

C – Étrangers

Étranger – Mesures d'éloignement – Réten­tion dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire – Prolongation de la réten­tion – Salle d'audience – Proximité immédiate du lieu de réten­tion – Détermination – Portée

Première chambre civile, 16 avril 2008 (Bull. n° 116, pourvoi n° 06-20390)

Première chambre civile, 16 avril 2008 (Bull. n° 117, pourvoi n° 06-20391)

Première chambre civile, 16 avril 2008 (Bull. n° 118, pourvoi n° 06-20978)

Alors que traditionnellement les audiences judiciaires en matière d'étranger se tenaient dans les tribunaux de grande instance, la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité du 26 novembre 2003 a introduit la possibilité d'audiences délocalisées du juge des libertés et de la détention à proximité immédiate des lieux de rétention.

Le conseil constitutionnel, par décision n° 2003-484 du 20 novembre 2003, a estimé qu'en autorisant le recours à des salles d'audience spécialement aménagées à proximité immédiate des lieux de rétention le législateur a entendu limiter des transferts contraires à la dignité des étrangers concernés, comme à une bonne administration de la justice et que; par elle-même, la tenue d'une audience dans une salle à proximité immédiate d'un lieu de rétention n'était contraire à aucun principe constitutionnel.

L'article L. 552-1 du Code de séjour des étrangers et du droit d'asile permet ainsi au juge des libertés et de la détention, si une salle d'audience attribuée au ministère de la Justice

lui permettant de statuer publiquement a été spécialement aménagée à proximité immédiate de ce lieu de rétention, de statuer dans cette salle.

Par trois arrêts de cassation, rendus en formation plénière de chambre, la première chambre civile a précisé, au visa de l'article L. 552-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, que la proximité immédiate exigée par l'article L. 552-1 précité était exclusive de l'aménagement spécial d'une salle d'audience dans l'enceinte d'un centre de rétention.

II. DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

DROIT DU TRAVAIL

Introduction

Restant, comme les années précédentes, inspirée par l'ambition d'une jurisprudence « raisonnable » et lisible, la chambre sociale a, tout au long de cette année 2008, poursuivi son patient travail de construction jurisprudentielle en rendant, comme à son habitude, de multiples décisions dans les domaines fort variés qui relèvent de sa compétence. Toutes sont bien sûr importantes et rendues au terme d'une réflexion aboutie. Certaines méritent toutefois une attention toute particulière et feront, pour ce motif, l'objet des commentaires qui suivent, soit qu'elles traduisent un revirement ou à tout le moins une évolution des solutions antérieures, d'ailleurs souvent liés à des contraintes induites par la nécessité impérative de respecter des normes supranationales omniprésentes en droit social, soit qu'elles enrichissent ou précisent une jurisprudence déjà acquise, soit enfin qu'elles aient pour objet de faire œuvre normative à propos de certains contentieux sensibles et montant en puissance ou susceptibles de croître en importance eu égard aux modifications législatives récentes.

C'est à la première catégorie qu'il convient, par exemple, de rattacher les arrêts du 23 janvier 2008 relatifs aux contrats à durée déterminée d'usage qui, revenant sur des précédents de 2003 pour, notamment, se conformer aux dernières décisions de la cour de justice des communautés européennes, a imposé aux juges de rechercher, non seulement que l'emploi ainsi pourvu relevait bien d'un secteur d'activité autorisé et que, pour l'emploi en cause, il existait un usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée, mais encore que le recours successif à ce type de contrats était « *justifié par l'existence d'éléments concrets et précis établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi* » ou encore celui du 1^{er} juillet 2008, rendu à propos du contrat « nouvelles embauches », ayant refusé toute efficience aux règles de rupture dérogatoires imaginées par l'ordonnance du 2 août 2005 eu égard aux exigences de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT), laquelle interdit de licencier un travailleur sans un motif valable lié à son aptitude, à sa conduite ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise et sans lui offrir préalablement la possibilité de se défendre contre les allégations formulées et exclut de lui faire supporter la charge exclusive de prouver l'absence de justification de la rupture.

Se rattachent à la deuxième catégorie les arrêts rendus, s'agissant de l'exécution du contrat de travail, à propos de la mise en œuvre de la clause de mobilité et des conséquences du refus du salarié de s'y soumettre ou encore les décisions relatives à la rémunération et à la durée du travail ayant, par exemple, rappelé les conditions de régularité d'une convention de forfait ou les conséquences d'une absence du salarié pendant la journée de solidarité ou précisé la manière de calculer les retenues pouvant être opérées sur le salaire des cadres rémunérés au forfait en cas de grève d'une durée inférieure à la journée ou à la demi-journée, sujet oublié du législateur.

Quant à la troisième des catégories évoquées plus haut, elle concerne les sujets justifiant qu'il soit fait, à leur propos, œuvre normative.

C'est dans cette optique que, prenant acte de la montée en puissance du contentieux relatif aux questions liées à des situations de harcèlement, discrimination ainsi qu'aux litiges mettant en jeu la règle « à travail égal, salaire égal », la chambre sociale s'est dotée courant 2008, d'une troisième sous-section dédiée à ce type de contentieux afin de clarifier ces différentes notions, souvent confondues au moins pour deux d'entre elles, et leur régime respectif, d'harmoniser les solutions fort disparates adoptées par les cours d'appel sur le sujet et de fournir aux juges du fond une méthode de résolution de ces types de litige.

Les premières décisions rendues par cette nouvelle formation ont concerné les situations de harcèlement. Revenant sur la position antérieure qui consistait à abandonner au pouvoir souverain des cours d'appel, l'appréciation de l'existence d'un harcèlement, et faisant œuvre normative, la chambre a en effet, par quatre arrêts du 24 septembre 2008, décidé de reprendre un contrôle de qualification en imposant du même coup aux juges du fond de vérifier que le salarié a établi la matérialité des faits qu'il invoque et de rechercher si, appréhendés dans leur ensemble, ces faits permettent de présumer l'existence du harcèlement dénoncé, l'employeur ayant alors à son tour la charge d'établir les éléments objectifs susceptibles de justifier la situation critiquée. Plus récemment, la section a dû se prononcer, aux termes de deux décisions du 16 décembre 2008, sur des questions de discrimination, approuvant ainsi une cour d'appel d'avoir retenu l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe dans une espèce où, à son retour de congé de maternité, la salariée s'était vue refuser la promotion qui avait été envisagée pour elle avant ce congé, le poste dont elle avait antérieurement assumé la responsabilité étant confié à un collègue masculin que l'employeur lui préférerait sans être en mesure de justifier ce choix (première décision) et sur les conditions de mise en œuvre du principe « à travail égal, salaire égal », précisant comment et à quelles conditions l'employeur pouvait moduler la rémunération de ses salariés en fonction de leurs diplômes respectifs (deuxième décision). Il s'agit de parvenir à terme, sur ces sujets sensibles, à la construction d'un ensemble de règles cohérentes et lisibles à la faveur d'une réflexion méthodique facilitée par le rapprochement des pourvois au cours d'audiences thématiques.

Un autre sujet sensible et important a concerné, cette année encore, celui des élections professionnelles appelées, on le sait à jouer un rôle considérable pour la représentativité syndicale avec la disparition de la présomption irréfragable bénéficiant jusque-là à certains syndicats résultant de la loi du 20 août 2008. À cet égard, il faut s'arrêter un instant sur les arrêts du 13 novembre 2008 relatifs aux « mis à disposition » qui, poursuivant l'évolution entreprise par l'arrêt du 28 février 2007, lui-même rendu dans le sillage de la décision du Conseil constitutionnel du 26 décembre 2006, a défini les critères de l'intégration étroite et permanente des salariés devant être comptabilisés dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice où ils exercent leur activité bien que dépendant d'un autre employeur ; poursuivant l'évolution entreprise sur cette question délicate, la chambre retient, qu'il s'agit de ceux qui « *abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs* ». On observera que, rendus sous l'empire du droit antérieur à la loi du 20 août

2008, ces décisions ne sont cependant pas demeurées totalement étrangères aux innovations législatives dont elles se sont pour partie inspirées. Resteront sans doute encore beaucoup d'écueils à franchir avant de circonscrire l'ensemble des difficultés liées à ces questions. Nul doute cependant, qu'un pas important a été accompli.

Côté statistiques, la chambre sociale a reçu, en 2008, 6090 pourvois (soit sensiblement le même nombre qu'en 2007) et en a terminé 5654 dont 3936 ont fait l'objet d'un arrêt. Les décisions rendues ont été, pour 43 %, des rejets, pour 19 %, des non-admissions, pour 38 % des cassations, le surplus représentant notamment des désistements (1 %) et des irrecevabilités (1 %); la durée moyenne des affaires qui avait été de 519 jours en 2007, s'est établie à 507 en 2008.

Les arrêts les plus significatifs rendus en 2008 sont classés en plusieurs rubriques, traditionnelles : 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. Une nouvelle rubrique a été créée cette année, compte tenu de l'importance de la notion et du contentieux qu'elle induit en droit social : égalité de traitement, discrimination et harcèlement.

- 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, mise à pieds..., engagement unilatéral), ainsi que les droits et obligations du salarié. Y figurent aussi les difficultés afférentes aux modifications de la situation juridique de l'employeur et au transfert du contrat de travail (article L. 122-12 du Code du travail). Y notamment commentées deux décisions concernant les conditions du recours au CDD d'usage (Soc., 23 janvier 2008, pourvoi n° 06-43 040 et n° 06-44 197; Soc., 24 septembre 2008, 06-43 529 et n° 06-43 530), ainsi que la décision rendue au sujet du contrat nouvelles embauches (CNE) (Soc., 1^{er} juillet 2008, n° 07-44 124).

- 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. C'est ainsi qu'on y trouvera commentés un arrêt concernant les conditions de prise en considération, dans le temps de travail, du temps de trajet, d'habillage et de déshabillage (Soc., 26 mars 2008, pourvoi n° 05-41 476), et un arrêt concernant l'obligation de l'employeur de mettre en mesure les salariés de comprendre le calcul de leur rémunération et de leurs commissions (Soc., 18 juin 2008, pourvoi n° 07-41 910).

- 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, qui cette année, comprend notamment un arrêt précisant que l'obligation pour l'employeur d'assurer la sécurité de ses salariés est une obligation de résultat (Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-45888).

- La quatrième rubrique, intitulée « Discrimination, harcèlement, égalité de traitement » est nouvelle. Elle évoque le droit des salariés au respect d'une égalité de traitement, d'une non-discrimination, et contient également les décisions rendues en matière de harcèlement matériel ou moral. Elle comprend cette année plusieurs arrêts très importants, et notamment un arrêt précisant la nature du contrôle effectué par la Cour de cassation sur les décisions rendues en matière de harcèlement (Soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 06-43504 et autres), un arrêt sur la discrimination hommes/femmes s'agissant de la situation d'une salariée après son retour de congé maternité (Soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 96-45262) et une décision énonçant que la différence de diplômes ne justifie pas en soi une différence de traitement si les diplômes sont de niveau équivalent (Soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-42107).

- La cinquième 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. Deux commentaires y sont consacrés à des arrêts concernant les conditions (obligation de consulter le comité d'entreprise à peine de priver la dénonciation d'effet) et les effets (caractérisation des avantages acquis maintenus à défaut d'accord de substitution) de la dénonciation d'un accord collectif (Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 07-60273 ; Soc., 1^{er} juillet 2008, pourvoi n° 06-44437).

- La sixième 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. Sont notamment commentés dans cette rubrique les arrêts précisant la notion d'intégration étroite et permanente à la collectivité de travail s'agissant des salariés mis à disposition pouvant être inclus dans les effectifs, l'électorat, et être éligibles le cas échéant dans l'entreprise d'accueil (Soc., 13 novembre 2008, pourvois n° 08-60331, n° 08-60332, 07-60465 et 07-60469 à 07-60472 ; Soc., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-60434)

- La septième 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 économique. On y trouvera cette année un arrêt approuvant les juges du fond d'avoir dit justifié le licenciement pour faute grave d'un salarié ayant, durant son temps de pause, fumé dans les locaux d'une entreprise de cartonnerie au mépris des règles internes à l'entreprise mais également des règles de sécurité liées à l'activité de cette entreprise (Soc., 1^{er} juillet 2008, pourvoi n° 06-46421), ainsi qu'un arrêt consacrant la possibilité de cumuler le montant des sommes dues au titre

d'une clause de garantie d'emploi et celles dues au titre de l'indemnité de préavis, les deux indemnités n'ayant pas la même nature (Soc., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-42640).

- Enfin la huitième rubrique « Actions en justice » concerne la saisine des juridictions (conseils de prud'hommes, 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 matière de recours, la haute juridiction a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises, au cours de l'année 2008, qu'il n'y avait pour toute la République qu'une Cour de cassation, ce qui conduit à appliquer sur tout le territoire les mêmes règles procédurales devant la Cour, notamment quant à la représentation obligatoire par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation (Soc., 14 mai 2008, pourvoi n° 06-43963, Bull. 2008, V, n° 5).

A – Contrat de travail, organisation et exécution du travail

1 – Emploi et formation

Contrats à durée déterminée d'usage

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

Chambre sociale, 23 janvier 2008 (Bull. n° 16, pourvois n° 06-43 040 et n° 06-44 197)

Par deux arrêts rendus le même jour en formation plénière, la chambre sociale s'est à nouveau prononcée sur les conditions dans lesquelles il peut être recouru aux contrats à durée déterminée dits d'usage prévus par l'article L. 1242-2, 3° (ancien article L. 122-1-1, 3°) du Code du travail.

Cette disposition permet de conclure un contrat à durée déterminée afin de pourvoir des emplois pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, il est « *d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire des emplois* ».

L'abondant contentieux auquel avait donné lieu l'application de l'article L. 122-1-1, 3° traduisait les difficultés à concilier les différentes dispositions régissant la matière. En particulier, celles de l'article L. 1242-1 du Code du travail, qui prohibent le recours au contrat à durée déterminée dès lors qu'il s'agit de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, paraissaient contredire celles de l'article L. 1243-11 du Code du travail en ce qu'il est interprété comme autorisant la reconduction illimitée des contrats à durée déterminée d'usage. La jurisprudence de la chambre sociale témoignait, dans ces conditions, d'incertitudes quant à l'objet des vérifications que les juges du fond étaient tenus d'effectuer, en particulier à travers un certain nombre d'arrêts approuvant

la requalification en contrat à durée indéterminée de contrats à durée déterminée d'usage lorsque leur succession conduisait à considérer qu'ils permettaient de pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Le souci de clarifier la matière afin de rendre moins malaisé le recours aux contrats à durée déterminée dans les secteurs d'activité où il en est fait un usage constant avait conduit la chambre sociale, par une série d'arrêts rendus le 26 novembre 2003 en formation plénière (Soc., 26 novembre 2003, Bull. 2003, V, n° 298) à modifier sa jurisprudence. Désormais, il suffisait, pour qu'il soit régulièrement recouru au contrat à durée déterminée dans le cadre de l'article L. 1242-2, 3°, que l'on se trouve dans l'un des secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, et que soit constatée, par une appréciation souveraine des juges du fond, l'existence dans ce secteur d'un usage constant permettant pour l'emploi concerné de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée. L'office du juge saisi d'une demande de requalification devait se limiter à cette double caractérisation. Suivant la formule du conseiller Bailly (« À propos du contrat à durée déterminée d'usage », *RJS* 2004 p. 7 et suivantes), « la ligne définie dans ces arrêts (rejetait) dans l'ombre toute discussion portant sur la durée effective du contrat, sur le lien entre l'emploi et l'activité permanente de l'entreprise et sur la nature des emplois en cause, autant d'éléments qui, dans la pratique, étaient une source d'incertitude et d'insécurité juridique ».

La chambre sociale a dû réexaminer la position résultant de ses arrêts du 26 novembre 2003 à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) relative à l'application de l'accord-cadre sur le contrat de travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 et mis en œuvre par la directive 1999/70/CE, du 28 juin 1999. Dans son arrêt *Konstantinos Adeneler* et autres du 4 juillet 2006 (aff. C-212/04), la CJCE, saisie de questions préjudicielles par une juridiction grecque, s'est attachée à l'interprétation de la clause 5, point 1, de l'accord-cadre qui, « afin de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs », impose aux États membres d'introduire dans leur ordre juridique, « quand il n'existe pas de mesures légales équivalentes visant à prévenir les abus », l'obligation d'introduire une ou plusieurs mesures détaillées par la clause, dont celle, relative à l'exigence de « raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats de travail à durée déterminée successifs » (clause 5, point 1, a) de l'accord-cadre, qui était précisément en cause dans la deuxième question préjudicielle. Y répondant, la CJCE a dit pour droit que la notion de « raisons objectives » au sens de la clause concernée, « requiert que le recours à ce type particulier de relations de travail, tel que prévu par la réglementation nationale, soit justifié par l'existence d'éléments concrets tenant notamment à l'activité en cause et aux conditions de son exercice » (point 75 de l'arrêt).

Dans son arrêt du 4 juillet 2006, la CJCE a rappelé que « le principe d'interprétation conforme requiert [...] que les juridictions nationales fassent tout ce qui relève de leur compétence, en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, aux fins de garantir la pleine effectivité de la directive en cause et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci » (point 111 de l'arrêt).

La chambre sociale, saisie de deux pourvois où étaient en cause des successions de contrats à durée déterminée d'usage, a considéré que la formulation de la position exprimée dans ses arrêts du 26 novembre 2003 était incomplète au regard des exigences résultant de la jurisprudence communautaire et de la nécessité de justifier le recours à des contrats à durée déterminée successifs par des raisons objectives et plus précisément par « *l'existence d'éléments concrets tenant notamment à l'activité en cause et aux conditions de son exercice* ».

C'est pourquoi, intégrant ces exigences, l'attendu de principe des deux arrêts du 23 janvier 2008 énonce que « *s'il résulte de la combinaison des articles susvisés du Code du travail que dans les secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, certains des emplois en relevant peuvent être pourvus par des contrats de travail à durée déterminée lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée, en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois, et que des contrats à durée déterminée successifs peuvent, en ce cas, être conclus avec le même salarié, l'accord-cadre susvisé, qui a pour objet, en ses clauses 1 et 5, de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs, impose de vérifier que le recours à l'utilisation de contrats successifs est justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi* ».

La ligne jurisprudentielle résultant des arrêts du 26 novembre 2003 s'infléchit donc en ce sens que se trouve réintroduite, dans les vérifications que sont tenus d'effectuer les juges du fond, celle tenant à la nature, temporaire ou non, de l'emploi précisément pourvu par les contrats successifs en cause.

Faisant application de sa position ainsi révisée, la chambre sociale a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour rejeter les demandes de requalification en contrat à durée indéterminée formées par une journaliste pigiste engagée par une succession de contrats à durée déterminée pour des émissions télévisées, s'est prononcée par des motifs inopérants tirés du caractère temporaire des programmes de télévision sans rechercher si l'emploi de journaliste pigiste occupé par la salariée dans le secteur de l'audiovisuel faisait partie de ceux pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée et si l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs était justifiée par l'existence d'éléments concrets et précis établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi (première espèce).

En revanche, elle a considéré qu'a légalement justifié sa décision une cour d'appel qui, après avoir relevé que l'enseignement figurait dans les secteurs d'activité où il peut être recouru à des « contrats à durée déterminée dits d'usage », a constaté que le salarié avait occupé le même emploi de formateur-professeur d'éducation artistique – pendant quatorze années scolaires successives et que cet emploi n'avait pas un caractère temporaire, la conclusion de contrats à durée déterminée successifs n'étant ainsi pas justifiée par des raisons objectives et la requalification de ceux-ci en un contrat à durée indéterminée s'en déduisant (deuxième espèce).

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

Salaire – Égalité des salaires – Atteinte au principe – Défaut – Conditions – Éléments objectifs justifiant la différence de traitement – Applications diverses

Chambre sociale, 24 septembre 2008 (Bull. n° 174, pourvois n° 06-43 529 et n° 06-43 530)

Par ses arrêts du 23 janvier 2008 (pourvois n° 06-43 040 et n° 06-44 197, Bull. 2008, V, n° 16, commentés ci dessus) la chambre sociale a encadré le recours à des contrats à durée déterminée successifs en imposant au juge de vérifier que ce recours était justifié par des raisons objectives qui s’entendent de l’existence d’éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l’emploi.

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

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

Les arrêts confortent, enfin, la solution retenue par la chambre dans un arrêt précédent concernant la même société (Soc. 31 octobre 2006, pourvoi n° 03-42 641, Bull., 2006, V, n° 320) en jugeant qu’il peut être fait exception à l’application du principe « à travail égal, salaire égal » lorsque les avantages dont bénéficient les salariés présents lors de la dénonciation d’un accord collectif, et que réclament ceux engagés postérieurement à cette dénonciation, ont pour objet de compenser, ne serait-ce que partiellement, le préjudice subi à cette occasion.

2 – Droits et obligations des parties au contrat de travail

Clause de mobilité

Modification – Modification imposée par l’employeur – Modification du lieu de travail – Refus du salarié – Clause de mobilité – Portée

Chambre sociale, 23 janvier 2008 (Bull. n° 19, pourvoi n° 07-40 522)

Il est acquis que la mise en œuvre d’une clause de mobilité incluse dans le contrat de travail correspond à un simple changement de ses conditions de travail et non à une modification du contrat de travail qui nécessiterait l’accord du salarié. Le refus du salarié d’accepter un changement de ses conditions de travail constitue une faute contractuelle, mais il

est désormais de jurisprudence constante, non plus qu'il ne constitue pas « nécessairement » une faute grave (Soc., 4 juin 1998, Bull., 1998, V, n° 300, pourvoi n° 96-41 414), mais qu'il ne constitue pas « à lui seul » une faute grave (Soc., 23 février 2005, Bull., 2005, V, n° 64, pourvoi n° 03-42018; Soc., 11 mai 2005, Bull., 2005, V, n° 156, pourvoi n° 03-41 753).

Depuis ces derniers arrêts, il est en général admis par la chambre sociale qu'en l'absence d'usage abusif par l'employeur de la clause de mobilité, le caractère délibéré et injustifié du refus du salarié de rejoindre sa nouvelle affectation n'est plus suffisant pour caractériser la faute grave (voir par exemple Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-46035; Soc. 17 octobre 2006, pourvoi n° 04-46400).

Cependant, en l'absence d'arrêt publié, il était encore permis d'hésiter sur la qualification de la faute en cas d'absence de justification par le salarié de son refus.

Dans cette affaire, revenue pour la seconde fois devant la Cour de cassation, une salariée ayant une grande ancienneté dans la société, où elle avait été engagée en qualité de caissière puis promue chef de groupe, a été licenciée pour faute grave tenant à son refus d'accepter à son retour de congé sabbatique une nouvelle affectation, nonobstant l'existence d'une clause de mobilité dans son contrat de travail.

Par arrêt confirmatif, la cour d'appel de Paris a décidé que le licenciement était fondé sur une faute grave, en considérant que la salariée avait bénéficié d'un délai de prévenance suffisant et qu'elle n'avait aucun motif impérieux pouvant justifier son refus. Cette décision a été cassée par arrêt du 7 décembre 2004 (pourvoi n° 02-41 640) de la chambre sociale, se fondant sur la règle prétorienne selon laquelle la seule circonstance que l'employeur n'ait pas commis d'abus dans la mise en œuvre de la clause de mobilité ne caractérise pas la faute grave du salarié qui a refusé de s'y soumettre (Soc., 4 février 2003, Bull. 2003, V, n° 37, pourvoi n° 01-40476).

La cour d'appel de Versailles, désignée juridiction de renvoi, a statué dans le même sens que la cour d'appel de Paris, après avoir ajouté dans ses motifs une nouvelle constatation tenant à l'impossibilité pour l'employeur d'affecter la salariée sur son poste antérieur, lequel n'était plus disponible, ou sur un emploi plus proche de son domicile. La salariée a formé un nouveau pourvoi en soutenant que cette motivation ne permettait toujours pas de caractériser la gravité de sa faute.

La faute grave est celle qui, par son importance, rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée même limitée du préavis (Soc., 2 février 2005, Bull., 2005, V, n° 42, pourvoi n° 02-45 748). C'est bien l'importance de la faute du salarié qui doit rendre impossible pour l'employeur de tolérer, même pendant une durée limitée, la présence physique du salarié dans l'entreprise (Soc., 27 septembre 2007, pourvoi n° 06-43 867), et non des circonstances extérieures à sa personne, comme en l'espèce l'indisponibilité du poste antérieur et l'absence d'emploi plus proche de son domicile, ce qui revenait pour la cour d'appel de renvoi à admettre, à l'instar de la première cour d'appel, que le refus délibéré et injustifié de la salariée suffisait à caractériser la faute grave de cette dernière.

De sorte que la chambre sociale avait une fois encore à se prononcer sur la question de savoir si, en l'absence d'usage abusif par l'employeur de la clause de mobilité, le refus délibéré et injustifié du salarié de rejoindre sa nouvelle affectation est suffisant pour caractériser une faute grave.

En répondant par la négative en réaffirmant que le refus, par le salarié dont le contrat de travail contient une clause de mobilité, de la modification de son lieu de travail constitue, en principe, un manquement à ses obligations contractuelles et donc, le cas échéant, une cause réelle et sérieuse de licenciement, mais ne caractérise pas à lui seul une faute grave, la chambre sociale a entendu mettre un terme à ces hésitations. Il faudra donc d'autres circonstances pour établir l'insubordination caractérisant la faute grave.

Salariés à temps partiel : priorité pour la reprise d'un emploi à temps complet

Travail à temps partiel – Demande d'attribution d'un emploi à temps complet – Priorité d'embauche – Conditions – Étendue

Chambre sociale, 24 septembre 2008 (Bull. n° 189, pourvoi n° 06-46292)

Selon l'article L. 3123-8 du Code du travail (ancien article L. 212-4-9, alinéa 1^{er}), les salariés à temps partiel qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps complet dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise, bénéficient d'une priorité pour l'attribution d'un emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent. La même priorité d'emploi est fixée pour les salariés travaillant à temps complet et souhaitant s'occuper à temps partiel. Et l'employeur s'expose, s'il ne respecte pas cette priorité, à des dommages-intérêts, l'article L. 3123-8 du Code du travail ne prévoyant pas de sanctions spécifiques au non-respect de cette priorité d'emploi (Soc., 29 mars 1995, pourvoi n° 91-45378).

Le législateur n'ayant pas défini les conditions dans lesquelles s'exercent ces priorités, la Cour de cassation faisant prévaloir l'esprit du texte sur sa lettre, a admis la possibilité pour un salarié à temps partiel, de réaliser sa priorité de travailler à temps plein en postulant à un deuxième contrat de travail à temps partiel, sous réserve que les conditions d'exercice de ces deux emplois soient compatibles entre elles, notamment en ce qui concerne l'horaire, la durée et la répartition du travail avec l'emploi occupé (Soc., 26 octobre 1999, pourvoi n° 97-41551).

Par le présent arrêt, la chambre sociale apporte des précisions complémentaires intéressantes sur la priorité d'emploi que prévoit l'article L. 212-4-9 du Code du travail.

En l'espèce, une psychologue travaillant depuis 1972 au sein d'une association, occupait depuis le mois de juillet 2000, un emploi à mi-temps. Le 20 juillet 2004, elle s'est portée candidate à l'emploi de psychologue clinicienne proposé en interne par l'employeur qui souhaitait remplacer la titulaire du poste en congé maladie, en recourant à un contrat à durée déterminée à trois quarts temps. Sa candidature n'ayant pas été retenue, la salariée a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de dommages-intérêts pour non-respect de la priorité prévue par l'article L. 3123-8 du Code du travail.

Il s'agissait donc de déterminer d'une part, si l'article précité autorisait la salariée, offrant d'ailleurs de quitter l'emploi à temps partiel qu'elle occupait, de passer à un temps partiel plus important (trois quarts temps au lieu de mi-temps), d'autre part, s'il lui était possible, bien que travaillant sans détermination de durée, d'exercer son droit de priorité pour un emploi précaire à durée déterminée.

Se référant d'abord, comme le lui suggérait le premier moyen du pourvoi de la salariée, à la clause 5 de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu le 6 juin 1997 et mis en œuvre par la directive 1997/81/CE du 15 décembre 1997 qui énonce que les employeurs doivent, autant que possible, prendre en considération « *les demandes de transfert des travailleurs à temps partiel à un travail à temps plein ou d'accroissement de leur temps de travail* », la chambre décide que ces dispositions combinées avec l'article L. 212-4-9 du Code du travail, permettent à un salarié à temps partiel d'exercer son droit de priorité pour accroître son temps de travail dans l'entreprise, dès lors que sont remplies les conditions prescrites par ce dernier texte.

Elle relève ensuite au visa de l'article L. 122-3-3, alinéa 1^{er}, devenu L. 1242-14 du Code du travail, instaurant l'égalité de traitement entre les salariés liés par un contrat de travail à durée indéterminée et ceux liés par contrat de travail à durée déterminée, qu'aucune disposition légale n'interdit au salarié, libre de ses choix, d'user de son droit de priorité sur un emploi à durée déterminée.

On voit l'intérêt de l'arrêt qui, élargissant les perspectives de l'article L. 3123-8 du Code du travail, offre à la population des salariés à temps partiel ne travaillant que quelques heures par semaine, le droit de prétendre au bénéfice d'un temps de travail accru lorsque l'employeur décidera d'augmenter la durée du travail dans l'entreprise.

Congé sabbatique

Congé sabbatique – Formalités légales – Information de l'employeur – Délai de trois mois – Non-respect – Portée

Chambre sociale, 12 mars 2008 (Bull. n° 41, pourvoi n° 06-43 866)

La chambre sociale a eu peu d'occasions de se prononcer sur des difficultés d'application des dispositions relatives au congé sabbatique, tel qu'institué par les articles L. 3142-91 et suivants du Code du travail (anciens articles L. 122-32-17 et suivants).

Ayant été saisie pour l'essentiel des conditions de retour à son travail du salarié qui a pris un congé sabbatique (Soc., 23 octobre 1991, Bull., 1991, V, n° 438; Soc., 2 juin 1992, Bull., 1992, V, n° 360), la chambre n'avait statué que dans une seule occasion sur les conditions de départ du salarié en congé sabbatique (Soc., 19 avril 1989, pourvoi n° 86-41 744).

L'arrêt rendu cette année (Soc., 12 mars 2008, pourvoi n° 06-43 866) retient d'autant plus l'attention qu'il marque une évolution de la jurisprudence de la chambre sociale par rapport à ce précédent.

En effet, la chambre sociale avait alors jugé que la salariée qui n'avait pas présenté à son employeur sa demande de congé sabbatique dans le délai légal, soit, selon l'article D. 3142-47 du Code du travail (ancien article L. 122-32-19), trois mois avant la date de son départ, s'était vue, à juste titre, refuser ledit congé.

Cette solution est apparue trop sévère à la chambre dans le cas des entreprises de 200 salariés et plus, entreprises dans lesquelles l'employeur ne peut s'opposer à la prise d'un

congé sabbatique par un salarié qui réunit les conditions pour en bénéficier, sauf à en différer, dans les limites et pour les motifs que prévoient les textes, la date de départ.

C'est pourquoi, la chambre sociale a décidé d'approuver l'arrêt de la cour d'appel qui avait considéré qu'en l'absence de texte sanctionnant une demande tardive du salarié, il y avait lieu de considérer que l'employeur, s'il pouvait s'emparer du non-respect du délai prévu par l'article D. 3142-47 du Code du travail pour différer la date de départ en congé sabbatique, n'était nullement dispensé de répondre au salarié dans le délai d'un mois fixé par l'article L. 3142-98 du Code du travail (ancien article L. 122-32-24), son accord étant acquis en cas de non-réponse dans ce délai.

Dans l'espèce, l'accord de l'employeur résultant de son absence de réponse dans le délai de trente jours, il ne pouvait procéder au licenciement pour faute grave, en raison d'une « absence illégale et délibérée », du salarié parti en congé sabbatique.

3 – Modification dans la situation juridique de l'employeur [...]

4 – Contrats particuliers

Contrat nouvelles embauches

Licenciement – Formalités légales – Exclusion – Contrat nouvelles embauches – Convention internationale du travail n° 158 – Conformité – Défaut – Étendue

Chambre sociale, 1^{er} juillet 2008 (Bull. n° 146, pourvoi n° 07-44 124)

Instauré par l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 et prévu à l'article L. 1223-4 de l'ancien Code du travail, le contrat « nouvelles embauches » pouvait être conclu par les employeurs qui occupaient au plus vingt salariés. Ce contrat, d'une durée indéterminée, différait essentiellement du contrat de droit commun par des modalités spécifiques de rupture applicables pendant les deux premières années suivant sa conclusion. L'employeur pouvait ainsi y mettre fin par lettre recommandée non motivée, sans être tenu non plus de procéder à un entretien préalable. Sauf en cas de faute grave, le salarié avait en ce cas droit au versement d'une indemnité égale à 8 % du montant total de la rémunération due depuis la conclusion du contrat.

La compatibilité de ce contrat aux dispositions de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail, qui est d'application directe en droit interne, avait été contestée devant les tribunaux.

Selon l'article 4 de cette Convention, un travailleur ne peut être licencié sans motif valable lié à son aptitude ou à sa conduite, ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise. L'article 7 de la Convention prévoit pour sa part que le licenciement ne peut intervenir avant qu'on ait offert au travailleur la possibilité de se défendre contre les allégations formulées. Enfin, en vertu de l'article 9, le salarié ne doit pas avoir à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié.

L'article 2§2 b) de la Convention prévoit néanmoins qu'un pays membre de l'OIT peut exclure l'application de la Convention aux travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et soit raisonnable. L'article 2§5 permet aussi d'exclure du bénéfice de la Convention d'autres catégories limitées de travailleurs salariés, pour des raisons tenant à des conditions d'emploi particulières, à la taille ou à la nature de l'entreprise.

La chambre sociale de la Cour de cassation a considéré en premier lieu que le contrat « nouvelles embauches » ne rentrait pas dans les catégories de contrats pour lesquelles il pouvait être dérogé au dispositif de protection de la Convention. Elle a retenu à cet égard que l'article L. 1223-4 du Code du travail alors applicable ne visait pas une catégorie limitée de salariés pour lesquels se poseraient des problèmes particuliers revêtant une certaine importance eu égard à la taille de l'entreprise, ne distinguait pas selon les fonctions occupées par les salariés, et ne limitait pas, autrement que par un délai d'attente de trois mois, la possibilité d'engager de nouveau le même salarié par un contrat de nature identique à celui précédemment rompu par le même employeur.

Elle a ensuite estimé que le contrat « nouvelles embauches » ne satisfaisait pas aux exigences de la Convention, dans la mesure où il écartait les dispositions générales relatives à la procédure préalable de licenciement, à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, à son énonciation et à son contrôle. Il privait ainsi le salarié du droit de se défendre préalablement à son licenciement et faisait exclusivement peser sur lui la charge de prouver le caractère abusif de la rupture.

Elle en a déduit que la rupture d'un contrat « nouvelles embauches » demeurait soumise aux règles d'ordre public du Code du travail applicables à tout contrat de travail à durée indéterminée. Par conséquent, s'il n'est pas motivé, le licenciement d'un salarié embauché selon un contrat « nouvelle embauche » doit être considéré comme sans cause réelle et sérieuse.

L'arrêt a été rendu sur avis conforme de l'avocat général.

B – Durée du travail et rémunérations

1 – Durée du travail, repos et congés

Convention de forfait en jours

Durée du travail – Réduction – Forfait en jours – Bénéficiaires – Cadres – Catégories concernées – Détermination – Énonciation dans les dispositions conventionnelles – Portée

Chambre sociale, 26 mars 2008 (Bull. n° 71, pourvoi n° 06-45 990)

Dans cette affaire, était posée pour la première fois à la Cour de cassation la question de la preuve de l'existence d'une convention individuelle de forfait prévue pour les cadres dits autonomes par l'article L. 3121-38 du Code du travail (ancien article L. 212-15-3 du Code du travail issu de la loi du 19 janvier 2000).

Traditionnellement, on admettait que les parties au contrat de travail pouvaient convenir de rémunérer d'une manière forfaitaire un certain nombre d'heures supplémentaires, la rémunération globale convenue incluant le paiement des heures « normales » et des heures supplémentaires. La jurisprudence, qui a encadré les conditions de licéité des conventions de forfait, exige notamment que l'accord des parties soit établi : « *Même si le principe en est posé par la convention collective, le paiement des heures supplémentaires selon un forfait ne peut résulter que d'un accord particulier entre l'employeur et le salarié* ». (Soc., 10 mars 2004, Bull., 2004, V, n° 77). « *Mais aucune disposition légale ou réglementaire n'exige l'existence d'un écrit pour l'établissement d'une convention de forfait* ». (Soc., 11 janvier 1995, pourvoi n° 93-41 525).

Les forfaits applicables aux cadres sont d'une nature différente puisqu'il s'agit, non d'un outil de calcul de la rémunération, mais d'un outil de calcul du temps de travail.

L'article L. 212-15-3 du Code du travail alors applicable était ainsi libellé, dans sa rédaction d'origine :

« I – Les salariés ayant la qualité de cadre [...] et qui ne relèvent pas des dispositions des articles L. 212-15-1 et L. 212-15-2 doivent bénéficier d'une réduction effective de leur durée de travail. Leur durée de travail peut être fixée par des conventions individuelles de forfait qui peuvent être établies sur une base hebdomadaire, mensuelle ou annuelle. La conclusion de ces conventions de forfait doit être prévue par une convention ou un accord collectif étendu ou par une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement qui détermine les catégories de cadres susceptibles de bénéficier de ces conventions individuelles de forfait ainsi que les modalités et les caractéristiques principales des conventions de forfait susceptibles d'être conclues [...].

« III – La convention ou l'accord collectif prévoyant la conclusion de forfait en jours [...] définit les catégories de salariés concernés pour lesquels la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée du fait de la nature de leurs fonctions, des responsabilités qu'ils exercent et du degré d'autonomie dont ils bénéficient dans l'organisation de leur emploi du temps. »

En l'espèce, une cour d'appel avait jugé qu'un salarié pouvait voir décompter son temps de travail selon un régime de forfait annuel en jours, l'accord des parties étant caractérisé en dépit de l'absence d'écrit.

La chambre sociale censure cette analyse en énonçant que « *les conventions individuelles de forfait établies sur une base hebdomadaire, mensuelle ou annuelle pour les cadres visés par l'article L. 212-15-3-I du Code du travail doivent nécessairement être passées par écrit* ». Ainsi, dès lors qu'aucune convention individuelle de forfait n'a été conclue par écrit entre les parties, la durée de travail d'un salarié ne peut être décomptée sur une base annuelle en jours.

Il convient de souligner à cet égard que les cadres ayant conclu une convention de forfait en jours sont uniquement soumis aux dispositions relatives au repos quotidien, repos hebdomadaire, jours fériés et congés payés. Ils ne sont pas soumis à la réglementation des heures supplémentaires, ni aux durées maximales hebdomadaire et journalière.

Par ailleurs, la chambre censure également les juges du fond en ce qu'ils ont considéré que l'accord d'entreprise prévoyant la possibilité de conclure une convention de forfait annuel en jours avec les cadres commerciaux permettait la conclusion d'une telle convention avec le cadre concerné, alors que celui-ci était cadre technique et relevait donc d'une catégorie non visée par l'accord.

Il avait déjà été jugé qu'un accord d'entreprise, conclu en 1999, qui a instauré un forfait en jours concernant les agents de maîtrise de l'entreprise, alors que l'article L. 212-15-3 du Code du travail, issu de la loi du 19 janvier 2000, réserve ce mode de décompte de la durée du travail aux seuls cadres, ne saurait être appliqué à la situation d'un salarié, agent de maîtrise, pour s'opposer à sa demande de rappel au titre d'heures supplémentaires (Soc., 5 avril 2006, Bull. 2006, V, n° 142, p. 138).

Temps de trajet et temps d'habillage

Durée du travail – Travail effectif – Temps assimilé à du travail effectif – Exclusion – Temps habituel de trajet entre le domicile et le lieu de travail
Chambre sociale, 26 mars 2008 (Bull. n° 73, pourvoi n° 05-41 476)

Dans un arrêt prononcé le 26 mars 2008, rendu dans une affaire opposant la Société de transports publics de l'agglomération stéphanoise à des organisations syndicales, la chambre sociale de la Cour de cassation est venue apporter d'importantes précisions sur les contours de la notion de temps de travail.

Une partie des chauffeurs de cette société de transport urbain prend leur service le matin dans un dépôt, pour l'achever l'après-midi en centre-ville, tandis que d'autres les relaient en centre-ville et finissent leur service au dépôt.

Estimant, d'une part, que les salariés étaient ainsi tenus de déposer leur véhicule au dépôt pour prendre leur service en un autre lieu ou en revenir et, d'autre part, que les intéressés étaient dans l'obligation de revêtir leur tenue de travail sur le lieu de leur travail, des organisations syndicales ont saisi un tribunal de grande instance d'une demande tendant notamment à ce que le temps de trajet nécessaire pour effectuer la relève ou regagner le dépôt en fin de service soit considéré comme du temps de travail effectif et rémunéré comme tel, et que la société soit condamnée à ouvrir des négociations permettant de conclure un accord sur la compensation du temps nécessaire pour revêtir ou quitter l'uniforme.

Déboutés en première instance, ils obtenaient satisfaction devant la cour d'appel, laquelle retenait, sur la question des temps de trajet, que « *même si le retour au dépôt n'est pas imposé par le règlement, c'est bien l'organisation même du service, par la dissociation des sites de prise et de fin de service nécessitée par la continuité du service public, qui impose aux conducteurs d'effectuer, à la fin de leur service ou avant la prise de relève, ce passage au dépôt* » et que, durant ce temps de trajet, « *le conducteur ne peut vaquer à ses activités personnelles puisqu'il est soumis à un horaire* ». Sur la question des temps d'habillage et de déshabillage, la cour d'appel juge que l'employeur ne pouvant imposer à un salarié de revêtir ou d'enlever sa tenue de travail à son domicile, il y avait lieu d'enjoindre à la société de transport d'engager des négociations sur les contreparties devant être déterminées par accord collectif.

Par un arrêt rendu le 26 mars 2008, la chambre sociale censure cette décision.

Elle rappelle, d'abord, qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 212-4 du Code du travail alors applicable, le temps de travail effectif est celui pendant lequel le salarié est à la disposition de son employeur et doit se conformer à ses directives, sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles. Par conséquent, dès lors qu'en l'espèce, les salariés n'étaient pas tenus de retourner au dépôt en fin de service et ne s'y rendaient que pour convenances personnelles, ils ne pouvaient être considérés comme étant à la disposition de leur employeur, au sens de l'article L. 212-4, durant le trajet les ramenant à ce dépôt pour récupérer leur véhicule personnel.

La chambre sociale opère par ailleurs un revirement de jurisprudence sur les conditions de mise en œuvre des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 212-4 du Code du travail, relatives au temps d'habillage et de déshabillage de la tenue de travail.

Selon ce texte, « *lorsque le port d'une tenue de travail est imposé par des dispositions législatives ou réglementaires, par des clauses conventionnelles, le règlement intérieur ou le contrat de travail et que l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail, le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage fait l'objet de contreparties soit sous forme de repos, soit financières, devant être déterminées par convention ou accord collectif ou à défaut par le contrat de travail* ».

Dans un précédent arrêt du 26 janvier 2005, elle avait jugé que lorsque le port d'une tenue de travail était imposé aux salariés, les opérations d'habillage et de déshabillage devaient être réalisées dans l'entreprise ou sur le lieu de travail. Autrement dit, le caractère obligatoire du port d'une tenue supposait obligatoirement que le temps d'habillage et de déshabillage ait lieu au sein de l'entreprise ou sur le lieu du travail.

Dans son arrêt du 26 mars 2008, la chambre sociale revient sur cette jurisprudence. Elle considère en effet désormais que l'article L. 212-4, alinéa 3, pour être applicable, suppose que l'habillage et le déshabillage aient obligatoirement lieu dans l'entreprise ou sur le lieu de travail. Elle en déduit que l'employeur n'est tenu d'allouer une contrepartie au temps nécessaire à l'habillage et au déshabillage que si les deux conditions prescrites par le texte sont réunies, à savoir le port d'une tenue de travail obligatoire, d'une part, et l'habillage et le déshabillage dans l'entreprise ou sur le lieu de travail, d'autre part.

Or, en l'espèce, les conducteurs stéphanois, bien qu'astreints, en vertu du règlement intérieur, au port d'une tenue de travail, n'avaient pas l'obligation de la revêtir et de l'enlever sur leur lieu de travail. Ils n'étaient par conséquent pas fondés à exiger de l'employeur l'ouverture de négociations destinées à conclure un accord sur la compensation du temps nécessaire pour revêtir ou quitter leur uniforme.

Cet arrêt a été rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général.

Journée de solidarité

Repos et congés – Jours fériés – Journée de solidarité – Journée de solidarité fixée un jour férié précédemment chômé – Salarié absent ou gréviste – Salarié mensualisé – Retenue sur salaire – Possibilité

Chambre sociale, 16 janvier 2008 (Bull. n° 13, pourvois n° 06-42327 et n° 06-43-124)

La chambre sociale, par ces arrêts, statue pour la première fois sur l'application des dispositions de la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004, laquelle a introduit dans le Code du travail les articles L. 3133-7 à L. 3133-12 (anciens articles L. 212-16 et L. 212-17), qui instituent une journée de solidarité en vue d'assurer le financement des actions en faveur de l'autonomie des personnes âgées ou handicapées.

La date de la journée de solidarité doit être fixée par une convention, un accord de branche ou une convention ou un accord d'entreprise soit un jour férié précédemment chômé autre que le 1^{er} mai, soit un jour de réduction du temps de travail tel que prévu à l'article L. 3122-6 du Code du travail, soit un jour précédemment non travaillé en application de dispositions conventionnelles ou des modalités d'organisation des entreprises. En l'absence de convention ou d'accord, la journée de solidarité est le lundi de Pentecôte.

Dans les espèces soumises à la chambre sociale, la journée de solidarité avait été fixée dans les entreprises dont il s'agit au lundi de Pentecôte. Une retenue sur salaire avait été pratiquée pour les salariés qui avaient été absents ce jour-là, soit pour grève, soit sans justification. Les salariés concernés en demandaient le remboursement, en faisant valoir que selon l'article L. 3133-7 du Code du travail, la journée de solidarité « *prend la forme d'une journée supplémentaire de travail non rémunéré pour les salariés [...]. Le travail accompli, dans la limite de sept heures, durant la journée de solidarité ne donne pas lieu à rémunération lorsque le salarié est rémunéré en application de la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle* ». Ils en déduisaient que la journée de solidarité étant une journée de travail non payée, l'employeur ne peut, faute de contrepartie, effectuer une retenue sur le salaire des salariés absents ce jour-là sans prononcer une sanction pécuniaire prohibée.

Les pourvois posaient donc la question de savoir si un salarié mensualisé qui fait grève ou qui est absent pour un autre motif lors de la journée de solidarité fixée dans l'entreprise à un jour férié peut se voir retenir une fraction de son salaire correspondante à une journée de travail.

La chambre sociale répond très fermement par l'affirmative en énonçant que lorsque la journée de solidarité est fixée un jour férié précédemment chômé pour lequel le salarié aurait été rémunéré par l'effet de la mensualisation, l'absence de l'intéressé autorise l'employeur à pratiquer une retenue sur salaire, laquelle ne constitue pas une sanction pécuniaire.

Cette solution se situe dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure.

En effet, s'agissant de la question générale des incidences de la grève sur le salaire, la grève suspendant l'exécution du contrat de travail, l'employeur est délié de l'obligation de

payer le salaire pendant toute la durée de l'arrêt de travail et le bénéfice des jours fériés chômés et payés inclus dans une période de grève ne peut pas être revendiqué par le salarié gréviste (Soc., 24 juin 1998, Bull. 1998, V, n° 335; Soc., 14 avril 1999, Bull. 1999, V, n° 179).

Par ailleurs, abstraction faite du 1^{er} mai, l'employeur est en droit de faire travailler ses salariés un jour férié sans leur verser de rémunération supplémentaire et de pratiquer une retenue sur le salaire de ceux qui se trouveraient en absence injustifiée, sauf si le chômage de ce jour constitue un droit pour les salariés en vertu par exemple d'un usage ou d'un texte conventionnel (Soc., 4 décembre 1996, Bull. 1996, V, n° 421; Soc., 3 juin 1997, pourvoi n° 94-42 197).

Enfin, une retenue pour grève ou pour un autre motif d'absence ne constitue pas une sanction pécuniaire, comme telle prohibée par l'article L. 1331-2 du Code du travail, dès lors du moins que la somme retenue sur le salaire n'excède pas le temps non travaillé (Soc., 11 juillet 1989, Bull. 1989, V, n° 516; Soc., 8 juillet 1992, Bull. 1992, V, n° 445; Soc., 19 juillet 1994, Bull. 1994, V, n° 241).

En conséquence, la chambre sociale décide que la journée de solidarité, lorsqu'elle est fixée un jour férié, appelle le même traitement que n'importe quel jour férié travaillé. La journée de solidarité étant en réalité non pas une journée de travail non rémunérée, mais une journée ne donnant pas lieu à rémunération supplémentaire car déjà rémunérée par l'effet de la mensualisation, la retenue sur salaire pour absence, quel que soit le motif de celle-ci, est licite.

Jours fériés et temps partiel

Travail à temps partiel – Égalité de traitement avec les salariés à temps plein – Salaire – Règle de la proportionnalité – Application

Chambre sociale, 5 juin 2008 (Bull. n° 128, pourvoi n° 06-41 203)

Comment respecter l'égalité entre salariés à temps complet et salariés à temps partiel, voire entre ces derniers eux-mêmes, à l'occasion de la récupération de jours fériés tombant un jour de repos? Deux thèses s'affrontent sur ce que l'on peut appeler la « valorisation » du jour férié récupéré par un salarié à temps partiel : soit on l'évalue à hauteur de l'horaire effectivement pratiqué par le salarié lorsqu'il travaille, solution plus avantageuse pour l'intéressé considéré individuellement, soit on le prend en compte selon l'horaire journalier théorique de l'intéressé, solution plus collective en ce qu'elle tend à introduire une comparaison avec la situation des autres salariés.

La règle d'égalité posée par les alinéas 1^{er} et 3 de l'article L. 212-4-5, devenus respectivement les articles L. 3123-11 et L. 3123-10 du Code du travail, postule que les salariés à temps partiel bénéficient des droits reconnus aux salariés à temps complet par la loi, les conventions et les accords d'entreprise ou d'établissement, sous réserve, en ce qui concerne les droits conventionnels, de modalités spécifiques prévues par une convention ou un accord collectif. Compte tenu de la durée de leur travail et de leur ancienneté dans l'entreprise, leur rémunération est proportionnelle à celle du salarié qui, à qualification égale, occupe à temps complet un emploi équivalent dans l'établissement ou l'entreprise.

Ce principe d'égalité s'énonce certes aisément, mais son application peut s'avérer bien plus complexe.

Dans l'espèce présentement commentée, un accord d'entreprise de réduction du temps de travail fixant la durée collective annuelle du travail effectif à 1 575 heures disposait que tous les salariés en activité bénéficieraient de onze jours fériés par an et que les salariés employés à temps partiel jouiraient des mêmes droits que ceux employés à temps plein. L'employeur, voulant maintenir une égalité entre ces différentes catégories de salariés, avait mis en place une méthode de proratisation des droits des intéressés destinée à éviter des distorsions de rémunération entre eux et consistant :

- 1) à conférer aux jours fériés une « valeur » correspondant à une durée journalière théorique (ou horaire quotidien théorique), définie comme le résultat de la division de la durée hebdomadaire de travail du salarié par cinq, nombre arrêté par l'employeur pour permettre une comparaison avec les salariés à temps partiel travaillant moins de cinq jours ;
- 2) à calculer les droits des intéressés aux 11 jours fériés sur la base de cette durée théorique ;
- 3) à convertir le résultat en nombre de jours au regard de la durée quotidienne réelle, afin d'obtenir le nombre de « jours équivalents » que les salariés pouvaient prendre.

En pratique, comme l'infirmière salariée concernée par le présent litige travaillait à raison de 1 012 heures 30 par an représentant 64,28 % de la durée collective de 1 575 heures, soit en moyenne 22 heures 30 par semaine réparties sur trois jours, et donc 7 heures 30 par semaine, elle s'était vue reconnaître, en vertu du système appliqué par l'employeur, une durée de travail théorique de 4 heures 30 par jour (22 heures 30/5) et par suite le bénéfice de onze jours fériés de 4 heures 30 chacun, équivalents à 6,66 jours fériés de 7 heures 30.

Le conseil de prud'hommes, accueillant la contestation de la salariée qui s'estimait non remplie de ses droits par l'attribution de seulement 6,66 jours fériés, a ordonné à l'employeur d'accorder à son employée onze jours fériés annuels calculés sur la base de 7 heures 30 chacun. La juridiction prud'homale a en effet considéré que l'intéressée, ayant droit comme les salariés à temps complet à onze jours fériés, devait, lorsque ces jours tombaient un jour de repos, les récupérer sur des journées de travail de 7 heures 30, de manière à maintenir son salaire au pourcentage contractuel de 64,28 % d'un temps complet.

Par son arrêt du 5 juin 2008, la chambre sociale a cassé cette décision au motif de principe suivant : « *Si l'employeur doit accorder au salarié à temps partiel le nombre de jours fériés auquel celui-ci peut prétendre, en revanche il est fondé à rémunérer ces jours fériés sur la base de la durée théorique journalière de travail du salarié à temps partiel* ». Le jugement est dès lors censuré non pas parce qu'il a ordonné à l'employeur d'accorder à la salariée le nombre de jours fériés prévu par l'accord d'entreprise, mais en ce qu'il a refusé d'appliquer la rémunération correspondant à la durée théorique journalière de travail du salarié à temps partiel.

Sur le premier point, la Cour de cassation reste dans la ligne de sa jurisprudence selon laquelle, en raison de sa finalité, le jour férié doit être respecté et par conséquent pris (ainsi jugé à propos d'un jour férié chômé coïncidant avec un jour de repos acquis au titre d'un accord de réduction du temps de travail : Soc., 11 juillet 2007, Bull. 2007, V, n° 124, pourvois n° 06-41575 à 06-41 583).

Sur le second, en revanche, la chambre sociale innove en admettant que l'égalité proportionnelle (proratisation) entre salariés à temps partiel et salariés à temps complet, comme celle entre les salariés à temps partiel eux-mêmes, puisse être assurée par un mode de calcul théorique de la valeur journalière des jours fériés corrigeant les écarts arithmétiques induits par le fait que plus le nombre de jours travaillés par le salarié à temps partiel dans la semaine est réduit, plus son nombre d'heures de travail réel par jour est important.

Cette conception de l'égalité est à comparer avec celle résultant d'un arrêt de 1993 par lequel il avait été jugé qu'une salariée travaillant à temps partiel à raison de 7,7 heures de travail par jour sur une période de quatre jours, devait percevoir une rémunération égale à 7,7 heures de travail en cas de jour férié payé par l'employeur tombant l'un de ses jours de travail (Soc., 10 novembre 1993, pourvoi n° 89-45049, Bull. 1993, V, n° 264).

2 – Rémunérations

Calcul des commissions variables

Salaire – Fixation – Éléments de calcul – Information du salarié – Obligation de l'employeur – Étendue – Détermination – Portée

Chambre sociale, 18 juin 2008 (Bull. n° 134, pourvoi n° 07-41910)

Dans un arrêt rendu le 18 juin 2008, la chambre sociale de la Cour de cassation a tranché la question de savoir si un employeur pouvait refuser de communiquer au salarié des données servant de base au calcul de sa rémunération.

Dans deux affaires soumises à la Cour de cassation, deux salariés, ayant le statut de VRP, étaient rémunérés sur la base de commissions calculées, d'après les stipulations de leurs contrats de travail, selon un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé à partir des commandes obtenues par leur intermédiaire.

Reprochant à l'employeur de refuser de leur communiquer les bases de calcul des commissions, les deux intéressés ont pris acte de la rupture de leurs contrats et saisi un conseil de prud'hommes.

Le conseil de prud'hommes, puis la cour d'appel, retenant que le salaire constituait un élément essentiel du contrat de travail et que l'un des droits fondamentaux du salarié était de connaître les bases de calcul de sa rémunération, ont dit que la prise d'acte de la rupture produisait les effets d'un licenciement et condamné l'employeur à payer aux salariés diverses sommes.

L'employeur a formé un pourvoi en cassation en soutenant que, sauf abus ou mauvaise foi dans l'exécution de son contrat, il était en droit de refuser de communiquer à un salarié certaines données intégrées dans le calcul de sa rémunération si la divulgation de ces informations était de nature à porter atteinte aux intérêts légitimes de l'entreprise.

La chambre sociale a rejeté ce recours au motif que le salarié disposait du droit élémentaire de connaître les bases de calcul de son salaire, lequel était un élément essentiel du

contrat de travail. Par conséquent, l'employeur, à qui il appartenait de choisir, pour la détermination de la partie variable de la rémunération de son salarié, une assiette et des paramètres pouvant être portés à la connaissance de ce dernier et vérifiables par lui, ne pouvait invoquer l'intérêt de l'entreprise pour s'opposer à la communication des éléments nécessaires à la transparence de ses calculs.

Nature de l'indemnité de départ à la retraite

Retraite – Indemnité de départ en retraite – Nature – Effet

Chambre sociale, 30 janvier 2008 (Bull. n° 29, pourvoi n° 06-17531)

L'article L. 1237-9 du Code du travail (ancien article L. 122-14-13) prévoit que le salarié quittant volontairement l'entreprise pour bénéficier du droit à une pension de vieillesse a droit à l'indemnité de départ en retraite prévue à l'article 6 de l'accord annexé à la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 et que le salarié dont la mise à la retraite résulte d'une décision de l'employeur a droit à une indemnité de départ en retraite équivalente à l'indemnité de licenciement.

La question inédite posée dans la présente affaire était la suivante : l'indemnité de départ en retraite est-elle soumise à la procédure de saisie des rémunérations prévue par les articles L. 3252-1 et suivants du Code du travail (anciens articles L. 145-1 et suivants)? Y a-t-il lieu de distinguer suivant que la rupture émane d'une décision du salarié ou de l'employeur?

La chambre sociale de la Cour de cassation avait décidé (Soc., 7 juillet 1988, pourvoi n° 87-11 102) que l'indemnité de départ en retraite a dans tous les cas le caractère de complément de salaire.

Ultérieurement, elle a reconnu un caractère indemnitaire à l'indemnité de départ en retraite lorsque la rupture est intervenue à l'initiative de l'employeur (Soc., 30 juin 1998, pourvoi n° 96-41 443) ou lorsque le salarié a accepté de quitter l'entreprise dans le cadre d'une restructuration du volume des effectifs (Soc., 23 mai 2000, pourvoi n° 97-42 444) ou d'un plan social (Soc., 12 novembre 2003, pourvoi n° 01-43 013). La même solution a été adoptée s'agissant d'une indemnité contractuelle de fin de carrière versée à l'occasion d'un licenciement (Soc., 13 octobre 2004, Bull. 2004, V, n° 257).

La deuxième chambre civile (deux. ch. civ., 15 novembre 2005, pourvoi n° 04-30 279) a opéré la même distinction quant à l'initiative de la rupture en jugeant que devaient être soumises à cotisation sociale des sommes versées à l'occasion de la rupture résultant d'un licenciement seulement apparent, complété d'une transaction entre les parties, en raison du départ volontaire du salarié à la retraite.

Dans le prolongement de cette jurisprudence, la chambre sociale décide que l'indemnité de départ en retraite versée au salarié qui quitte volontairement l'entreprise pour bénéficier du droit à une pension de vieillesse n'a pas pour objet de compenser un préjudice et constitue dès lors une rémunération, ce dont il résulte qu'elle est soumise aux règles de saisie prévues par le Code du travail.

C – Santé et sécurité au travail

Étendue de l'obligation de l'employeur d'assurer la sécurité des salariés

Employeur – Obligations – Sécurité des salariés – Obligation de résultat – Étendue – Détermination – Portée

Chambre sociale, 5 mars 2008 (Bull. n° 46, pourvoi n° 06-45 888)

On sait que l'employeur est tenu d'assurer la sécurité et de protéger la santé de son personnel dans l'accomplissement du travail et que cette obligation constitue une obligation de Résultat. Cette obligation trouve son fondement dans les dispositions de l'article L. 4121-1 du Code du travail (ancien article L. 230-2), telles qu'elles résultent de la loi du 31 décembre 1991, transposant la directive n° 89/391/CE du 12 juin 1989, laquelle impose à l'employeur « *d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs dans tous les aspects du travail* » (article 5.1) et de prendre « *les mesures nécessaires pour la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, y compris les activités de prévention des risques professionnels* », notamment en évitant les risques, en évaluant ceux qui ne peuvent être évités, en les combattant à leur source et en planifiant la prévention (articles 6.2, a, b, c, g). La CJCE a certes jugé que la directive n'imposait pas aux États membres de mettre en place un régime de responsabilité sans faute et que ceux-ci disposaient d'une « *marge de manœuvre* » dans la transposition du texte européen, y compris en ce qu'il les autorise à limiter la responsabilité de l'employeur « *pour des faits dus à des circonstances qui sont étrangères à ces derniers, anormales et imprévisibles ou à des événements exceptionnels dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toutes les diligences déployées* » (CJCE, 14 juin 2007, aff. n° C-127/05, *Commission c./Royaume-Uni*). Mais les causes d'exonération ainsi envisagées caractérisent, en droit français, une obligation de résultat (sur cet aspect de la question : rapport annuel, 2006, pp. 221-226). Cette obligation de résultat a été consacrée par la Cour de cassation dans des arrêts du 28 février 2002 (Soc., 28 février 2002, Bull. 2002, V, n° 81) et du 24 juin 2005 (Ass. plén., 24 juin 2005, Bull. ass. plén., n° 7), en matière de responsabilité de l'employeur au titre des maladies et accidents liés au travail. Sa prise en compte a également conduit la chambre sociale à juger que l'employeur devait à ce titre prendre les mesures nécessaires pour que les salariés soient protégés, sur leur lieu de travail, contre les dangers d'une exposition au tabagisme (Soc., 29 juin 2005, Bull., 2005, V, n° 219, rapport annuel 2005, p. 247) et à retenir que, pour protéger leur santé, le temps nécessaire à la propreté de salariés exposés à des travaux salissants devait être rémunéré comme temps de travail (Soc., 17 octobre 2007, pourvoi n° 06-41 444).

Le présent arrêt approuve une cour d'appel d'avoir suspendu les effets d'une note de service de l'employeur qui mettait en place une nouvelle organisation du travail de surveillance et de maintenance d'installations, dans un site industriel classé « *Séveso* ». La chambre sociale relève que l'obligation de sécurité de résultat qui pèse sur l'employeur lui impose de prendre les mesures nécessaires à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et, en sens inverse, qu'elle ne lui permet pas de mettre en place des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité du personnel. L'arrêt répond ainsi à la première critique qui était faite à la décision attaquée et qui était celle d'avoir porté atteinte au pouvoir de direction de l'employeur et de s'être immiscée dans

l'exercice de ce pouvoir, sans que la méconnaissance d'une obligation particulière de sécurité soit constatée. Or, d'une part, l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur dans l'organisation du travail trouve sa limite nécessaire dans la méconnaissance des obligations qui lui incombent légalement, notamment pour garantir la santé et la sécurité du personnel, d'autre part, les constatations des juges d'appel étaient de nature à établir que le nouveau dispositif de maintenance mis en place dans un souci de rationalisation mais aussi d'économie aggravait les risques inhérents aux fonctions exercées par les travailleurs concernés, sans que les procédures d'assistance prévues s'avèrent suffisantes pour garantir leur sécurité. Elle pouvait donc considérer que les mesures prises par l'employeur devaient être suspendues, dès lors qu'elles étaient de nature à compromettre la santé et la sécurité des salariés, en créant pour eux un risque spécial.

Droit d'abstention

Personnel – Personnel navigant professionnel – Contrat de travail – Défaut d'exécution – Article 3.1.3 de l'annexe I du décret n° 91-660 du 11 juillet 1991 – Abstention d'un membre de l'équipage en raison d'une déficience ressentie – Paiement du salaire par l'employeur – Exclusion – Portée
Chambre sociale, 10 juin 2008 (Bull. n° 130, pourvoi n° 06-46000)

Le Code de l'aviation civile prévoit dans une annexe que tout membre de l'équipage doit s'abstenir d'exercer ses fonctions « *dès qu'il ressent une déficience quelconque de nature à lui faire croire qu'il ne remplit pas les conditions d'aptitude nécessaires* » à leur exercice. Cette règle de prudence est destinée à garantir la sécurité des vols. Celle-ci ne peut en effet être assurée qu'à la condition que le personnel navigant soit en état d'accomplir convenablement ses tâches. Il existe une certaine similitude entre cette obligation mise à la charge du personnel et l'obligation qui, d'une manière générale, est faite à chaque salarié, par l'article L. 4122-1 du Code du travail (ancien article L. 230-3), de prendre soin de sa santé et de sa sécurité, ainsi que de celle des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions. Mais le texte du Code de l'aviation civile ne précise pas quelles sont les conséquences de l'exercice du « *devoir d'abstention* » qu'il met à la charge des membres d'équipage. La question s'est alors posée de savoir si l'employeur est tenu de rémunérer un salarié qui refuse, pour ce motif, d'accomplir le travail commandé. La cour d'appel avait répondu par l'affirmative, en considérant que l'obligation de sécurité constituait un risque d'entreprise que devait assumer le transporteur aérien, tenu de garantir la sécurité des passagers ; qu'il lui revenait à ce titre de rémunérer le salarié exerçant ce droit et se tenant à sa disposition et qu'il ne pouvait appliquer un régime différent de retenues sur salaires aux membres du personnel en fonction de la catégorie dont ils relèvent (navigant commercial ou technique).

Sur le premier point, le devoir de prudence imposé aux membres de l'équipage ne se confond pas avec le droit de retrait accordé au salarié par l'article L. 231-8 (article L. 4131-1 nouveau) du Code du travail, qui ne peut donner lieu à aucune retenue de salaire selon l'article L. 4131-3. L'abstention du salarié ne résulte pas ici d'un danger lié aux conditions de travail et incombant à ce titre à l'employeur. Sa décision est uniquement justifiée par l'idée qu'il peut se faire de sa propre aptitude à effectuer correctement son travail. Elle n'a donc pas sa source dans un risque créé par l'employeur et dont celui-ci devrait à ce titre supporter

les conséquences. Il est certain que, sauf abus, le membre d'équipage qui refuse de remplir son service pour cette raison ne pourra faire l'objet d'une sanction, puisqu'il a un motif légitime de ne pas travailler. Mais il n'est pas possible de déduire de ce texte, propre à la sécurité aérienne, que par dérogation au droit commun du contrat de travail, l'employeur est tenu de rémunérer un travail non accompli ou qu'il est obligé de proposer une autre affectation à l'agent qui refuse d'accomplir son service parce qu'il estime ne pas être en mesure de l'effectuer correctement. Il convient en effet de rappeler qu'un salarié qui n'est pas en mesure de travailler, fût-ce pour une cause légitime (par exemple, en raison d'une indisposition passagère) ne peut prétendre au paiement d'un salaire, sauf si un usage ou une disposition légale, conventionnelle ou contractuelle le prévoit (Soc., 8 juin 2005, Bull. 2005, V, n° 193, pourvoi n° 03-44913, RJS 8-9/05, n° 830).

Sur le second point, relatif à l'atteinte à l'égalité de traitement, les juges d'appel l'avaient retenue en se fondant sur le fait que les retenues appliquées aux pilotes exerçant ce droit n'affectaient pas la part fixe de leur rémunération, à la différence du personnel navigant commercial, mais seulement leurs primes de vol. Cependant, cette différence de traitement devait être appréciée en tenant compte de la différence de situation qui existait entre ces deux catégories de personnel, en ce qui concerne leur mode de rémunération. Un manquement de l'employeur au principe d'égalité de traitement ne pouvait donc être caractérisé qu'à la condition de vérifier au préalable si les retenues opérées produisaient ou non des résultats équivalents. Le « principe d'égalité de traitement » auquel renvoie le visa de cassation se retrouve déjà dans un arrêt non publié du 30 janvier 2008 (Soc., 30 janvier 2008, pourvoi n° 06-46461).

Inaptitude et reclassement

Services de santé au travail – Examens médicaux – Inaptitude physique du salarié – Inaptitude consécutive à un accident du travail – Reclassement du salarié – Obligation de l'employeur – Portée

Chambre sociale, 6 février 2008 (Bull. n° 33, pourvoi n° 06-44413)

L'arrêt du 6 février 2008 précise la portée de l'article L. 4624-1 du Code du travail (ancien article L. 241-10) au regard du rôle de l'employeur en matière d'obligation de reclassement pour inaptitude, et de la désignation de l'autorité compétente pour solutionner les désaccords entre salarié et employeur relativement à la compatibilité du poste de reclassement avec les recommandations du médecin du travail.

Un ouvrier professionnel, victime d'un accident du travail à la suite duquel il avait été placé en arrêt de travail, s'était vu prescrire par le médecin du travail une reprise à mi-temps thérapeutique dans un poste limitant le port de charges à 30 kg et ne nécessitant pas l'utilisation d'outils vibrants. L'intéressé avait refusé son affectation momentanée aux postes de moulage et de remoulage décidée par l'employeur, au motif notamment que ceux-ci n'étaient pas compatibles avec les contre-indications du médecin du travail. Il avait alors été licencié pour insubordination, la lettre de licenciement énonçant que les postes en question correspondaient bien à son aptitude réduite.

Pour débouter le salarié de ses demandes indemnitaires, la cour d'appel avait relevé que l'employeur, « *non tenu de consulter à nouveau le médecin du travail* », justifiait avoir prévu pour l'intéressé un aménagement des deux postes proposés les rendant compatibles avec les restrictions émises.

Saisie du pourvoi contre cette décision, la Cour de cassation avait à répondre à deux questions : l'employeur peut-il passer outre au refus du salarié, déclaré médicalement apte sous certaines réserves, d'occuper un poste de reclassement au motif que celui-ci n'était pas compatible avec les limitations posées par le médecin du travail ? Dans la négative, quelle instance doit-elle être saisie, le médecin du travail ou l'inspecteur du travail ?

La chambre sociale, pour répondre à ces interrogations, s'est placée sur le terrain de l'article L. 241-10-1 du Code du travail (article L. 4624-1 nouveau), texte considéré comme étant le siège de l'obligation de reclassement du salarié médicalement inapte ou à aptitude réduite (Soc., 24 mars 1988, Bull., 1988, n° 205, p. 133, pourvoi n° 86-40829 ; Bull. n° 206, p. 134, pourvoi n° 86-40975), et ainsi rédigé :

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

« Le chef d'entreprise est tenu de prendre en considération ces propositions et, en cas de refus, de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite. »

« En cas de difficulté ou de désaccord, la décision est prise par l'inspecteur du travail après avis du médecin-inspecteur du travail. »

Puis, au visa de cet article, elle a, par un arrêt de cassation, formulé une position de principe dans les termes suivants : « *Dans l'hypothèse où le salarié conteste la compatibilité du poste auquel il est affecté avec les recommandations du médecin du travail, il appartient à l'employeur de solliciter à nouveau l'avis de ce dernier* ».

Obligations de l'employeur – Dans une situation telle que celle du cas d'espèce, l'employeur ne peut se prévaloir d'emblée de son pouvoir de direction pour licencier le salarié qui refuse son reclassement dans un nouveau poste au motif que celui-ci ne correspond pas aux réserves émises par le médecin du travail. Il faut, selon l'économie de l'arrêt, que la question de la légitimité de la contestation du salarié soit préalablement examinée afin de savoir si celui-ci court ou non un risque pour sa santé en exécutant les tâches demandées. L'enjeu est donc au premier chef celui de la protection de la santé du salarié au travail (voir « La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », rapport annuel 2007, partie 3). La formulation générale utilisée par la chambre sociale ne distingue d'ailleurs pas, au regard de l'obligation mise à la charge de l'employeur, selon qu'il s'agit d'une inaptitude proprement dite ou d'une aptitude avec réserve, d'une inaptitude totale ou d'une inaptitude partielle.

Mais le souci d'une préservation de l'emploi du salarié médicalement inapte est aussi présent en la circonstance, puisque, d'une part, la compatibilité du poste de reclassement avec les préconisations du médecin du travail est un facteur de conservation de son travail

par l'intéressé et que, d'autre part, l'appréciation du caractère justifié ou non du refus du poste de reclassement par le salarié est différée jusqu'au nouvel avis du médecin du travail.

Et c'est à l'employeur lui-même qu'il incombe de solliciter à nouveau ce médecin.

Saisine de l'autorité compétente – La chambre opte en effet pour la compétence du médecin du travail au lieu de celle de l'inspecteur du travail. La solution n'était cependant pas évidente. En effet, le dernier alinéa de l'article L. 241-10-1 du Code du travail (article L. 4624-1 nouveau) prévoit qu'« *en cas de difficulté ou de désaccord, la décision est prise par l'inspecteur du travail après avis du médecin-inspecteur du travail* ».

On aurait ainsi pu concevoir que par application de ce texte, c'était l'inspecteur du travail qui devait apprécier le bien fondé de la contestation.

Une autre lecture a cependant prévalu, qui a considéré que la décision de l'autorité administrative ne concernait pas le point particulier de la compatibilité de la nouvelle affectation du salarié avec les recommandations du médecin du travail.

Il est ainsi confié à ce dernier le soin de vérifier si ses propositions ont été entendues et réellement prises en compte par l'employeur. Cette solution s'inscrit dans une logique de simplicité et d'efficacité, car le médecin du travail, « *conseiller du chef d'entreprise [...] en ce qui concerne notamment l'adaptation des postes, des techniques et des rythmes de travail à la physiologie humaine* » (article R. 241-41 du Code du travail [R. 4623-1 nouveau]) est déjà appelé en vertu de ses diverses missions à procéder à des études de postes et à exercer une « *action sur le milieu de travail* » (articles R. 241-41 [R. 4623-1 nouveau] et suivants). De plus, il connaît la situation concrète du salarié, pour avoir procédé à l'examen de celui-ci.

Enfin, ce recours préventif au médecin du travail, propre à contribuer à la résolution du litige et à éviter un contentieux, devrait aussi être de nature à faciliter la tâche des juridictions ultérieurement saisies, dans la mesure où le débat technique sur la compatibilité ou non du poste de reclassement avec les recommandations du médecin du travail aura déjà été amorcé.

Santé, sécurité et faute du salarié

Licenciement – Cause – Cause réelle et sérieuse – Faute du salarié – Faute grave – Applications diverses – Salarié fumant une cigarette dans un local de l'entreprise – Condition

Chambre sociale, 1^{er} juillet 2008, (Bull. n° 145, pourvoi n° 06-46421)

Le fait pour un salarié, employé d'une cartonnerie, de fumer une cigarette dans un local de l'entreprise en violation d'une interdiction résultant d'un arrêté préfectoral, figurant au règlement intérieur et justifiée, en raison du risque d'incendie, par la sécurité des personnes et des biens, constitue une faute grave de nature à rendre impossible son maintien dans l'entreprise.

Voir le commentaire infra, rubrique rupture du contrat de travail (F), licenciement pour motif personnel (b)

D – Égalité de traitement, discrimination, harcèlement

1 – Égalité de traitement

Salaire – Égalité des salaires – Atteinte au principe – Cas – Différence de rémunération motivée par une différence de diplôme – Condition

Chambre sociale, 16 décembre 2008, (pourvoi n° 07-42 107, en cours de publication)

La chambre sociale a précisé à quelles conditions une différence de diplômes entre des salariés qui occupent les mêmes fonctions peut justifier une différence de rémunération.

Elle juge que la possession d'un diplôme est indispensable pour pouvoir bénéficier d'une classification lorsque la convention collective l'exige (Soc., 16 février 1999, Bull. 1999, V, n° 77, pourvoi n° 96-45581) et retient l'absence de possession du diplôme requis pour rejeter les prétentions d'un salarié au titre du principe à travail égal, salaire égal (Soc., 11 juillet 2006, pourvoi n° 05-40527).

Mais lorsque les salariés occupent la même fonction, en l'occurrence de chef de zone export et qu'ils possèdent des diplômes de niveau équivalent, en l'occurrence de troisième cycle, sans qu'un diplôme spécifique ne soit exigé par la convention collective, l'employeur peut-il fonder une différence de rémunération sur la seule différence des diplômes ?

C'est à cette question qu'a répondu la chambre sociale en énonçant qu'au regard du principe à travail égal, salaire égal, la seule différence de diplômes, alors qu'ils sont de niveau équivalent, ne permet pas de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui exercent les mêmes fonctions, sauf s'il est démontré par des justifications, dont il appartient au juge de contrôler la réalité et la pertinence, que la possession d'un diplôme spécifique atteste de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée.

Faute pour la cour d'appel d'avoir précisé dans cette espèce en quoi les diplômes obtenus par la salariée la mieux rémunérée attestaient de ces connaissances, la différence de traitement ne pouvait être considérée comme étant justifiée.

2 – Discrimination

Employeur – Discrimination entre salariés – Discrimination fondée sur le sexe; principe communautaire d'égalité de traitement – Portée

Chambre sociale, 16 décembre 2008, (pourvoi n° 06-45262, en cours de publication)

Par cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation affirme qu'il résulte des dispositions de l'article L. 123-1 du Code du travail devenu L. 1142-1 du même code, interprété à la lumière des articles 2, § 3, et 5 § 1, de la directive n° 76-207-CEE du Conseil du 9 février 1976 du Conseil des Communautés européennes relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail, qu'une salariée, pour laquelle une promotion a été envisagée par l'employeur, ne peut se voir refuser celle-ci en raison de la survenance d'un congé de maternité.

Dans l'espèce, une salariée, qui occupait de fait les fonctions de poste de responsable de direction depuis dix-sept mois, et qui remplissait les conditions pour le faire, n'avait pas été nommée à ce poste à son retour de congé maternité. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir considéré que l'employeur avait agi de manière discriminatoire, en nommant sur ce poste un salarié masculin venant d'un autre secteur, puis, après le départ à la retraite de ce dernier, un autre collègue masculin, seul le congé maternité pouvant expliquer que la salariée n'ait pas été retenue.

Cet arrêt s'inscrit dans la logique jurisprudentielle tant de la Cour de cassation que de la CJCE. Un arrêt du 19 juillet 1998, rendu après question préjudicielle posée à la CJCE, a jugé que « *les articles, § 3, et 5 § 1, de la directive du 9 février 1976 du Conseil des Communautés européennes relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail, s'opposent à une réglementation nationale qui prive une femme du droit d'être notée et, par voie de conséquence, de pouvoir profiter d'une promotion professionnelle par suite d'une absence de l'entreprise en raison d'un congé de maternité* » (Soc., 18 juillet 1998, Bull., 1998, V, n° 392 ; CJCE, 30 avril 1998, aff. C-136/95, Rec., I, n° 02011). Il s'agissait en l'espèce d'une discrimination indirecte, ce qui n'est pas le cas dans le nouvel arrêt. Mais une telle analyse est bien évidemment transposable à un cas de discrimination directe.

3 – Harcèlement

Harcèlement – Harcèlement moral – Éléments constitutifs – Détermination – Office du juge – Portée

Chambre sociale, 24 septembre 2008 (Bull. n° 175, pourvoi n° 06-43 504)

Chambre sociale, 24 septembre 2008 (Bull. n° 175, pourvoi n° 06-45 579)

Chambre sociale, 24 septembre 2008 (Bull. n° 175, pourvois n° 06-45 794 et n° 06-45 747)

Chambre sociale, 24 septembre 2008 (Bull. n° 177, pourvoi n° 06-46 517)

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

L'existence et la caractérisation d'un harcèlement relevaient, jusque-là et en principe, depuis un arrêt du 27 octobre 2004 (Soc., 27 octobre 2004, Bull. 2004, V, n° 267), du pouvoir souverain des juges du fond. Cependant, les ambiguïtés de certaines décisions postérieures de la chambre sociale et, surtout, la nécessité d'harmoniser sur ce sujet sensible et qui monte en puissance, les solutions souvent disparates des cours d'appel a conduit à entreprendre une réflexion approfondie, à l'occasion de l'étude simultanée de plusieurs pourvois réunis pour une audience « thématique ». Il en résulte que désormais, la chambre exercera un contrôle de qualification ce qui aura pour corollaire, qu'elle devra trouver dans les arrêts les motifs nécessaires à lui permettre de contrôler 1) que le salarié a rapporté la preuve de faits, 2) que ces faits qui doivent être appréhendés par le juge dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence du harcèlement allégué.

C'est ainsi qu'ayant trouvé les motifs utiles à cette double preuve, la chambre rejette le pourvoi n° 06-46517 formé contre un arrêt ayant jugé établi le harcèlement sexuel reproché au salarié, que, dans les pourvois n° 06-45747 et n° 06-45794 elle censure au contraire, faute de disposer des éléments suffisants à l'exercice de son contrôle, la cour d'appel qui s'était bornée à décider, dans un motif général, que les pièces produites par la salariée ne permettaient pas de faire présumer le harcèlement allégué, qu'elle adopte la même solution à propos du pourvoi n° 06-45579, faute pour le juge du fond d'avoir pris en compte l'ensemble des faits évoqués par la salariée et recherché si, ainsi appréhendés dans leur globalité, ces faits ne permettaient pas de présumer l'existence d'un harcèlement moral et qu'enfin, dans la dernière affaire, elle rejette cette fois le recours dès lors que l'arrêt constate (soverainement cette fois) que les faits invoqués se trouvaient justifiés par la situation économique de l'entreprise et la nécessité de la restructurer.

E – Accords collectifs et conflits de travail

1 – Accords et conventions collectives

Dénonciation d'une convention collective

Comité d'entreprise – Attributions – Attributions consultatives – Organisation, gestion et marche générale de l'entreprise – Dénonciation d'un accord collectif d'entreprise – Consultation préalable – Nécessité
Chambre sociale, 5 mars 2008 (Bull., n° 49, pourvoi n° 07-40273)

Les articles L. 2261-9 et suivants du Code du travail (ancien article L. 132-8), qui déterminent les modalités et les conséquences de la dénonciation d'une convention ou d'un accord collectif ne prévoient pas, en cas de dénonciation d'un accord d'entreprise émanant de l'employeur, la consultation préalable des organes de représentation du personnel.

Pour autant, l'arrêt ici commenté déduit qu'il résulte de la combinaison de l'article L. 2323-2 du Code du travail (ancien article L. 431-5) aux termes duquel la décision du chef d'entreprise doit être précédée par la consultation du comité d'entreprise et de l'article L. 2323-6 du même code suivant lequel, dans l'ordre économique, le comité d'entreprise est obligatoirement consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, et notamment sur les mesures de nature à affecter le volume et la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle du personnel, que la dénonciation par l'employeur d'un accord collectif d'entreprise qui intéresse l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise constitue une décision qui doit donner lieu à consultation du comité d'entreprise. Il est en effet acquis dès la dénonciation par l'employeur d'un tel accord que ses dispositions cesseront de s'appliquer au plus tard à l'expiration de la période de survie et seront remplacées par de nouvelles règles, issues de la négociation d'un accord de substitution ou, à défaut, de la loi sous réserve d'éventuels avantages individuels acquis.

Cette consultation doit normalement avoir lieu avant la dénonciation, conformément aux dispositions de l'article L. 2323-2 du Code du travail.

Si le défaut de consultation du comité d'entreprise auquel doit être assimilée la consultation irrégulière n'entraîne pas la nullité de la dénonciation qu'aucun texte ne prévoit, l'arrêt décide qu'elle prive d'effet la dénonciation tant que la formalité omise n'a pas été accomplie. Il s'agit ici d'assurer l'effectivité des prérogatives du comité d'entreprise, objectif que ne peuvent réaliser ni une sanction pénale prononcée pour délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise ni des dommages-intérêts réparant le préjudice subi. Au demeurant, le chef d'entreprise ainsi incité à remédier sans délai à l'irrégularité se trouvera sans doute moins exposé aux risques d'une sanction pénale ou civile. La règle énoncée par l'arrêt est ainsi, d'une certaine manière, également protectrice de ses intérêts.

Cette décision laisse ouvertes certaines questions, pour l'essentiel liées à l'articulation de la solution retenue avec les dispositions de l'article L. 2261-9 du Code du travail.

La première d'entre elles est de savoir si le point de départ du délai de préavis mentionné par ce texte se trouve différé jusqu'au jour de la consultation régulière du comité d'entreprise. La seconde conduit à se demander si, compte tenu de ce que la validité et la force obligatoire d'un accord collectif sont soumises aux règles qui lui sont propres, lorsqu'un nouvel accord d'entreprise est conclu pour être substitué à l'accord dénoncé, le nouvel accord ne doit pas entrer en vigueur nonobstant le défaut de consultation préalablement à la dénonciation, comme cela a été jugé en cas de défaut de consultation par l'employeur du comité d'entreprise préalablement à sa décision de signer un accord collectif d'entreprise (Soc., 5 mai 1998, Bull. 1998, V, n° 219, rapport annuel, 1998, p. 214). La troisième porte sur le point de savoir si la sécurité juridique n'exige pas d'enfermer le droit d'agir en suspension des effets d'une dénonciation irrégulière dans un délai dont la durée, tout en étant suffisante pour permettre à toute partie y ayant intérêt d'engager une action, éviterait que soient remises en cause, après leur entrée en vigueur, les mesures nouvelles décidées unilatéralement par l'employeur.

Par ailleurs, alors qu'en l'état actuel de la jurisprudence, l'employeur qui dénonce un usage de l'entreprise ou un engagement unilatéral n'est tenu que d'informer le comité d'entreprise de sa décision (par exemple, Soc. 7 avril 1998, Bull. 1998, V, n° 206), il n'est pas exclu qu'à l'avenir il soit exigé de l'employeur qu'il consulte celui-ci sur sa décision dès lors que l'usage ou l'engagement unilatéral en cause intéresse l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise.

Conventions et accords collectifs – Dispositions générales – Dénonciation – Effets – Conclusion d'un nouvel accord – Défaut – Maintien des avantages individuels acquis – Domaine d'application – Structure de la rémunération
Chambre sociale, 1^{er} juillet 2008 (Bull. n° 147, pourvoi n° 06-44437)
Chambre sociale, 1^{er} juillet 2008 (Bull. n° 147, pourvoi n° 07-40799)

Rendus dans une espèce où divers accords collectifs nationaux applicables dans les entreprises du réseau des caisses d'épargne avaient été dénoncés par la Caisse nationale d'épargne et de prévoyance et où les accords de substitution n'avaient pu entrer en application

en raison de l'exercice par une majorité d'organisations syndicales de leur droit d'opposition, ces arrêts avaient à trancher la question de savoir ce qu'il faut entendre, en matière de rémunération, par avantage individuel acquis.

Il résulte de l'article L. 132-8, alinéa 6, du Code du travail, devenu l'article L. 2261-13 de ce code, que lorsqu'une convention ou accord collectif de travail à durée indéterminée qui a été dénoncé n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord pendant la durée de survie de la convention ou de l'accord dénoncé, laquelle comprend un délai de préavis de trois mois et un délai d'un an à compter de l'expiration du préavis, les salariés des entreprises concernées conservent, au terme de ces délais, les avantages individuels qu'ils ont acquis en application de la convention ou de l'accord dénoncé. Il a été déduit de ce texte que les avantages acquis sont incorporés au contrat de travail au jour où la convention ou l'accord collectif dénoncé cesse de produire effet (Soc., 6 novembre 1991, Bull. 1991, V, n° 479; Soc., 13 mars 2001, Bull. 2001, V, n° 90; Soc., 7 juin 2005, Bull. 2005, V, n° 192), de sorte qu'ils ne peuvent plus être supprimés ou modifiés sans l'accord du salarié, quand bien même l'employeur prétendrait-il que la modification serait plus avantageuse pour le salarié (Soc., 19 mai 1998, Bull. 1998, V, n° 265; Soc., 3 juillet 2001, Bull. 2001, V, n° 242).

L'avantage individuel acquis a été défini comme étant 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., 13 mars 2001, Bull. 2001, V, n° 90).

S'agissant de la rémunération, si l'on fait abstraction d'un arrêt rendu en formation restreinte ayant jugé que l'employeur avait l'obligation de maintenir à la salariée ses anciennes conditions de salaire prévues par la convention collective mise en cause, et notamment une prime de treizième mois, au titre des avantages individuels acquis (Soc., 27 octobre 1998, pourvoi n° 96-40881), il était décidé que les salariés avaient seulement droit, au titre des avantages individuels acquis, au maintien du niveau de leur rémunération au jour où la convention ou l'accord collectif dénoncé cesse de produire ses effets (Soc., 26 novembre 1996, Bull. 1996, V, n° 406; Soc., 20 octobre 1998, Bull. 1998, V, n° 435), de sorte qu'un changement de structure de la rémunération dont le montant demeurerait inchangé s'imposait aux salariés sans que ceux-ci puissent se prévaloir d'une modification de leur contrat de travail (Soc., 11 mai 2005, pourvoi n° 04-40539).

Une décision ultérieure (Soc., 28 avril 2006, Bull. 2006, V, n° 155) ayant cependant considéré qu'une cour d'appel avait décidé à bon droit qu'un avantage salarial consistant en un salaire de base garanti dont le calcul résultait de la multiplication du nombre des unités accomplies par un taux correspondant à l'ancienneté constituait un avantage salarial avait profité individuellement à chacun des salariés intéressés et s'était incorporé à leur contrat de travail au jour où les dispositions des accords dénoncés avaient cessé de produire effet, de sorte qu'il devait être maintenu pour l'avenir, une clarification s'imposait.

C'est à celle-ci que procèdent les arrêts ici commentés. Ils rompent avec la jurisprudence antérieure en retenant que la structure de la rémunération constitue un avantage individuel acquis.

Trois raisons, d'inégale valeur, peuvent expliquer cette solution.

En premier lieu, ce n'est pas parce que la structure de la rémunération résultant d'une convention ou d'un accord collectif concerne l'ensemble des salariés relevant du champ d'application professionnel et territorial de la convention ou de l'accord qu'elle ne bénéficie pas, à titre personnel, à chacun de ces salariés. La structure de la rémunération est l'une des composantes qui permet de déterminer le montant de chaque rémunération individuelle, de sorte que ce montant apparaît indissociable des éléments de rémunération.

En deuxième lieu, l'objectif poursuivi par les articles L. 2261-10 et L. 2261-13 du Code du travail étant la conclusion d'une convention ou d'un accord de substitution, le maintien des avantages individuels acquis apparaît tout autant comme une garantie donnée aux salariés en cas d'échec de la négociation que comme une incitation pour les employeurs, généralement à l'origine de la dénonciation, à négocier utilement, c'est-à-dire sur la base de propositions rendant possible la conclusion d'une convention ou d'un accord de substitution. Limiter l'avantage individuel acquis au seul niveau de rémunération atteint à la date de cessation de la convention ou de l'accord dénoncé, c'est, dans une certaine mesure, affaiblir l'incitation à négocier utilement puisque, aussi bien, cela permet aux employeurs d'échapper, sans contrepartie, aux inconvénients liés au maintien de la structure de leur rémunération au profit des salariés présents dans l'entreprise à la date de la dénonciation.

En dernier lieu, lorsque la rémunération conventionnelle est, en tout ou partie, variable, le seul maintien du niveau de la rémunération atteint à la date de cessation des effets de la convention ou de l'accord dénoncé n'est pas satisfaisant. D'une part, la référence à la rémunération versée à une date déterminée n'apparaît pas pertinente dans le cas d'une rémunération est sujette à évolutions. D'autre part, seul le maintien de sa structure garantit aux intéressés, pour l'avenir, les mêmes droits que ceux dont ils bénéficiaient antérieurement.

Cumul d'avantages conventionnels

Repos et congés – Congés payés – Congés payés d'ancienneté – Cause et objet différents de ceux des jours acquis au titre de la réduction de temps de travail – Portée

Assemblée plénière, 24 octobre 2008 (pourvoi n° 07-42 799, en cours de publication)

Un employeur adhérent à la convention collective nationale de travail des bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs conseils, sociétés de conseil (la convention SYNTEC) avait signé en 1999 et le même jour, deux accords d'entreprise, l'un qui annule et remplace un accord signé en 1988, ramène la durée des congés payés dans l'entreprise à la durée légale, l'autre réduit la durée du temps de travail dans l'entreprise de 39 heures à 33 heures en contrepartie de l'octroi de jours de repos dit jours de récupération de temps de travail (RTT).

Des salariés de l'entreprise ont demandé à bénéficier, en sus des jours de congés payés, des congés d'ancienneté prévus par l'article 23 de la convention SYNTEC.

Devant le refus de l'employeur, un syndicat a saisi le président d'un tribunal de grande instance pour faire juger que les salariés avaient droit aux congés d'ancienneté prévus par la convention collective, en sus des congés payés fixés dans l'accord d'entreprise.

L'employeur s'est opposé à cette demande, en soutenant que, prises dans leur ensemble, les dispositions des deux accords de 1999, étaient plus favorables que celles résultant de l'application des dispositions de la convention collective, de sorte que les salariés ne pouvaient prétendre au cumul de ces avantages.

Une première cour d'appel a confirmé l'ordonnance du président d'un tribunal de grande instance qui avait rejeté la demande du syndicat, en jugeant que la durée des congés prévus par la convention collective nationale doit être comparée avec la durée des congés fixée par l'accord du 28 juin 1999 relatif aux congés annuels augmentée de la durée des jours non travaillés et rémunérés accordés aux salariés à titre de récupération des dépassements de la durée de travail par le second accord portant sur l'aménagement et la réduction du temps de travail conclu le même jour et indissolublement lié au précédent.

Le 23 février 2005, la chambre sociale a cassé cet arrêt au motif que si le caractère plus avantageux devait être apprécié globalement pour l'ensemble du personnel, il devait être statué avantage par avantage. Dès lors, la cour d'appel a, en prenant en considération les jours de récupération, tenu compte d'un avantage ayant un autre objet et une autre cause que les congés payés.

La cour d'appel de Nîmes, désignée comme cour de renvoi, a confirmé la décision du premier juge en retenant que les parties, en liant indissolublement les deux accords, avaient estimé que la modification du nombre de jours de congés annuels participait à l'équilibre de leurs conventions, que le salarié étant libre d'user à sa guise du temps rémunéré non ouvré, ce temps disponible a le même objet et procède de la même cause, peu important qu'il soit attribué sous la qualification de jours de congés payés ou de jours de récupération du temps de travail.

Cet arrêt est cassé par l'assemblée plénière de la Cour de cassation qui décide qu'en cas de concours d'instruments conventionnels collectifs, les avantages ayant le même objet ou la même cause ne pouvant se cumuler, le plus favorable d'entre eux pouvait seul être accordé. En revanche, les jours de congés payés qui ont pour but la protection de la santé du salarié, et les jours de récupération du temps de travail qui ne sont que la compensation d'un dépassement de l'horaire légal ou conventionnel du travail dans l'entreprise, n'ont ni le même objet ni la même cause, de sorte que les salariés de l'entreprise devaient bénéficier des dispositions plus favorables de la convention collective nationale octroyant des congés d'ancienneté.

L'assemblée plénière confirme ainsi la jurisprudence de la chambre sociale affirmant l'autonomie du régime des jours de repos au titre d'une réduction du temps de travail par rapport à ceux acquis par les salariés à d'autres titres (Soc., 13 décembre 2006, Bull. 2006, V, n° 384; Soc., 23 mars 2007, pourvoi n° 05-43 045; Soc., 11 juillet 2007, Bull. 2007, V, n° 124).

2 – Conflits du travail

Grève et rémunération au forfait

Grève – Salaire – Non-paiement aux grévistes – Salaire des cadres soumis à une convention de forfaits en jours sur l'année – Retenue opérée par l'employeur – Calcul – Modalités – Détermination

Chambre sociale, 13 novembre 2008 (pourvoi n° 06-44 608, en cours de publication)

Lorsqu'un cadre, rémunéré au forfait, participe à un mouvement de grève d'une durée inférieure à une journée ou à une demi-journée de travail, comment doit être calculée la retenue sur son salaire ?

C'est à cette question délicate que répond l'arrêt rendu le 13 novembre 2008 par la chambre sociale de la Cour de cassation.

L'exercice du droit de grève par le salarié a pour contrepartie la perte de son droit au salaire selon les règles suivantes :

- la retenue pratiquée ne peut donner lieu à mesure discriminatoire en matière de rémunération ou d'avantages sociaux ;
- l'abattement appliqué doit être proportionnel à la durée de l'arrêt de travail ;
- la retenue pour fait de grève doit être identique à celle subie par les salariés concernés pour toute autre absence de même durée.

L'application de ces règles soulève des difficultés à l'égard de cadres soumis à un système de forfait-jours annuel lorsque l'absence pour fait de grève est d'une durée inférieure à la journée complète ou à la demi-journée, la durée de travail de ces salariés n'étant pas exprimée en heures.

Dans l'affaire soumise à la chambre sociale, l'employeur, pour résoudre cette difficulté, avait envisagé de cumuler les absences successives jusqu'à ce qu'elles représentent l'équivalent d'une demi-journée de travail, laquelle était comptée, par référence à l'horaire collectif en vigueur dans l'entreprise, pour 3 heures 90 de travail.

Saisie par une organisation syndicale, une cour d'appel a condamné l'employeur à restituer aux salariés concernés les sommes retenues sur leur salaire, au motif qu'en appliquant aux cadres non soumis à l'horaire collectif un système réintroduisant la référence à l'horaire journalier collectif, par essence inapplicable à ces cadres, ce mode de calcul avait créé une inégalité de traitement au détriment de cette catégorie de personnel.

Cette décision est cassée par la chambre sociale de la Cour de cassation qui juge qu'à défaut d'accord collectif ayant fixé d'autres modalités, lesquelles devraient en tout état de cause respecter les principes rappelés ci-dessus, la retenue sur salaire pratiquée pour ces absences de courte durée dues à la grève doit tenir compte de la durée de l'absence et être calculée en déterminant, à partir du salaire mensuel ou annuel des intéressés, un salaire horaire tenant compte du nombre de jours travaillés prévus par la convention de forfait et prenant pour base, soit la durée légale du travail si la durée du travail applicable dans

l'entreprise aux cadres soumis à l'horaire collectif lui est inférieure, soit, si elle lui est supérieure, la durée de travail applicable à ces cadres.

Cet arrêt a été rendu sur avis conforme de l'avocat général.

F – Représentation du personnel et élections professionnelles

1 – Élections

Salariés mis à disposition

Comité d'entreprise et délégué du personnel – Obligations de l'employeur – Renouvellement des institutions représentatives – Conditions – Effectif de l'entreprise – Calcul – Salarié pris en compte – Salarié mis à la disposition de l'entreprise – Salarié intégré de façon étroite et permanente à la communauté de travail – Critères – Détermination – Portée

Chambre sociale, 13 novembre 2008 (pourvoi n° 07-60434, en cours de publication)

Chambre sociale, 13 novembre 2008 (pourvois n° 08-60331 et n° 08-60332, en cours de publication)

Chambre sociale, 13 novembre 2008 (pourvois n° 07-60465, n° 07-60469, n° 07-60470, n° 07-60471 et n° 07-60472, en cours de publication)

Par trois arrêts relatifs à des litiges électoraux restant régis par les textes en vigueur antérieurement à la loi du 20 août 2008 et rendus sur avis conforme de l'avocat général, la chambre sociale, poursuit la mise en œuvre des principes posés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 décembre 2006 au visa du principe de participation (alinéa 8 du Préambule de la Constitution). Dans un arrêt *Peugeot* du 28 février 2007 (Soc., 28 février 2008, Bull. 2007, V, n° 34, pourvoi n° 06-60171) et un arrêt *Hispano Suiza* du 1^{er} avril 2008 (Soc., 1^{er} avril 2008, Bull. 2008, V, n° 77, pourvoi n° 07-60287), la chambre sociale a retenu que les salariés des entreprises extérieures mis à la disposition d'une entreprise utilisatrice intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue et comptabilisés à ce titre dans les effectifs au sens de l'article L. 1111-2 du Code du travail (ancien article L. 620-10) sont à ce même titre nécessairement électeurs pour la mise en place comité d'entreprise et des délégués du personnel dès lors qu'ils remplissent les conditions légales des articles L. 2314-15 et L. 2324-14 du Code du travail (anciens L. 423-7 et L. 433-4).

Dans un attendu de principe commun aux trois arrêts, la chambre sociale précise les critères de l'intégration étroite et permanente à la communauté de travail en énonçant que « sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, pour l'application des articles L. 423-7, L. 433-4 et L. 620-1, devenus les articles L. 2314-15, L. 2324-14 et L. 1111-2 du Code du travail, dans leur rédaction applicable au litige, les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs ».

Le sens de cet attendu de principe est illustré par les questions différentes posées par les pourvois dans ces trois arrêts.

Le premier arrêt, rendu sur le pourvoi n° 04-60434, censure un jugement qui avait rejeté la requête du syndicat en annulation des élections, sur le fondement de motifs qui opéraient une confusion entre la mise à disposition de salarié et le prêt de main-d'œuvre, alors qu'il était constant que tout ou partie des salariés mis à disposition intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail avait été exclu par le protocole préélectoral lui-même de la liste électorale.

Le troisième arrêt, rendu sur le pourvoi n° 08-60331 dans une affaire Endesa, relatif tant à la détermination de l'effectif que de la liste électorale, rejette le pourvoi contre un jugement qui, pour inclure une catégorie de salariés mis à disposition tant dans le décompte des effectifs que dans la liste électorale, avait recours à un critère utilisé par la jurisprudence antérieurement à la décision du Conseil constitutionnel (la participation aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise). Il résultait cependant du jugement que cette catégorie de salariés travaillait dans les locaux de l'entreprise et avait la durée de présence requise par le protocole préélectoral. Par le rejet prononcé sur la base de ces constatations, il est clairement décidé que les critères de l'intégration étroite et permanente aux activités de l'entreprise, sont, tant pour le calcul de l'effectif que pour l'inscription sur les listes électorales, uniquement ceux qui sont visés dans l'attendu de principe, la participation à des tâches essentielles ou nécessaires aux activités de l'entreprise étant en revanche indifférente.

Enfin le second arrêt rendu dans les affaires *Airbus* (pourvois n° 07-60465, n° 07-60472, n° 07-60465, n° 07-60469, n° 07-60470 et n° 07-60471) casse un jugement qui avait retenu que devaient être considérés comme intégrés de façon étroite et permanente les salariés mis à disposition *in situ* ou *hors situ* lorsque l'entreprise d'accueil est responsable du processus d'ensemble de travail et que sa réalisation qui détermine les conditions de travail réelles, dépend de son organisation ou des procédures de coordination instituées. Il résulte de la cassation que le travail dans les mêmes locaux constitue un critère essentiel de l'intégration étroite à la communauté de travail.

En indiquant que doivent être inclus dans les effectifs les salariés mis à disposition qui remplissent les critères de lieux et de durée de présence, partageant ainsi des conditions de travail pour parties communes susceptibles de générer des intérêts communs, les arrêts rapportés n'ajoutent pas une condition supplémentaire aux critères de lieu et de durée. Ils en explicitent la raison d'être au regard de l'effet utile du principe de participation. C'est en raison de leur présence dans les mêmes locaux pendant une certaine durée que les salariés mis à disposition ont des conditions de travail pour parties communes avec les salariés de l'entreprise d'accueil (et avec les salariés mis à disposition par d'autres entreprises) et qu'ils forment avec eux une communauté de travail au sens du principe de participation.

L'existence de conditions de travail pour parties communes résultant de la participation à « *une opération* » dans les locaux de l'entreprise utilisatrice justifie d'ailleurs les règles applicables en matière d'hygiène et de sécurité aux salariés d'entreprises extérieures (article R. 4511-1 du Code du travail). En précisant ainsi le fondement des critères retenus qui rappellent ceux caractérisant l'établissement distinct, les arrêts rapportés permettent de

déterminer concrètement les conditions de l'intégration étroite et permanente, à partir d'un faisceau d'indices au regard de la situation des salariés et de régler notamment des difficultés pouvant naître de la définition des locaux de l'entreprise d'accueil (cas, par exemple, des salariés itinérants ou de ceux travaillant sur un chantier). La solution retenue est compatible avec les dispositions des articles L. 1111-2, L. 2314-15, L. 2324-14 tels qu'ils résultent de la loi du 20 août 2008 qui a précisé les conditions de durée de présence nécessaires tant pour la prise en compte dans le calcul des effectifs que pour la détermination des conditions d'électorat et d'éligibilité des salariés mis à disposition comme délégués du personnel ou membres du comité d'entreprise.

Enfin l'arrêt rendu dans l'affaire *Peugeot* apporte une précision importante s'agissant de la charge de la preuve des effectifs et de la régularité de la liste électorale. L'organisation de l'élection incombant à l'employeur, c'est lui qui doit fournir les informations nécessaires au contrôle de la régularité des listes, et non pas au syndicat ou aux salariés qui les contestent. Cette solution, conforme au droit commun électoral figurait déjà en filigrane dans deux arrêts du 19 juin 1987 (Soc., 19 juin 1987, Bull. 1987, V, n° 411) et du 20 mars 2002 (Soc., 20 mars 2002, Bull. 2002, V, n° 95) relatifs aux informations dont les syndicats peuvent demander la communication à l'employeur.

Vacataires

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

Chambre sociale, 24 septembre 2008 (Bull. n° 180, pourvoi n° 07-60310)

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

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

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

En réponse à cette question, la jurisprudence était jusqu'à présent relativement disparate. D'anciens arrêts, tels celui du 19 juillet 1979 (Soc., 19 juillet 1979, Bull. 1979, V, n° 652, pourvoi n° 79-60 123), ou celui du 18 juin 1981 (Soc., 18 juin 1981, pourvoi n° 79-60 268), se référaient à la notion d'« activité habituelle ». En 1996, un arrêt avait semblé estimer suffisant le fait pour un salarié d'être « sous contrat à la date du scrutin » (Soc., 30 mai 1996, pourvoi n° 95-60 599). Dans deux arrêts postérieurs, cependant, l'un du 20 octobre 1999

(Soc. 20 octobre 1999, Bull. 1999, V, n° 389, pourvoi n° 98-60380), l'autre du 6 février 2002 (Soc., 6 février 2002, pourvoi n° 00-60309), la chambre sociale avait imposé la nécessité de considérer comme électeurs les salariés vacataires ayant travaillé dans l'entreprise « *au moins à deux reprises dans les trois mois précédant l'élection* ».

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

C'est cette notion dégagée par l'arrêt du 28 février 2007 s'agissant des salariés mis à disposition (Soc., 28 février 2007, Bull. 2007, V, n° 10, pourvoi n° 06-60171), plus souple et plus adaptée aux conditions souhaitées pour que le salarié ait un intérêt à être électeur dans l'entreprise, que reprend l'arrêt du 24 septembre 2008, tout en précisant que l'intégration, s'agissant de ces vacataires ou « intermittents », doit appréciée en considération de la variation des effectifs dans l'entreprise et compte tenu du caractère et de la nature de l'emploi de ce personnel d'appoint. Il censure donc un jugement qui avait reconnu valable une clause d'un protocole préélectoral qui conditionnait le droit de vote à la triple condition d'avoir effectué une première vacation avant le 24 juillet 2006, d'avoir travaillé au moins 400 heures au cours des six derniers mois, et d'avoir travaillé au moins 86 heures par mois au cours des trois derniers mois.

Effets de l'annulation de l'élection

Représentation des salariés – Cadre de la représentation – Unité économique et sociale – Reconnaissance – Annulation de la décision en reconnaissant l'existence – Effets – Mandat du salarié protégé – Cessation – Moment – Détermination – Portée

Chambre sociale, 2 décembre 2008 (pourvoi n° 07-41832, en cours de publication)

Cette affaire pose la question des conséquences de l'annulation d'une décision reconnaissant l'existence d'une unité économique et sociale (UES) entre plusieurs sociétés sur les institutions représentatives mises en place dans ce cadre et sur les mandats qui y sont attachés.

En l'espèce, un salarié avait été élu membre de la délégation unique du personnel à la suite de la reconnaissance d'une UES par une décision de justice qui avait ensuite été annulée par la chambre sociale de la Cour de cassation. Le salarié avait été licencié pour faute grave un mois après la décision de la Cour sans que l'employeur ait saisi l'inspecteur du travail d'une demande d'autorisation préalable. L'intéressé avait saisi le conseil de prud'hommes d'une demande d'annulation de son licenciement dont il avait été débouté. La cour d'appel avait confirmé cette décision au motif que son mandat était réputé n'avoir jamais existé du fait de l'annulation du jugement reconnaissant l'existence de l'UES.

Cet arrêt, qui tend à faire produire à la décision d'annulation des effets rétroactifs sur le mandat d'un salarié protégé régulièrement élu, a été censuré par la chambre sociale de la Cour de cassation.

Selon une jurisprudence bien établie, la protection du salarié élu subsiste pour le passé quelles que soient les causes de contestations (en ce sens, pour l'annulation des élections des délégués du personnel : Soc., 11 mai 1999, Bull. 1999, V, n° 211 ; l'annulation des élections des représentants du personnel au CHSCT : Soc., 17 mars 1998, Bull. 1998, V, n° 156 ; l'annulation d'une candidature à une fonction représentative du personnel : Soc., 28 novembre 2000, Bull. 2000, V, n° 396 ; l'annulation d'un mandatement : Soc., 28 février 2007, Bull., 2007, V, n° 36).

Le statut protecteur doit, malgré l'annulation ultérieure du mandat, demeurer acquis au salarié, parce que le candidat, l'élu ou le délégué désigné, prenant des risques, s'est découvert et déclaré prêt à assumer un mandat. Selon le professeur Verdier, « [...] toute menace de perdre légalement et rétroactivement le bénéfice du statut protecteur enlèverait une grande part de son efficacité à ce dernier et aurait un effet dissuasif sur la représentation [...] » (*Droit social* n° 6, juin 2001, p. 634).

Au-delà de la seule question du statut protecteur, l'arrêt du 2 décembre 2008, en affirmant que l'annulation d'une élection ne fait perdre aux salariés élus leur qualité de membres de l'institution représentative qu'à compter du jour de l'annulation, consacre la validité des actes qui ont pu être antérieurement effectués dans le cadre de cette institution.

2 – Représentation du personnel

2.1 – Institutions représentatives

Comité d'entreprise européen

Comité d'entreprise – Comité d'entreprise européen – Droit d'information et de consultation des travailleurs – Dispositions d'un accord relatif au comité d'entreprise européen – Événement susceptible d'affecter gravement l'intérêt des salariés du groupe – Consultation du comité – Délai – Délai suffisant – Détermination – Portée

Chambre sociale, 16 janvier 2008 (Bull. n° 6, pourvoi n° 07-10597)

Cet arrêt apporte deux précisions inédites sur la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise européen.

Un comité d'entreprise européen a été institué dans le groupe Gaz de France par un accord du 14 octobre 2001 qui prévoit dans son article 4-3 qu'« en cas d'événements exceptionnels susceptibles d'affecter gravement l'intérêt des salariés du groupe (fusion), le comité est réuni et il est alors consulté dans un délai suffisant pour que les éléments du débat ou l'avis puissent être intégrés au processus de décision ».

À l'occasion du projet de fusion des sociétés Gaz de France et Suez, la société Gaz de France a procédé à une double consultation, du Conseil supérieur des comités mixtes à la

production qui tient lieu de comité central d'une part, et du Comité d'entreprise européen (CEE) d'autre part. Ce dernier a été réuni, en dernier lieu, le 15 novembre 2006 pour donner son avis sur le projet de fusion alors que le conseil d'administration devant arrêter ce projet devait se tenir le 22 novembre 2006. Lors de la réunion du 15 novembre le CEE a décidé de recourir à une expertise dont le rapport devait être remis dans les dix jours de la communication des documents par l'employeur, au terme d'une résolution soulignant « *l'insuffisance flagrante d'informations sur les conséquences sur l'emploi de ce projet de fusion* », notamment concernant des « risques de doublon » dans des filiales italiennes. Le même jour le comité a saisi en référé le président du tribunal de grande instance pour qu'il soit ordonné au président du CEE la convocation d'une nouvelle réunion du comité après remise du rapport de l'expert et de diverses informations ainsi que le report de la réunion du conseil d'administration du 22 novembre. Le juge des référés, puis sur appel, la cour d'appel de Paris par un arrêt du 21 novembre 2006 a accueilli ces demandes.

La réponse apportée au premier moyen du pourvoi porte sur le moment de la consultation du CEE pour qu'elle puisse avoir un effet utile. L'arrêt se fonde sur les dispositions de l'article 4-3 de l'accord précité, dont il résulte que la consultation, conduite dans un délai suffisant, doit être préalable à la décision, en précisant à quelle date celle-ci devient irréversible ; il retient la date du conseil d'administration et non celle de l'assemblée générale des actionnaires, comme le soutenait le pourvoi. Il indique qu'il le fait en application de la directive et de l'article L. 439-6 du Code du travail, dont il résulte que les dispositions de l'accord prévalent sur les dispositions subsidiaires de la directive qui ne prévoient pas que la consultation doit avoir lieu avant la décision. L'arrêt précise par ailleurs que la décision est irréversible, par application des dispositions combinées des articles L. 236-6 du Code de commerce et 254 modifié du décret du 23 mars 1967 à la date du conseil d'administration, l'assemblée générale des actionnaires, appelée par la suite à ratifier le projet, ne pouvant qu'approuver ou rejeter le traité de fusion, mais non le modifier.

Le deuxième apport de l'arrêt rapporté concerne les compétences respectives du comité d'entreprise national et du comité d'entreprise européen. En l'espèce Gaz de France soutenait que le comité européen ayant reçu les mêmes informations que le comité national était suffisamment informé. L'arrêt précise que la consultation des deux comités n'a ni le même objet ni le même champ d'application. Il en déduit que la cour d'appel, qui a souverainement apprécié l'insuffisance de l'information, a caractérisé l'existence d'un trouble manifestement illicite ; sur le fond, et indépendamment de la question de la chronologie des consultations des instances nationale et européenne qui n'était pas ici en discussion, l'arrêt affirme donc le caractère autonome des deux consultations. Il résulte en effet du préambule de la directive que son objectif est d'assurer que les travailleurs des entreprises appartenant à un groupe de dimension communautaire soient correctement informés lorsque les décisions qui les affectent sont prises dans un autre état membre. Sa compétence est donc transnationale, à la différence de celle de l'instance nationale. Cette autonomie résulte aussi des termes mêmes de la directive 94/45 qui a institué le CEE, sans préjudice des prérogatives attribuées aux instances nationales.

2.2 Protection des représentants du personnel

3 – Droit syndical

Liberté de communication des syndicats

Activité syndicale – Communications syndicales – Communication à l'extérieur de l'entreprise – Publication d'informations sur un site internet – Liberté d'expression – Restriction – Conditions – Détermination
Chambre sociale, 5 mars 2008 (Bull. n° 55, pourvoi n° 06-18907)

L'arrêt rapporté statue pour la première fois sur l'étendue de la liberté de communication d'un syndicat sur un site internet. Un syndicat de branche avait diffusé des informations relatives à une entreprise dans laquelle il n'y avait pas d'accord, conclu en application de l'article L. 2142-6 du Code du travail, sur l'utilisation de l'intranet de l'entreprise par les organisations syndicales. La société avait saisi le tribunal de grande instance en référé pour demander la suppression de certaines des rubriques de ce site dédié à l'entreprise, notamment celles intitulées « syndicat », « rentabilité Secodip », « négociations », « travail de nuit » et « accords 35 heures » en alléguant la confidentialité des informations rapportées dans ces rubriques.

Par un jugement du 11 janvier 2005 le tribunal avait ordonné la suppression de certaines d'entre elles au motif qu'un syndicat qui représente les salariés ne peut s'affranchir des règles de discrétion qui s'imposent à eux en application de l'article L. 1121-1 du Code du travail (ancien article L. 120-2). La cour d'appel avait réformé ce jugement et débouté la société de sa demande au motif que le syndicat comme tout citoyen a un droit d'expression libre sans être lié par les obligations de confidentialité qui pèsent sur les salariés, les membres du comité d'entreprise ou les experts du comité (des rapports de l'expert comptable du comité avait été mis en ligne), dès lors qu'il n'a aucun lien avec l'entreprise.

Le pourvoi était fondé sur la violation du § 2 de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales la liberté d'expression du syndicat ne lui permettant pas de diffuser au public des informations confidentielles.

La cassation est prononcée pour manque de base légale au visa de l'article 10 § 2 de la Convention européenne, et également de l'article 1^{er} de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dont il fait une première application en la matière. L'arrêt qui précise au regard de ces textes l'étendue de la liberté de communication d'un syndicat et le rôle du juge est à rapprocher d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 décembre 2007 (requête n° 69698/01) statuant sur la portée de l'article 10 § 2 de la Convention s'agissant de la diffusion d'information confidentielle par un journaliste.

On rappellera d'abord que l'article 10 § 1 de la Convention pose le principe de la liberté d'expression de façon très générale, la liberté d'expression syndicale n'en est qu'une application.

Selon l'article 10 § 2 de la Convention, la loi peut apporter des limites à la liberté d'expression, « *qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique [...] à la protection de la réputation ou des droits d'autrui [ou] pour empêcher la divulgation d'informations*

confidentielles [...]». La loi du 21 juin 2004 relative à la confiance dans l'économie numérique précise pour sa part dans son article 1^{er} que « *la liberté de communication électronique, qui est un élément de la liberté d'expression, peut être limitée par le respect de la dignité, de la liberté, ou de la propriété d'autrui* ».

Il résulte de l'article 10 § 2 de la Convention que le caractère confidentiel d'une information peut être un obstacle à sa divulgation et de la loi sur la liberté de communication électronique, que tel peut être le cas lorsque la divulgation d'information confidentielle porte atteinte à la liberté ou à la propriété d'autrui.

Compte tenu des décisions des juges du fond l'arrêt rapporté précise trois points.

1) S'agissant de la confidentialité des informations, la CEDH a rappelé dans l'arrêt précité qu'une personne qui diffuse une information qui lui a été donnée par un tiers n'est pas tenue des obligations de confidentialité qui peuvent peser sur ce tiers. Le jugement du tribunal n'était pas fondé à cet égard et a été justement réformé par la cour d'appel, l'arrêt n'était d'ailleurs pas critiqué sur ce point. On rappellera ici qu'il résulte de la jurisprudence qu'à l'extérieur de l'entreprise, les articles L. 2142-3 à L. 2142-6 du Code du travail (ancien article L. 412-8) relatifs à la diffusion d'information syndicale dans l'entreprise, ne sont pas applicables et que seule s'applique la loi sur la presse (Soc., 28 février 2007, Bull. 2007, V, n° 37, pourvoi n° 05-15228).

2) La diffusion d'informations relatives à une entreprise déterminée peut être limitée, dans la mesure où ces informations sont confidentielles et peuvent porter atteinte à la liberté d'entreprendre ou à la propriété de l'entreprise, c'est-à-dire en réalité au secret des affaires. Tel peut être le cas lors d'une diffusion d'information sur un site internet qui les rend librement accessible à tous et en particulier à la concurrence. Il appartenait donc à la cour d'appel de rechercher si les informations diffusées sur le site syndical avaient un caractère confidentiel par leur nature même ou en raison de la loi, même si le syndicat n'était pas lié lui-même par les obligations de confidentialité des membres de l'entreprise.

3) L'arrêt précise enfin que la diffusion d'information confidentielle ne peut être interdite que dans la mesure nécessaire à la protection des droits des tiers, en appliquant un principe de proportionnalité qui résulte du texte même de l'article 10§2 de la Convention. Il convient en effet de ne pas porter des atteintes excessives à la liberté d'expression, mais seulement dans la mesure précisée par la convention et la loi sur la confiance dans l'économie numérique, c'est-à-dire par la nécessité de protéger les droits des tiers c'est-à-dire en l'espèce à la liberté et à la propriété d'autrui. Il appartenait donc au juge de rechercher si le caractère confidentiel des informations justifiait au regard des droits de l'entreprise l'interdiction de leur divulgation.

Action en justice des organisations syndicales

Action en justice – Conditions – Intérêt collectif de la profession –
Domaine d'application – Étendue

Négociation collective – Périodicité de la négociation – Négociation
triennale – Négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois
et des compétences – Délai pour négocier – Portée

Chambre sociale, 24 juin 2008 (Bull. n° 130, pourvoi n° 07-11411)

Au-delà de l'apport ponctuel relatif à la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 faisant obligation aux employeurs d'engager, tous les trois ans, une négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, de sorte que ces derniers ne peuvent pas se voir reprocher une quelconque défaillance dans la mise en œuvre de cette obligation avant le 19 janvier 2008, cet arrêt mérite surtout d'être relevé en raison de la solution qu'il retient en matière d'action des syndicats.

L'article L. 411-11, devenu l'article L. 2132-3 du Code du travail, permet expressément à un syndicat de se prévaloir du défaut de consultation d'un comité d'entreprise pour demander des dommages-intérêts en justifiant soit d'un préjudice propre soit d'un préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession qu'il représente. Mais l'autorise-t-il à demander, comme c'était le cas en l'espèce, la suspension d'une mesure patronale dans l'attente de la consultation du comité d'entreprise ? Il avait déjà été jugé qu'un syndicat ne pouvait pas agir au lieu et place d'un comité d'entreprise pour faire condamner l'employeur à verser à ce dernier une contribution au titre de ses activités sociales et culturelles (Soc., 28 février 2006, pourvoi n° 04-18410). L'arrêt relevait, certes, qu'une personne ne peut être condamnée au profit d'une autre qui n'a rien demandé ; mais il énonçait aussi, et en premier lieu, que le syndicat qui exerce l'action prévue par l'article L. 2132-3 du Code du travail ne peut prétendre qu'à des dommages-intérêts. C'est une autre solution qui est adoptée par l'arrêt du 24 juin 2008 : les syndicats professionnels pouvant, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent, ils peuvent demander en référé les mesures de remise en état destinées à mettre fin à un trouble manifestement illégitime affectant cet intérêt collectif. En l'espèce, la règle permet aux syndicats, de façon indirecte mais nécessaire, de contraindre l'employeur à consulter le comité d'entreprise (plus précisément l'équivalent au sein d'EDF du comité central d'entreprise) alors que ce dernier n'est pas partie à l'instance et ne formule pas officiellement une demande de consultation.

Cette décision s'inscrit dans la tendance actuelle de la chambre sociale à reconnaître aux syndicats, en leur qualité de défenseurs des intérêts collectifs de la profession, des prérogatives nouvelles, en tout cas nouvellement revendiquées (Soc., 3 mai 2007, pourvoi n° 05-12340 et Soc., 16 janvier 2008, Bull., 2008, V, n° 10, pourvoi n° 07-10095, pour une action en exécution d'une convention collective exercée par un syndicat non-signataire ; Soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-44132, pour une action en interprétation, dans le cadre de la détermination des droits acquis par des salariés, d'un accord collectif ayant cessé d'être applicable par suite de sa dénonciation). Fondées sur l'article L. 2132-3 du Code du travail, ces prérogatives peuvent être exercées par tout syndicat, qu'il soit ou non représentatif.

G – Rupture du contrat de travail

1 – Prise d’acte de la rupture et résiliation judiciaire

2 – Licenciement

a) licenciement pour motif économique

Adhésion à une convention de reclassement personnalisée

Licenciement économique – Mesures d’accompagnement – Convention de reclassement personnalisé – Adhésion du salarié – Portée
Chambre sociale, 5 mars 2008 (Bull. n° 47, pourvoi n° 07-41 964)

Les nouvelles dispositions de l’article L. 1233-65 du Code du travail (ancien article L. 321-4-2), issues de la loi n° 2005-32 « de programmation pour la cohésion sociale » du 18 janvier 2005, obligent les employeurs occupant moins de 1000 personnes à proposer à chaque salarié dont le licenciement est envisagé pour motif économique le bénéfice d’une convention de reclassement personnalisé.

L’article L. 1233-67 dispose qu’en cas d’accord du salarié, le contrat de travail est réputé rompu d’un commun accord des parties.

Il n’en résulte cependant pas que le salarié soit privé du droit de contester le motif économique de la rupture.

La Cour de cassation reprend la solution adoptée précédemment en cas d’adhésion d’un salarié à une convention de conversion. Il avait été alors décidé que la convention de conversion qui entraîne la rupture d’un commun accord des parties implique l’existence d’un motif économique et n’empêche pas le salarié de contester la rupture du contrat de travail (Soc., 29 janvier 1992, Bull., 1992, V, n° 52).

Dans les deux cas, l’offre de convention constitue pour l’employeur une obligation légale qui s’adresse aux salariés dont le licenciement pour motif économique est envisagé. Les deux types de convention offrent aux salariés qui y adhèrent des avantages comparables : allocations plus élevées, bénéfice d’aide personnalisée au reclassement, de formation, etc.

La proposition de convention de reclassement personnalisé s’inscrit dans la procédure de licenciement pour motif économique. Elle est transmise lors de l’entretien préalable au licenciement en vue d’atténuer la rigueur de ses effets.

Dans la mesure où la réponse du salarié à la proposition de convention de reclassement personnalisé porte sur les avantages offerts par cette convention, son accord sur la rupture du contrat de travail s’apparente, comme l’a dit au sujet des conventions de conversion, à une fiction légale.

Cette impression est renforcée par l'emploi de l'expression selon laquelle le contrat de travail est réputé rompu d'un commun accord. Cela montre qu'il ne s'agit pas d'une rupture conventionnelle du contrat de travail née de la rencontre de deux volontés. Cette formule permet de justifier l'absence de délai-congé en cas d'accord du salarié sur la convention de reclassement.

L'adhésion à une convention de reclassement personnalisé se distingue donc de la résiliation amiable pour motif économique (Soc., 2 décembre 2003, Bull. 2003, V, n° 308) qui peut bénéficier à des personnes dont le licenciement n'était pas nécessairement envisagé et dont les modalités peuvent faire l'objet d'une négociation individuelle ou collective.

Mise à la retraite dans le cadre de difficultés économiques

Retraite – Mise à la retraite – Conditions – Salariés les remplissant – Portée
Chambre sociale, 18 mars 2008 (Bull. n° 63, pourvoi n° 07-40269)

L'article L. 321-1, alinéa 2, du Code du travail (devenu le second alinéa de l'article L. 1233-3 du nouveau code), rend applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'alinéa précédent les dispositions du chapitre de ce code relatif au licenciement pour motif économique. Cette disposition, qui résulte de la loi du 29 juillet 1992, avait valeur de transposition de la directive européenne n° 92/56/CE, du 24 juin 1992 (remplacée depuis par la directive du 20 juillet 1998, n° 98/59/CE) qui entendait intégrer dans le calcul du nombre des licenciements pour motif économique imposant la consultation des représentants du personnel « les cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur et pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs ». La loi du 29 juillet 1992 a d'ailleurs conforté la position de la chambre sociale selon laquelle des départs volontaires s'inscrivant dans le cadre d'une réduction d'effectifs imposent la mise en place d'un plan social (Soc., 10 avril 1991, Bull. 1991, V, n° 179). Il en résulte que relève des dispositions du Code du travail qui imposent la consultation des représentants du personnel et la présentation d'un plan de sauvegarde de l'emploi toute rupture du contrat de travail liée à des difficultés économiques, à une mutation technologique ou à une réorganisation de l'entreprise, dès lors que les conditions prévues par les articles L. 321-3 (L. 1233-28) et L. 321-4-1 (L. 1233-61) du Code du travail sont remplies. C'est ce qui explique que les ruptures amiables des contrats de travail soient soumises à ces dispositions, lorsqu'elles sont applicables (Soc., 2 décembre 2003, Bull. 2003, V, n° 309, rapport annuel 2003, p. 315). Il en va de même pour des mises à la retraite qui, si elles constituent un mode de rupture autonome, entraînent aussi la cessation du contrat de travail. À ce titre, elles relèvent du chapitre sur les licenciements économiques, lorsqu'elles sont liées à l'une des causes économiques définies par le Code du travail et lorsque les conditions requises pour la consultation des représentants du personnel et l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi sont réunies. Il est certain que lorsque l'entreprise rencontre des difficultés, des mises à la retraite peuvent constituer, pour l'employeur, un moyen de réduire les effectifs plus commode que des licenciements. Il est donc souhaitable qu'à ce titre elles soient intégrées dans un plan social (sachant qu'en vertu de la directive de 1998, ce mode de cessation de la relation de travail doit être pris en compte pour déterminer si les obligations qu'elle prévoit sont applicables).

Les arrêts rendus le 18 avril 2000 (Bull. 2000, V, n° 142) et le 2 novembre 2005 (pourvoi n° 03-46325) et, dans une moindre mesure, un arrêt du 10 octobre 2007 (pourvoi n° 06-42782), pouvaient toutefois laisser penser que, dès lors que des mises à la retraite permettaient de supprimer des emplois pour une raison économique, elles ouvraient toujours droit au paiement d'une indemnité de licenciement prévue dans le plan social établi à cette occasion. C'est cette incertitude que lève l'arrêt du 18 mars 2008, en énonçant que, si l'employeur qui envisage de mettre des salariés à la retraite à l'occasion de difficultés économiques doit observer les dispositions relatives aux licenciements économiques, en ce qu'elles impliquent la consultation des représentants du personnel et la présentation d'un plan de sauvegarde de l'emploi, lorsque les conditions nécessaires sont remplies, il n'en résulte toutefois pas que la décision de l'employeur entraîne les effets d'un licenciement à l'égard des retraités. Ceux-ci ne peuvent donc prétendre, au seul motif que leur départ permet de réduire les effectifs, au paiement d'indemnités de licenciement. Il n'est certes pas exclu que le plan social établi à cette occasion leur étende le bénéfice de cet avantage ou contienne d'autres mesures indemnitaires adaptées aux salariés qui sont mis à la retraite et dont la situation n'est pas la même que celle des salariés perdant leur emploi à la suite d'un licenciement. Il peut même apparaître souhaitable que le plan de sauvegarde de l'emploi qui les prend en compte comporte des dispositions qui leur sont propres, dès lors qu'en l'absence de difficultés économiques l'employeur n'aurait pas nécessairement pris l'initiative de rompre les contrats de travail des salariés les plus anciens en les mettant à la retraite. Mais la soumission des mises à la retraite aux règles du licenciement économique, dans leur dimension collective (consultation du comité d'entreprise, établissement d'un plan social), ne modifie pas pour autant la nature de ce mode de rupture spécifique et ne lui fait donc pas produire les effets d'un licenciement. Ainsi, l'indemnité de licenciement ne se substitue pas de plein droit à l'indemnité de mise à la retraite. L'application aux mises à la retraite liées à des difficultés économiques des dispositions du chapitre du Code du travail sur les licenciements économiques comporte d'ailleurs d'autres limites. Notamment, elles ne devraient pas obliger l'employeur à prévoir au préalable le reclassement des salariés qu'il entend mettre à la retraite, puisqu'une telle obligation est incompatible avec le régime et les effets de ce mode de rupture. Enfin, ce qui est jugé à propos de la mise à la retraite ne concerne pas le départ volontaire du salarié à la retraite, où l'initiative de la rupture provient du salarié lui-même, tout comme dans une démission (Soc., 25 juin 2002, Bull. 2002, V, n° 214; Soc., 9 juillet 2003, pourvoi n° 01-43298). Il n'est pas exclu que, pour favoriser des départs à la retraite, l'employeur prévoie dans le plan de sauvegarde de l'emploi des avantages incitatifs à l'intention de ceux qui remplissent les conditions légales et conventionnelles pour quitter l'entreprise, mais en elle-même, cette forme de départ volontaire ne relève pas de l'article L. 321-1 (L. 1233-3) du Code du travail.

b) Licenciement pour motif personnel

Obligation de reclassement

Employeur – Obligations – Mise à la disposition d'une filiale étrangère d'un salarié par la société mère – Reclassement du salarié – Proposition de la société mère – Nécessité – Portée

Chambre sociale, 13 novembre 2008 (pourvoi n° 06-42 583, en cours de publication)

Chambre sociale, 13 novembre 2008 (pourvoi n° 07-41 700, en cours de publication)

La chambre sociale a eu à statuer sur deux pourvois portant sur les dispositions protectrices de l'emploi du salarié prévues par l'article L. 122-14-8, devenu L. 1231-5 du Code du travail, imposant à la société mère, qui a mis à disposition d'une filiale étrangère un salarié dans le cadre d'un contrat de travail avec cette dernière, de le rapatrier et de le reclasser lorsqu'il est licencié par cette filiale.

Jusqu'alors, la chambre sociale avait, le plus souvent, pour fonder l'obligation de reclassement du salarié lorsque celui-ci était licencié de la filiale étrangère, cherché à mettre en évidence le maintien du contrat de travail initial, soit en l'absence de contrat passé entre le salarié et la filiale (Soc., 20 octobre 1998, Bull. 1998, V, n° 437, Soc., 25 janvier 2006, pourvoi n° 04-42 657 et Soc., 12 juillet 2007, pourvoi n° 06-41 777), soit lorsque ce contrat entre maison mère et salarié coexistait avec le contrat de travail passé entre la filiale et ce même salarié (Soc., 25 février 1988, Bull. 1988, V, n° 138, pourvoi n° 85-41 655 ; Soc., 9 mars 2005, pourvoi n° 03-43 260 ; Soc., 5 décembre 2007, pourvoi n° 06-40 787).

Dans la première espèce (société l'Oréal), il s'agissait de savoir si les dispositions de l'article L. 122-14-8 devenu L. 1231-5 du Code du travail trouvaient à s'appliquer lorsque le contrat initial entre le salarié et la maison mère avait été rompu.

En énonçant que l'article L. 1231-5 du Code du travail ne subordonne pas son application au maintien d'un contrat de travail entre le salarié et la maison mère, la chambre fait une interprétation littérale du texte qui est conforme à son objectif de protection de l'emploi du salarié mis à disposition d'une filiale étrangère dans l'hypothèse où un contrat de travail est conclu avec la filiale étrangère. Il pourrait en effet être considéré que l'existence d'un contrat avec la filiale combinée avec l'éventuelle rupture de tout lien entre la société mère et le salarié, exonère de toute obligation de reclassement du salarié la société mère. Or, c'est précisément dans un tel cas de figure que le dispositif protecteur de l'article L. 1231-5 trouve tout son intérêt. La chambre sociale affirme en conséquence qu'il appartient seulement aux juges du fond de vérifier que l'ensemble des conditions d'application du texte sont réunies (mise à disposition d'une filiale dans le cadre d'un contrat entre le salarié et la filiale et licenciement par cette filiale) pour statuer sur l'obligation de rapatriement et de reclassement, sans avoir à rechercher si le contrat initial entre société mère et salarié a été maintenu.

Dans la seconde espèce (Société Geodis logistics Île-de-France), la question posée concernait les conditions de la rupture du contrat de travail entre le salarié et la filiale argentine

de la société mère. La filiale auprès de laquelle le salarié avait été mis à disposition avait cédé son fonds à une société tierce, sans lien avec la société mère, le salarié étant susceptible d'être repris par cette société tierce, conformément au droit argentin applicable.

La chambre sociale énonce que cette cession mettait fin ipso facto au contrat de travail liant le salarié à la filiale et estime que cette rupture entre dans les prévisions de l'article L. 122-14-8 devenu L. 1231-5 du Code du travail qui pose comme condition d'application du régime protecteur « le licenciement du salarié par la filiale ».

Obligation de sécurité et faute grave

Licenciement – Cause – Cause réelle et sérieuse – Faute du salarié – Faute grave – Applications diverses – Salarié fumant une cigarette dans un local de l'entreprise – Condition

Chambre sociale, 1^{er} juillet 2008 (Bull. n° 145, pourvoi n° 06-46421)

Dans cette affaire, où l'interdiction de fumer dans l'ensemble des locaux de l'entreprise de cartonnerie était justifiée, en raison du risque d'incendie, par la sécurité des personnes et des biens, la chambre sociale de la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui a retenu que le fait pour un salarié de fumer une cigarette dans un local affecté aux pauses en violation de cette interdiction rendait impossible son maintien dans l'entreprise et constituait une faute grave.

Une société de cartonnerie, en tant qu'installation classée pour la protection de l'environnement, est soumise à une autorisation préfectorale d'exploiter dont le non-respect des prescriptions peut entraîner notamment sa suspension, jusqu'à mise en conformité. En l'espèce, l'arrêté d'autorisation contenait un certain nombre de dispositions justifiées par le risque principal d'incendie, parmi lesquelles l'interdiction de fumer, « *sauf le cas échéant dans les locaux administratifs ou sociaux séparés du reste de l'établissement* » et son affichage apparent sur les portes d'entrée et à l'intérieur des locaux avec la mention qu'il s'agit d'une interdiction préfectorale. L'employeur s'y était conformé, l'interdiction de fumer figurait au règlement intérieur et était portée à la connaissance des salariés tant par l'affichage de ce règlement que par les nombreux panneaux disposés dans l'entreprise, une note interne mentionnant les sanctions encourues leur avait été adressée.

Le salarié surpris en train de fumer en dépit de cette interdiction invoquait notamment pour sa défense le non-respect par l'employeur de la législation sur la lutte contre le tabagisme, spécialement l'absence de mise en place d'emplacement réservé aux fumeurs lui permettant de satisfaire, au moins pendant son temps de pause, son « *besoin parfois impératif de fumer* » – pour reprendre les termes du jugement du conseil de prud'hommes qui l'a suivi dans sa position en décidant que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse –. À l'appui du pourvoi formé contre l'arrêt infirmatif, le salarié a développé un moyen unique. Il a soutenu en premier lieu que la cour d'appel avait violé l'article L. 1234-1 du Code du travail (ancien article L. 122-6), les circonstances de l'espèce ne permettant pas de caractériser la faute grave. Parmi ces circonstances, il a cité, outre ses vingt-cinq années d'ancienneté, le caractère récent de l'interdiction de fumer, sa dépendance au tabac, l'impossibilité de sortir de l'entreprise pendant son temps de pause, le refus de l'employeur de mettre en

place un espace réservé aux fumeurs et son absence de toute initiative pour aider les salariés fumeurs à s'arrêter. Il a invoqué en second lieu une violation de l'article L. 1121-1 du Code du travail (ancien article 120-2), l'interdiction absolue de fumer sans aucune aide apportée aux salariés en état de dépendance étant abusive.

Sa position pouvait paraître paradoxale, non seulement parce que, ainsi qu'il vient d'être exposé, l'employeur ne s'était pas fondé sur la législation de lutte contre le tabagisme pour édicter l'interdiction de fumer dans l'ensemble des locaux de l'entreprise, mais aussi eu égard à cette législation, dont l'objectif affiché est la lutte contre le « fléau social » que représente le tabagisme.

Sur ce dernier plan, sa position pouvait cependant s'expliquer. Au moment des faits, le décret n° 42-478 du 29 mai 1992 pris pour l'application de la loi n° 91-32 du 10 janvier 1991, dont les articles ont été codifiés dans le Code de la santé publique (articles R. 3511-1 à R. 3511-8), était en vigueur. En l'état des textes, qui ne contiennent aucune disposition sur l'aide au sevrage, il était possible de s'interroger sur le caractère obligatoire ou facultatif pour l'employeur de la mise à disposition, sauf impossibilité, d'emplacements pour les fumeurs. En l'espèce, la seule voie à explorer par l'employeur, compte tenu des termes de l'arrêté d'autorisation d'exploiter, aurait été la faisabilité de mise en place de tels espaces dans des locaux séparés du reste de l'établissement. Sur cette question, il doit être observé que dans la circulaire n° 49 du 29 novembre 2006 de mise en œuvre des nouveaux textes issus du décret n° 2006-1386 du 15 novembre 2006, le gouvernement a entendu préciser que la mise en place d'emplacements réservés aux fumeurs n'est en aucune façon une obligation, qu'il s'agit d'une simple faculté qui relève de la décision de la personne ou de l'organisme responsable des lieux. Reste que la législation vise, dans son esprit, à rechercher des solutions conciliant les impératifs de santé publique et le respect des libertés individuelles. C'est ce que rappelait la circulaire n° 92/23 du 9 novembre 1992 concernant la mise en œuvre du décret de 1992, en insistant sur la nécessité, pour le chef d'entreprise, de respecter le principe posé par l'article L. 1331 du Code du travail (ancien article L. 122-43) de proportionnalité de la sanction à la faute commise.

Mais la chambre sociale de la Cour de cassation ne s'est pas placée sur ce terrain. Elle a considéré que les impératifs de sécurité des personnes et des biens fondant, en raison du risque d'incendie, l'interdiction de fumer dans l'ensemble des locaux de l'entreprise et la connaissance qu'en avaient les salariés permettaient de sanctionner par un licenciement pour faute grave un salarié qui passait outre cette interdiction formelle et connue de tous les salariés.

Cette décision est à rapprocher de l'arrêt du 29 juin 2005 (Bull. 2005, V, n° 219, pourvoi n° 03-44412), rendu cette fois-ci dans le cadre de la législation de lutte contre le tabagisme. Énonçant 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 chambre sociale a retenu que manquait à cette obligation et ne satisfaisait pas aux exigences des articles R. 3511-1, R. 3511-4 et R. 3511-5 du Code de la santé publique l'employeur qui se bornait à interdire à ses salariés de fumer en présence de l'un d'eux et à apposer des panneaux d'interdiction de fumer dans le bureau collectif que ce dernier occupait, de sorte que la prise d'acte, par celui-ci, de la rupture du contrat de travail en raison de ce manquement, produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le comportement du salarié fumeur est apprécié par la chambre sociale de la Cour de cassation à l'aune des obligations de l'employeur qui est tenu, en raison des impératifs de sécurité et de santé dans l'entreprise, de faire respecter l'interdiction de fumer qu'il doit instaurer et faire respecter.

Changement des conditions de travail

Modification – Modification imposée par l'employeur – Modification du lieu de travail – Refus du salarié – Clause de mobilité – Portée

Chambre sociale, 23 janvier 2008 (Bull. n° 19, pourvoi n° 07-60 522)

Le refus, par le salarié dont le contrat de travail contient une clause de mobilité, de la modification de son lieu de travail constitue en principe un manquement à ses obligations contractuelles mais ne caractérise pas à lui seul une faute grave. Doit être cassé l'arrêt qui retient que le refus délibéré d'un salarié d'accepter à son retour de congé sabbatique une nouvelle affectation, en dépit de la clause de mobilité stipulée dans son contrat de travail, caractérise une telle faute au motif que son précédent poste ayant été pourvu lors de la suspension du contrat de travail et aucun emploi plus proche de son domicile n'étant disponible, l'employeur ne peut lui fournir du travail même pendant la période de préavis.

Voir le commentaire supra, rubrique contrat de travail (A), droits et obligations des parties au contrat de travail (2)

Clause de garantie d'emploi

Employeur – Responsabilité – Faute – Engagement de l'employeur – Clause de garantie d'emploi – Violation – Effets – Indemnisation – Cumul avec l'indemnité de préavis – Possibilité

Chambre sociale, 13 novembre 2008 (pourvoi n° 07-42 640, en cours de publication)

Deux questions étaient posées à la formation plénière de la chambre sociale par le présent pourvoi :

- La violation par l'employeur d'une clause de garantie d'emploi prive-t-elle le licenciement de cause réelle et sérieuse ?
- Le salarié peut-il cumuler son indemnité de préavis avec l'indemnité accordée au titre de la violation de la clause de garantie d'emploi ?

1) Sur la première question le moyen du pourvoi formé par l'employeur soutenait que si en cas de violation d'une clause de garantie d'emploi le salarié a droit aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme de la période de garantie, le non-respect de cet engagement n'entraîne pas en soi un licenciement sans cause réelle et sérieuse donnant droit à des dommages-intérêts supplémentaires.

La validité des clauses de garantie d'emploi a été reconnue par la chambre sociale sur le fondement du principe de faveur dès le 7 novembre 1990. La chambre estimait que la rupture d'un contrat à durée indéterminée avant l'expiration de la garantie d'emploi était

faite en violation des dispositions conventionnelles plus favorables que celles résultant de la seule application des dispositions du Code du travail. Le non-respect par l'employeur de cette clause entraînait deux conséquences :

- d'une part l'employeur engageait sa responsabilité contractuelle : depuis un arrêt rendu le 27 octobre 1998 le salarié a droit à une indemnisation forfaitaire minimale correspondant aux salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de sa garantie d'emploi : (Soc., 27 octobre 1998, Bull. 1998, V, n° 455, pourvoi n° 95-43 308 ; Soc., 2 février 1999, Bull. 1999, V, n° 49) ;
- d'autre part, le licenciement était considéré comme dépourvu de cause réelle et sérieuse : (Soc., 13 février 1996, pourvoi n° 92-420.24 ; Soc., 30 mai 2000, pourvoi n° 97-43 191).

La chambre admettait cependant qu'un salarié puisse être licencié pour faute grave malgré une clause de garantie d'emploi : (Soc., 20 février 2007, pourvoi n° 05-44 109 et n° 05-44 310.)

Mais le 21 décembre 2006 par un arrêt rendu en formation restreinte la chambre a remis en cause sa jurisprudence. Dans une affaire où un salarié avait été licencié pendant la période de garantie d'emploi en vertu d'une ordonnance du juge commissaire autorisant l'administrateur à procéder au licenciement pour motif économique présentant un caractère urgent, inévitable et indispensable, la chambre sociale a admis que la violation par l'employeur de la clause de garantie d'emploi ne prive pas le licenciement de cause réelle et sérieuse.

C'est à cette solution que se rallie aujourd'hui la formation plénière de la chambre sociale, conformément aux requisitions de l'avocat général.

Si la violation de la clause de garantie d'emploi entraîne pour le salarié un préjudice particulier ouvrant droit à un rappel de salaire à titre de dommages-intérêts, une telle violation ne dispense pas le juge de vérifier si le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse. Il entre en effet dans l'office du juge de vérifier le bien-fondé du licenciement. Cette décision va dans le sens de ce que suggérait une partie de la doctrine qui reprochait à la Cour de cassation le système d'une indemnisation forfaitaire condamnant l'employeur au paiement du solde des salaires restant dus indépendamment de l'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (voir J. Mouly, *D.* 1999 186).

II) La deuxième question à laquelle devait répondre la chambre concernait le cumul de l'indemnité compensatrice de préavis avec l'indemnité due au titre de la clause de garantie d'emploi.

La chambre sociale avait déjà admis que les dommages-intérêts alloués à un salarié en cas de violation par l'employeur d'un engagement de garantie d'emploi qui sont équivalents aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme de cette période de garantie ne peuvent se cumuler avec le revenu de remplacement servi par l'ASSEDIC (Soc., 28 février 2006, Bull. 2006, V, n° 86), reprenant ainsi la solution admise par l'assemblée plénière de la Cour le 13 décembre 2002 (Ass. plén., 13 décembre 2002, Bull., 2002, Ass. plén., n° 4).

Se référant à cette jurisprudence, le moyen du pourvoi soutenait que le paiement d'une somme correspondant à la rémunération que le salarié aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la garantie d'emploi et les sommes versées au titre du préavis avaient exactement le même objet et ne pouvaient donc se cumuler.

La chambre sociale ne suit pas ce raisonnement : l'indemnité accordée au titre de la violation de la garantie d'emploi ne prive pas le salarié du bénéfice de l'indemnité de préavis lorsqu'il peut y prétendre. En effet, les deux sommes, qui procèdent de causes juridiques différentes, n'ont pas le même objet. La chambre sociale en avait déjà décidé ainsi le 23 octobre 2007 (Soc., 23 octobre 2007, Bull. 2007, n° 172). Autoriser la déduction de l'indemnité compensatrice de préavis de l'indemnité due au titre de la violation de la clause de garantie d'emploi reviendrait à priver pour partie d'effet la clause de garantie d'emploi.

H – Actions en justice

Action en justice des organisations syndicales

Action en justice – Conditions – Intérêt collectif de la profession –
Domaine d'application – Étendue

Négociation collective – Périodicité de la négociation – Négociation
triennale – Négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois
et des compétences – Délai pour négocier – Portée

Chambre sociale, 24 juin 2008 (Bull. n° 130, pourvoi n° 07-11 411).

Aux termes de l'article L. 411-11, du Code du travail, devenu l'article L. 2132-3, du Code du travail les syndicats professionnels peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. Il en résulte qu'ils peuvent demander en référé les mesures de remise en état destinées à mettre fin à un trouble manifestement illicite affectant cet intérêt collectif. Dès lors, une cour d'appel retient exactement que le défaut de réunion, d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel, lorsqu'elles sont légalement obligatoires, portant une atteinte à l'intérêt collectif de la profession, des fédérations syndicales sont recevables à demander la suspension d'une mesure prise par un employeur tant que ce dernier n'aura pas procédé aux informations et consultations obligatoires.

Voir supra, le commentaire dans la rubrique « accords collectifs » (D-1)

Application de l'article 29 de la loi d 19 janvier 2000.

Premier protocole additionnel – Article 1^{er} – Protection de la propriété –
Violation – Défaut – Cas – Article 29 de la loi du 19 janvier 2000 validant
le régime d'heures d'équivalence des conventions et accords collectifs des
institutions sociales et médico-sociales – Application à des rémunérations
pour permanences nocturnes accomplies avant l'entrée en vigueur de la loi
mais réclamées en justice postérieurement

Chambre sociale, 5 juin 2008 (Bull. n° 124, pourvoi n° 06-46 295)

Le présent arrêt s'inscrit dans l'important contentieux suscité par l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 qui avait validé rétroactivement le régime d'heures d'équivalence de divers accords et conventions collectives applicables aux institutions sociales et médico-sociales et

qui a valu à la France une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme pour violation d'une part de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et d'autre part de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1.

En effet, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, par deux arrêts rendus le 24 janvier 2003 (Bull. 2003, n° 2 et 3), considérant qu'il existait un motif impérieux d'intérêt général lié à la pérennité du secteur public de la santé et de la protection sociale, avait décidé que l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 était applicable aux procédures engagées préalablement à son entrée en vigueur.

Mais saisie de la question, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la loi du 19 janvier 2000, rétroactive et applicable aux procès en cours, avait pour effet d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges et que cette atteinte à l'exigence du procès équitable et à l'égalité des armes n'était pas justifiée par un « *impérieux motif d'intérêt général* », d'où une violation de l'article 6 § 1 de la Convention (CEDH, 9 janvier 2007, *Arnolin et autres et vingt-quatre autres affaires c./France*, req. n° 20127/03 et s.).

Elle a également jugé, par un arrêt du même jour (CEDH, 9 janvier 2007, *Aubert et autres et huit autres affaires c./France*, req. n° 31501/03 et s.) que l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 qui avait définitivement réglé le fond du litige en donnant raison à l'une des parties, privant ainsi les requérants d'une « valeur patrimoniale » préexistante et faisant partie de leurs « biens », dont ils pouvaient légitimement espérer obtenir le paiement, constituait une violation de l'article 1^{er} du protocole n° 1.

C'est en s'inspirant de cette dernière jurisprudence que les demandeurs au pourvoi soutenaient que la cour d'appel, en faisant application de l'article 29 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 pour leur refuser des rappels de salaires au titre des heures de permanence nocturne accomplies depuis 1996, avait violé l'article 1^{er} du protocole n° 1 annexé à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La Cour de cassation rejette leur pourvoi. Elle juge que, dès lors que les salariés ont saisi la juridiction prud'homale après l'entrée en vigueur de l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 pour obtenir des rappels de salaires au titre de permanences nocturnes accomplies avant, ils ne peuvent prétendre avoir été privés d'une « espérance légitime » ou d'une « valeur patrimoniale préexistante faisant partie de leurs biens » au sens du texte conventionnel.

La chambre sociale avait déjà énoncé (Soc., 13 juin 2007, pourvois n° 06-40823, 06-40824, 06-40825, 06-40826, 06-40827, 06-40828, 06-40829, 06-40830, Bull. 2007, V, n° 99) que des salariés ayant engagé leur action postérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 n'étaient pas fondés à invoquer l'incompatibilité de ses dispositions rétroactives avec l'exigence de l'article 6 § 1 de la convention (voir aussi la note sous Soc., 13 juin 2007, précité, Bulletin du droit du travail n° 78, avril-mai-juin 2007, n° 88, p. 47).

DROIT DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

A – Prestations

Allocation vieillesse pour personnes non salariées – Professions libérales – Assujettis – Chirurgien-dentiste gérant majoritaire d'une société d'exercice libéral à responsabilité limitée

Deuxième chambre civile, 15 mai 2008 (Bull. n° 113, pourvoi n° 06-21 741)

Un chirurgien-dentiste a constitué une société d'exercice libéral à responsabilité limitée (SELARL) dont il était le gérant et dans laquelle il était titulaire de 499 parts sur 500. La Caisse autonome de retraite des chirurgiens-dentistes (CARCD) lui a réclamé les cotisations dont elle l'estimait redevable comme professionnel exerçant à titre libéral. L'intéressé a contesté les mises en demeure émises par cette caisse en soutenant, d'une part, qu'étant gérant majoritaire au sein de cette SELARL, il ne devait pas être affilié à la CARCD, d'autre part, qu'il ne percevait ni honoraires pour les soins dentaires qu'il délivrait ni rémunérations pour son activité de gérant, mais seulement, en tant qu'associé d'une société d'exercice libéral, des dividendes, lesquels font partie de la catégorie des revenus de capitaux mobiliers et ne constituent pas un revenu professionnel non salarié.

Le pourvoi formé par ce chirurgien-dentiste contre l'arrêt d'une cour d'appel ayant validé les mises en demeure pose la question de l'affiliation à une caisse de retraite des professions libérales d'un membre d'une profession libérale ayant créé une société d'exercice libéral dont il est le gérant (I) et, le cas échéant, la question de l'assiette de ses cotisations d'assurance vieillesse (II).

I) Pour décider son affiliation à la CARCD, la cour d'appel retient que l'intéressé poursuit son activité principale de chirurgien-dentiste à titre libéral et conventionné et que l'affiliation à un régime d'assurance vieillesse des professions libérales est obligatoire.

Il résulte de l'article L. 311-3-1, 1°, du Code de la Sécurité sociale que les gérants majoritaires de SELARL ne sont pas affiliés au régime général, de sorte que l'intéressé, gérant majoritaire, relève d'un régime de travailleurs non salariés.

Il résulte de l'article L. 621-3 du même code que le groupe des professions libérales relève du régime d'assurance vieillesse des personnes non salariées institué par l'article L. 621-1 du même code.

Il résulte de l'article D. 632-1 du même code que les gérants des sociétés à responsabilité limitée qui ne sont pas assimilés aux salariés sont obligatoirement affiliés aux caisses d'allocation vieillesse des professions industrielles et commerciales lorsque ces sociétés ont une activité industrielle ou commerciale, ce qui n'est pas le cas d'une SELARL.

Il s'en déduit que l'intéressé, qui ne doit pas être affilié au régime général et dont la société n'a pas une activité industrielle ou commerciale, relève du régime d'assurance vieillesse dans le groupe des professions libérales.

Une telle décision se situe dans la ligne de trois arrêts récents de la deuxième chambre, selon lesquels devaient être affiliés :

- à la caisse d'assurance vieillesse des pharmaciens le pharmacien biologiste directeur d'un laboratoire exploité par une société d'exercice libéral à forme anonyme (SELAFA) (deux. ch. civ., 20 juin 2007, Bull. 2007, II, n° 166, pourvoi n° 06-17 146);
- au régime d'assurance-maladie obligatoire des praticiens et auxiliaires médicaux conventionnés un chirurgien-dentiste exerçant dans le cadre d'une SELARL (deux. ch. civ., 21 juin 2006, Bull. 2006, II, n° 167, pourvoi n° 04-30 743);
- à la caisse de retraite des notaires un notaire en fonction, peu important son état de gérant majoritaire d'une SELARL (deux. ch. civ., 1^{er} juillet 2003, pourvoi n° 99-20 567).

II) Le demandeur au pourvoi soutient que les cotisations d'assurance vieillesse sont assises, selon l'article L. 642-1 du Code de la Sécurité sociale, sur le revenu professionnel non salarié défini à l'article L. 642-2 du même code, qui dispose qu'il s'agit du revenu défini aux alinéas 2 et 3 de l'article L. 131-6 du même code, c'est-à-dire celui retenu pour le calcul de l'impôt sur le revenu ; que ne constituent pas un tel revenu les dividendes versés aux associés d'une société de capitaux, qui sont des revenus du patrimoine, imposables à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des capitaux mobiliers ; que peu important que les sociétés d'exercice libéral aient pour objet exclusif l'exercice d'une telle profession, les dividendes versés à leurs associés ne peuvent être regardés comme des revenus professionnels.

Il invoque à l'appui de son argumentation la décision rendue le 14 novembre 2007 par le Conseil d'État (*ANSEL c./CARMF* n° 293642) annulant la décision de la caisse de retraite des médecins ayant réintégré dans l'assiette des cotisations sociales les dividendes perçus par ses affiliés.

Cependant, plusieurs raisons militent en faveur du rejet de ce pourvoi.

D'abord, si à la différence de la société civile professionnelle, qui est une société de personnes, la société d'exercice libéral constitue une société de capitaux, soumise à l'impôt sur les sociétés, son objet exclusif est néanmoins l'exercice en commun de la profession par ses membres, qui sont seuls habilités à accomplir les actes de la profession et doivent détenir la majorité du capital social.

Il s'en déduit que les revenus qu'en tirent les professionnels constituent la rémunération de leur activité et doivent être qualifiés de revenus professionnels.

Ensuite, l'article L. 131-6 du Code de la Sécurité sociale dispose que le revenu professionnel à prendre en compte est celui retenu pour le calcul de l'impôt sur le revenu, sans distinguer suivant la qualification de ce revenu au regard de l'impôt, qu'il s'agisse de revenus de capitaux mobiliers ou de revenus d'activité.

Enfin, l'intéressé ne tirant pas de son activité d'autre revenu que les dividendes, admettre son point de vue aboutirait à le dispenser de cotisations alors que son affiliation est obligatoire, de sorte qu'il en résulterait une inégalité entre les membres d'une même profession selon le mode d'exercice de celle-ci.

C'est donc à bon droit que la cour d'appel a décidé que les bénéficiaires de la société qui constituaient le produit de l'activité professionnelle de ce chirurgien-dentiste devaient entrer dans l'assiette de ses cotisations au régime d'assurance vieillesse.

B – Procédure

Procédure – Procédure préliminaire – Appréciation du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie – Respect du principe de la contradiction – Obligation préalable d'information de l'employeur par la caisse – Preuve

Deuxième chambre civile, 4 décembre 2008 (pourvoi n° 07-17622, en cours de publication)

En application de l'article R. 441-11 du Code de la Sécurité sociale, il a été jugé que lorsque la caisse primaire d'assurance-maladie diligente une enquête administrative avant de statuer sur une demande de prise en charge d'un accident ou d'une maladie au titre professionnel, elle doit informer l'employeur de la fin de la procédure d'instruction, des éléments susceptibles de lui faire grief, de la possibilité de consulter le dossier et de la date à laquelle elle prévoit de prendre sa décision, tout manquement à cette obligation rendant la décision de prise en charge inopposable à l'employeur (Soc., 19 décembre 2002, Bull. 2002, V, n° 403).

Par suite les juridictions ont été amenées à se prononcer sur la preuve de l'exécution de cette formalité et la Cour de cassation a admis qu'elle pouvait être rapportée par la production du double de la lettre simple que la caisse indiquait avoir adressée à l'employeur, l'envoi par lettre recommandée avec avis de réception n'étant pas exigé (deux. ch. civ., 4 juillet 2007, pourvoi n° 06-13 704).

En l'occurrence, la question se présentait d'une manière plus complexe, la caisse, utilisant un logiciel informatique et ne gardant pas de copie papier du courrier adressé à l'employeur, avait produit devant les juges du fond une édition de la lettre effectuée à partir du fichier informatique sur un papier à en tête de l'organisme qui n'était pas encore utilisé au moment où la lettre était censée avoir été envoyée.

La cour d'appel s'étant satisfaite de cette production sans analyser le document litigieux, l'intérêt de cet arrêt de cassation réside dans le rappel des principes gouvernant la preuve posés aux articles 1334, 1338 et 1316-1 du Code civil :

- d'une part s'agissant de la copie d'un document, elle ne peut faire preuve de l'existence de celui-ci que si elle est en est la reproduction fidèle et durable ;
- d'autre part, pour ce qui est de la copie informatique, laquelle est ici assimilée à l'écrit sous forme électronique visé à l'article 1316-1, elle ne vaut preuve qu'à condition que son auteur puisse être dûment identifié et que l'écrit soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

Ainsi, il appartiendra à la juridiction de renvoi de rechercher si le document produit répondait à ces exigences.

Contentieux général – Moyen relevé d’office par le tribunal – Prescription – Respect du principe de la contradiction – Organisme social alléguant la violation du principe de la contradiction au préjudice de son adversaire, non comparant devant le juge du fond – Personne pouvant alléguer la violation de ce principe

Deuxième chambre civile, 17 avril 2008 (Bull. n° 99, pourvoi n° 06-21 859)

L’arrêt commenté est riche de plusieurs enseignements :

1) Le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) tient de l’article L. 142-9 du Code de la Sécurité sociale le pouvoir de soulever d’office le moyen tiré des prescriptions prévues par ce code, notamment celle instituée par l’article L. 553-1 de ce code.

La procédure devant le TASS étant orale et sans représentation obligatoire, les moyens sont réputés avoir été débattus contradictoirement à l’audience (Soc., 14 décembre 1983, Bull. 1983, V, n° 623, pourvoi n° 82-15 624 ; deux. ch. civ., 23 novembre 2006, pourvoi n° 05-10 686). Toutefois, cette présomption tombe dès lors qu’une des parties était absente à l’audience. En outre, l’article 16 du Code de procédure civile exige que le juge ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevé d’office sans avoir, au préalable, invité les parties à présenter leurs observations (Soc., 17 mars 1994, Bull. 1994, V, n° 102, pourvoi n° 91-13 919 ; deux. ch. civ., 22 mars 2005, pourvoi n° 03-30 563 ; deux. ch. civ., 26 octobre 2006, pourvois n° 05-18 646, n° 05-18 647, n° 05-18 648, n° 05-18 649 et n° 05-18 650).

Le présent arrêt précise que l’organisme social, qui a pu faire valoir ses observations sur le moyen relevé d’office par le juge au cours d’une audience à laquelle son adversaire n’était pas comparant, ne peut se prévaloir de la violation du principe de la contradiction alléguée au préjudice de ce dernier. Cette décision amène la Cour de cassation à revenir sur la position retenue par ses arrêts du 14 mars 2007 (deux. ch. civ., 14 mars 2007, pourvois n° 05-21 063, n° 05-20 750 et n° 06-14 040), dans lesquels l’irrecevabilité du moyen soulevé par une caisse de sécurité sociale devant la Cour de cassation n’avait pas été retenue, ces arrêts se limitant à retenir que la fin de non-recevoir tirée de la prescription ne pouvait être présumée avoir été débattue entre les parties devant le juge du fond.

2) La procédure devant le tribunal des affaires de sécurité sociale est, en vertu de l’article R. 144-10 du Code de la Sécurité sociale, gratuite et sans frais, l’article L. 144-5 du même code mettant à la charge des régimes de sécurité sociale les dépenses de toute nature résultant du contentieux général et du contentieux technique de la sécurité sociale.

Les convocations des parties aux audiences des juridictions de la sécurité sociale sont adressées par les secrétariats de ces juridictions. Cependant, lorsque la lettre de convocation adressée par le greffe n’a pu être remise au défendeur, le secrétariat invite le demandeur à procéder par voie de signification (article R. 142-19).

L’arrêt reproduit ci-dessus précise que les dépenses liées à cette signification doivent rester à la charge de l’organisme social concerné, les dispositions spécifiques du Code de la Sécurité sociale excluant l’application de l’article 696 du Code de procédure civile relatif à la charge des dépens.

Contentieux technique – Cour nationale de l’incapacité et de la tarification – Procédure d’instruction – Demande de communication de pièces administratives et médicales – Levée du secret médical – Médecin – Secret professionnel – Informations protégées – Production nécessaire à la solution d’un litige opposant un organisme de sécurité sociale à un employeur

Deuxième chambre civile, 13 novembre 2008 (pourvoi n° 07-18364, en cours de publication)

Une caisse primaire ayant reconnu qu’un salarié présente à la suite d’un accident du travail une incapacité permanente partielle, le tribunal du contentieux de l’incapacité est saisi par l’employeur de ce salarié d’une contestation du taux de cette incapacité.

Le président de ce tribunal ordonne, sous astreinte, la production aux débats de toutes les pièces administratives et médicales détenues par l’organisme de sécurité sociale concerné ainsi que par le médecin-conseil de la Caisse nationale de l’assurance-maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) détaché auprès de cet organisme.

La CNAMTS forme un pourvoi en cassation contre l’arrêt de la Cour nationale de l’incapacité et de la tarification de l’assurance des accidents du travail (CNITAAT) ayant confirmé cette ordonnance.

La CNAMTS soutient, notamment, que la juridiction du contentieux de l’incapacité ne peut contraindre le service médical d’une caisse primaire à lui transmettre des informations couvertes par le secret médical sans l’accord de la personne concernée et elle invoque la violation, notamment, des articles 9 du Code civil, qui dispose que chacun a droit au respect de sa vie privée, R. 4127-4 du Code de la santé publique (précédemment l’article 4 du Code de déontologie médicale), dont il résulte que le secret médical, institué dans l’intérêt des patients, s’impose à tout médecin et 226-13 du Code pénal, qui réprime la révélation d’une information à caractère secret commise par la personne qui en est dépositaire par profession.

L’employeur soutient que le refus de communication invoqué aurait pour effet d’annihiler tout débat contradictoire au sens de l’article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, de gêner l’analyse du médecin expert commis par le tribunal et d’enrayer le cours de la justice.

Il convient de rappeler que la solution du litige opposant l’employeur à la caisse primaire étant sans incidence sur la prise en charge par cette caisse des conséquences subies par la victime de l’accident du travail, celle-ci n’est pas partie au litige, de sorte qu’on ne peut attendre d’elle ni participation à une mesure d’instruction ni expression directe de son consentement à la communication des renseignements médicaux la concernant. Dans un certain nombre de cas, la victime est décédée au moment où l’employeur conteste devoir assumer les conséquences financières de l’accident qu’elle avait subi.

Pour trancher ce conflit entre la protection du secret professionnel et l’utilité de communiquer à l’expert les renseignements lui permettant de s’acquitter de sa mission judiciaire, la CNITAAT retient que l’assuré social sollicitant un avantage social en réparation d’un préjudice doit en rapporter la preuve en application de l’article 9 du Code de procédure civile

devant les organismes d'attribution et les juridictions de recours ; qu'à cette fin, il lui est nécessaire de faire état de ses déficiences, handicaps, infirmités et pathologies tant physiologiques que psychiatriques ; qu'il renonce volontairement, dans son propre intérêt, à la protection instituée en sa faveur par l'article 4 du Code de déontologie médicale. La CNITAAT en déduit que le secret médical ne peut être valablement opposé aux juridictions alors même que l'assuré sollicite qu'il soit débattu contradictoirement de sa situation de santé.

Cette décision est cassée au visa des articles 9 du Code civil et R. 4127-4 du Code de la santé publique, au motif que ni l'accord de la victime de l'accident du travail ni son absence d'opposition à la levée du secret médical ne peuvent résulter de la simple sollicitation de prestations. Cet arrêt marque une évolution par rapport à la doctrine de l'arrêt rendu par la même chambre de notre Cour le 22 novembre 2007 (Bull. 2007, II, n° 261, pourvoi n° 06-18250). Il intervient alors que de nombreux litiges opposent des employeurs aux caisses primaires et à la CNAMTS sur ce point précis où sont en jeu des intérêts tous légitimes, à savoir :

- l'intérêt pour l'employeur de pouvoir contester les conséquences corporelles d'un accident du travail dont il est appelé à supporter les conséquences financières ;
- l'intérêt des médecins tenus de respecter le secret professionnel, qui peuvent craindre de se voir reprocher un manquement à cette obligation et de perdre la confiance des personnes qu'ils examinent ;
- l'intérêt de la justice de pouvoir mener à bien la mesure d'instruction qui a été ordonnée, dans le respect du principe de la contradiction et des impératifs de la recherche de la vérité ;
- et l'intérêt de la victime de l'accident, non présente au procès, de voir respecter sa vie privée dans ce qu'elle a de plus intime, son état de santé.

III – DROIT IMMOBILIER, ENVIRONNEMENT ET URBANISME

A – Baux

Bail (règles générales) – Bailleur – Obligations – Réparations – Clause d'exonération – Étendue – Détermination

Troisième chambre civile, 9 juillet 2008 (Bull. n° 90, pourvoi n° 07-14631)

Cet arrêt vient préciser les obligations respectives du bailleur commercial et du preneur quant à certains travaux ou réparations à réaliser dans les lieux loués, en l'état d'un contrat de bail qui prévoyait que le preneur ne pourra exiger du propriétaire aucune réparation de quelque nature que ce soit, même les grosses réparations telles que prévues à l'article 606 du Code civil.

Il est bien établi que l'article 1720 du Code civil qui met à la charge du bailleur toutes les réparations autres que locatives n'est pas d'ordre public. Les parties au contrat de bail peuvent y déroger par des conventions particulières (trois. ch. civ., 7 février 1978, Bull. 1978, III, n° 71, pourvoi n° 76-14214), par exemple en mettant à la charge du preneur les grosses réparations de l'article 606 du Code civil. Les grosses réparations visées à l'article 606 du Code civil sont celles qui intéressent l'immeuble dans sa structure et sa solidité générale (trois. ch. civ., 13 juillet 2005, Bull. 2005, III n° 155, pourvoi n° 04-13764). Les juges du fond font souverainement le départ entre les travaux qui relèvent des réparations d'entretien et ceux qui n'en relèvent pas.

Le bailleur répond en principe de la vétusté quand bien même la charge des grosses réparations de l'article 606 du Code civil serait, par une clause du contrat de bail qui ne peut qu'être interprétée strictement, mises à la charge du preneur. La vétusté est, en effet, le résultat d'un manque d'entretien des locaux par son propriétaire, résultant d'une faute ou d'un défaut d'attention et doit être soigneusement distinguée, aux termes mêmes de l'article 606, des grosses réparations. Mais les parties sont libres de déroger à ce principe et la clause du bail mettant expressément à la charge du locataire toutes les réparations ou mises en état que requerrait l'état des locaux, y compris celles nécessitées par la vétusté ou l'usure, exonère le bailleur (trois. ch. civ., 2 juin 1999, pourvoi n° 97-17156; 16 mai 2000, pourvoi n° 98-20555; trois. ch. civ., 3 avril 2001, pourvoi n° 99-15740; trois. ch. civ., 12 octobre 2004, pourvoi n° 03-13745; trois. ch. civ., 31 octobre 2006, pourvoi n° 05-14123).

La convention doit être expresse et dépourvue d'ambiguïté. Ainsi, la clause du bail selon laquelle le preneur prend les locaux loués dans l'état où ils se trouvent au moment de l'entrée en jouissance ne dispense pas le bailleur des travaux occasionnés par la vétusté (trois. ch. civ., 22 février 2005, pourvoi n° 03-19715). En revanche, en pareil cas, le bailleur ne peut être tenu, hors la vétusté, de supporter le coût des travaux de réfection rendus nécessaires par l'état des locaux (trois. ch. civ., 6 janvier 1993, pourvoi n° 91-15920; trois. ch. civ., 17 novembre 1998, pourvoi n° 97-13318; trois. ch. civ., 18 juin 2002, pourvoi n° 01-00679; trois. ch. civ., 6 avril 2004, pourvoi n° 02-19578).

Mais en l'espèce, la question se posait d'une prise en charge des travaux ou réparations rendues nécessaires par un vice de construction affectant la structure ou la solidité de l'immeuble, travaux que l'expert avait précisément identifiés.

Ces travaux ou réparations doivent être soigneusement distingués à la fois de ceux rendus nécessaires par la vétusté et des grosses réparations de l'article 606 du Code civil. Ils relèvent, en effet, de l'obligation de délivrance qui pèse sur le bailleur en application des articles 1719 et 1720 du Code civil et à laquelle celui-ci ne saurait se soustraire, notamment par le biais d'une clause relative à l'exécution de travaux (trois. ch. civ. 1^{er} juin 2005, Bull. 2005, III, n° 119, pourvoi n° 04-12200).

On connaît l'importance particulière que revêt, en matière de bail commercial, l'obligation de délivrance, ainsi définie : le bailleur est obligé, par la nature du contrat et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière, de délivrer au preneur la chose louée et d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée (trois. ch. civ. 26 mars 1997, Bull. 1997, V, n° 70, pourvoi n° 95-14103). Il n'est que très rarement admis que le bailleur puisse transférer au preneur une charge relevant de cette obligation de délivrance. Il est possible cependant de citer le cas des travaux de mise en conformité des locaux exigés par l'administration, à la condition que le prévoit une clause expresse et précise du bail.

Il résulte donc de l'arrêt que, quelles que soient les clauses du contrat de bail, le bailleur reste tenu, au titre de son obligation de délivrance, des travaux ou réparations qu'exige un vice de construction de l'immeuble.

Dans ces conditions, le cas échéant et selon les données du litige, il convient d'inviter l'expert à préciser si les travaux nécessaires relèvent des grosses réparations, de la vétusté ou d'un vice de construction de l'immeuble.

Bail (règles générales) – Preneur – Responsabilité – Responsabilité à l'égard du bailleur – Dégradations ou pertes – Fait des personnes de la maison du preneur – Personne de la maison – Définition – Exclusion – Cas
Troisième chambre civile, 19 novembre 2008 (pourvoi n° 07-15508, en cours de publication)

Aux termes de l'article 1735 du Code civil, le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires. Le régime de responsabilité du fait d'autrui qui en découle est particulièrement sévère puisque le preneur ne peut s'exonérer de sa responsabilité en démontrant qu'il n'a personnellement commis aucune faute et qu'il répond des dégradations qu'elles aient été commises volontairement ou non par les « personnes de sa maison ».

La notion de « personnes de la maison » a fait l'objet d'une acception large de la part de la Cour de cassation qui y a inclus, en dehors des membres du strict cercle de famille et des domestiques demeurant sur place, toute personne hébergée par lui ou l'artisan qu'il avait volontairement introduit pour y exécuter une réparation.

Dans un arrêt du 16 juin 2004 (Bull. 2004, III, n° 119, pourvoi n° 03-12528), la troisième chambre civile a, en revanche, écarté que pût être considéré comme « de la maison »

un invité du locataire qui ne résidait pas, fût-ce temporairement, dans les lieux loués et qui n'y était pas venu à titre professionnel à la demande du locataire.

Se posait la question de savoir si les patients d'un médecin, preneur à bail d'un local dans lequel le bailleur lui avait donné l'autorisation d'exercer sa profession, figuraient parmi les « personnes de sa maison ».

En répondant, dans l'arrêt commenté, par la négative, la troisième chambre civile a refusé de retenir que le lien contractuel qui se noue entre le médecin et la personne qui a choisi de venir le consulter fût équivalant à la relation contractuelle qui unit le locataire au professionnel dont il a sollicité l'intervention à son domicile. Elle a ainsi confirmé sa volonté de fixer des limites à la responsabilité du fait d'autrui susceptible de peser sur le preneur, en particulier lorsque, comme en l'espèce, celui-ci, en raison même de la profession libérale qu'il est autorisé à exercer dans les lieux loués, est obligé d'y recevoir sa clientèle.

Bail d'habitation – Bail soumis à la loi du 6 juillet 1989 – Accords collectifs de location – Accord collectif du 9 juin 1998 – Obligation du bailleur – Obligation d'information préalable – Manquement – Sanction – Détermination

Troisième chambre civile, 20 février 2008 (Bull. n° 30, pourvoi n° 06-21 122)

L'article 41 ter de la loi du 23 décembre 1986 prévoit la possibilité pour des organisations de bailleurs et de locataires de conclure des accords collectifs de location susceptibles ensuite d'être rendus obligatoires par décret à tous les logements du secteur locatif concerné.

L'accord collectif du 9 juin 1998, signé en application de ce texte, a été étendu par décret n° 99-628 du 22 juillet 1999. Il porte sur les opérations de mise en vente par lots de plus de dix logements dans un même immeuble, connues sous le nom de ventes « à la découpe », organise une procédure d'information des locataires et des associations représentatives qui les regroupent et fixe les modalités d'élaboration, le contenu et la forme de l'information générale, relative, en particulier, à l'état de l'immeuble et aux travaux qu'il serait souhaitable d'y entreprendre à court et moyen terme, complétée par une information individuelle à destination des locataires, leur indiquant, notamment, leurs droits personnels. Il prévoit qu'à l'issue d'un délai de trois mois à compter de cette information donnée par écrit aux locataires, le bailleur envoie à ceux-ci l'offre de vente prévue à l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975 avant de leur adresser un congé pour vendre conforme aux dispositions de l'article 15-II de la loi du 6 juillet 1989.

Dans deux arrêts précédents, la troisième chambre civile a eu l'occasion de préciser le champ d'application de cet accord collectif. Elle a ainsi jugé qu'il était applicable dès lors que le bailleur avait l'intention de mettre en vente par lots l'intégralité de l'immeuble comportant plus de dix logements, peu important que soient délivrés ou non plus de dix congés (trois. ch. civ., 5 mai 2004, Bull. 2004, III n° 88, pourvoi n° 03-11 224), et qu'il l'était également dans l'hypothèse où le bailleur avait l'intention de donner congé pour mettre en vente par lots plus de dix logements dépendant d'un même immeuble, peu important que cet immeuble, placé sous le régime de la copropriété depuis sa construction, ne lui appartienne pas dans sa totalité (trois. ch. civ., 9 janvier 2008, Bull. 2008, III, n° 2, pourvoi n° 06-18856).

Par ce même arrêt du 9 janvier 2008, la troisième chambre civile a retenu que le défaut de respect des dispositions de l'accord collectif entraînait la nullité des congés pour vendre délivrés. Demeurait la question controversée de savoir si la méconnaissance des exigences de l'accord, en particulier celles concernant la procédure d'information et le contenu de cette information, entraînait également la nullité des offres de vente, par ailleurs conformes aux dispositions de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975.

Dans l'arrêt commenté, la troisième chambre civile a répondu par l'affirmative à cette question.

Elle a ainsi reconnu le caractère d'ordre public des dispositions d'un accord collectif rendu obligatoire par décret aux bailleurs du troisième secteur locatif. Ceux-ci ne peuvent donc que s'y soumettre entièrement s'ils veulent mener à bien leur opération de vente « à la découpe ».

Elle a parallèlement réaffirmé la distinction à faire entre les opérations visées à cet accord collectif, qui impliquent la mise en vente de locaux d'habitation libérés de leurs occupants, et celles objet de la loi du 31 décembre 1975, qui portent sur la mise en vente de logements occupés, tenant pour indifférent le fait que les offres de vente adressées aux locataires revêtent la même forme et aient le même contenu.

Elle a également exclu qu'un bailleur, qui s'est affranchi des contraintes de la procédure d'information impérative, puisse être réputé avoir, néanmoins, valablement purgé le droit de préemption des locataires prévu par l'accord collectif, s'ouvrant ainsi la possibilité de vendre leur logement, occupé, à un tiers.

Elle a enfin consacré l'identité de la protection due aux locataires dont les logements sont concernés par l'opération, en prenant en compte le fait que la procédure d'information mise en place s'adressait non seulement aux futurs acquéreurs mais aussi à ceux qui s'abstiendraient d'accepter l'offre de vente, qu'elle tendait à favoriser de la part de tous un choix pleinement éclairé sur l'état de l'immeuble et les conséquences financières à prévoir et que méritaient le même intérêt tous les locataires tenus dans l'ignorance, qu'ils aient choisi d'exercer leur droit de préemption ou aient préféré n'en rien faire.

Bail d'habitation – Bail soumis à la loi du 6 juillet 1989 – Prix – Prestations, taxes et fournitures – Charges récupérables – Rémunération des gardiens – Conditions – Détermination

Troisième chambre civile, 15 octobre 2008 (pourvoi n° 07-21452, en cours de publication)

Les décrets n° 87-713 du 26 août 1987 et n° 82-955 du 9 novembre 1982 fixent la liste des charges récupérables, le premier en ce qui concerne les immeubles à usage d'habitation de droit commun et le second pour ce qui est des immeubles appartenant aux organismes d'habitation à loyer modéré. Rédigés en termes identiques, leurs articles respectifs 2 c) et 2 d) édictent : « Lorsque l'entretien des parties communes et l'élimination des rejets sont assurés par un gardien ou un concierge, les dépenses correspondant à sa rémunération, à l'exclusion

du salaire en nature, sont exigibles au titre des charges récupérables à concurrence des trois quarts de leur montant ».

La troisième chambre civile a déjà eu l'occasion de déterminer dans quels cas les dépenses correspondant à la rémunération du gardien ou du concierge étaient exigibles au titre des charges récupérables.

Elle a ainsi jugé que la rémunération des gardiens qui effectuaient un travail administratif de contrôle et de surveillance, sans intervenir directement ne pouvait être récupérée auprès des locataires (trois. ch. civ., 8 octobre 1997, Bull. 1997, III, n° 186, pourvoi n° 95-20113), que les dépenses correspondant à la rémunération du gardien n'étaient exigibles au titre des charges récupérables à concurrence des trois quarts de leur montant que lorsque l'entretien des parties communes et l'élimination des rejets étaient assurés cumulativement par celui-ci (trois. ch. civ., 7 mai 2002, Bull. 2002, III, n° 93, pourvoi n° 00-16268), que pour donner lieu à récupération, les deux tâches devaient être exercées cumulativement et de manière effective par le gardien (trois. ch. civ., 30 novembre 2005, Bull. 2005, III, n° 232, pourvoi n° 04-14508), qu'elles devaient être assurées par lui seul, sans partage avec une société de nettoyage (trois. ch. civ., 27 septembre 2006, Bull. 2006, III, n° 186, pourvoi n° 05-17102).

Elle a été également amenée à préciser que les dépenses correspondant à la rémunération du gardien ou du concierge, qui n'assure pas cumulativement l'entretien des parties communes et l'élimination des rejets mais affecte partie de son temps à ces tâches, ne sont pas, même pour une fraction inférieure aux trois quarts de leur montant, exigibles au titre des charges récupérables (trois. ch. civ., 9 janvier 2008, Bull. 2008, III, n° 4, pourvoi n° 06-21794).

Demeurait la question de savoir ce qu'il en était lorsque les tâches d'entretien des parties communes et d'élimination des rejets étaient cumulativement confiées aux termes d'un contrat de travail unique à un couple de gardiens ou de concierges.

En admettant, dans l'arrêt commenté, que les dépenses correspondant à la rémunération d'un couple soient tenues pour exigibles au titre des charges récupérables à concurrence des trois quarts, peu important le mode de répartition de ces tâches au sein de ce couple, la troisième chambre civile a opté pour une solution souple qui n'abandonne pas les exigences précédemment définies de travail effectif, cumulatif et exclusif de partage avec des tiers, mais les applique au couple de concierges ou de gardiens liés ensemble au propriétaire de l'immeuble par un contrat de travail commun, plutôt qu'à chaque membre de ce couple.

Ce faisant, elle prend en compte la difficulté matérielle qu'il y aurait pour le propriétaire d'un immeuble à demander à l'un des membres du couple qu'il assume, à l'exclusion de l'autre, l'intégralité des deux activités cumulées – le seul fait d'être deux empêchant, par hypothèse, l'un et l'autre de remplir simultanément cette condition.

Elle met également fin aux discussions délicates sur la réalité de la participation régulière de chacun à l'une et à l'autre des activités d'entretien des parties communes et d'élimination des rejets.

En revanche, elle ne se prononce pas ici sur l'hypothèse extrême suivant laquelle l'un des membres du couple, en dépit des termes de son contrat de travail, n'assurerait de façon effective aucune de ces deux tâches.

Bail d'habitation – Bail soumis à la loi du 6 juillet 1989 – Transfert – Conditions – Abandon de domicile – Définition – Portée

Troisième chambre civile, 26 novembre 2008 (pourvoi n° 07-17728, en cours de publication)

Suivant l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989, en cas d'abandon du domicile par le locataire, le contrat de location continue :

- au profit du conjoint sans préjudice de l'article 1751 du Code civil ;
- au profit des descendants qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date de l'abandon du domicile ;
- au profit du partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité ;
- au profit des ascendants, du concubin notoire ou des personnes à charge, qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date de l'abandon du domicile.

La possibilité ainsi ouverte au profit de certaines personnes vivant avec le locataire au moment de son départ de poursuivre le bail était déjà prévue à l'article 16 de la loi du 22 juin 1982 et à l'article 13 de la loi du 23 décembre 1986, libellés en termes très comparables à ceux de l'article 14 susvisé, mais la notion même d'abandon du domicile est plus ancienne ; on la trouve, en effet, à l'article 5 de la loi du 1^{er} septembre 1948 qui porte sur les personnes susceptibles de bénéficier du droit au maintien dans les lieux.

La jurisprudence, surtout abondante au visa de la loi du 1^{er} septembre 1948, a, jusqu'à présent, entendu l'abandon du domicile par le locataire comme procédant d'un départ qui revêt un caractère brusque et imprévisible, la Cour de cassation veillant à ce que les juges du fond relèvent l'existence de ce double caractère de façon à ce que ne soit pas qualifié d'abandon un départ en réalité décidé par le locataire en concertation avec celui ou ceux qui restent dans les lieux.

L'arrêt commenté marque une évolution de cette conception sans que soit toutefois remise en cause l'exclusion du départ concerté.

La troisième chambre civile introduit en effet ici deux nouveaux critères pour caractériser l'abandon : le caractère définitif du départ et le fait qu'il soit imposé à celui qui demeure.

Elle a tenu compte de ce que l'analyse traditionnelle, en termes de brusquerie et d'imprévisibilité, ne répondait pas au souci du législateur de protéger les intérêts des proches qui cohabitent depuis longtemps avec le locataire et qui, loin d'avoir consenti à son départ et moins encore de l'avoir provoqué, le subissent entièrement, comme d'ailleurs le locataire lui-même lorsque, comme en l'espèce, ce départ est impérativement commandé par l'âge et l'inéluctable fragilité physique qui en découle.

Bail d'habitation – Bail soumis à la loi du 6 juillet 1989 – Résiliation – Demande – Notification au préfet – Défaut – Sanction – Détermination
Troisième chambre civile, 16 avril 2008 (Bull. n° 73, pourvoi n° 07-12264)

L'article 24 de la loi du 6 juillet 1989, dans sa rédaction issue de l'article 114 de la loi du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, prévoyait qu'à peine d'irrecevabilité de la demande, l'assignation aux fins de constat de la résiliation devait être notifiée au représentant de l'État au moins deux mois avant l'audience, afin de permettre à ce dernier de saisir les organismes sociaux compétents.

Aux termes de l'article 188 de la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, qui a complété l'article 24 susvisé d'un nouvel alinéa, cette exigence de notification a été étendue, sous la même sanction, aux assignations tendant au prononcé de la résiliation du bail lorsqu'elle était motivée par l'existence d'une dette locative.

La question soulevée dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt commenté était double : la demande en résiliation fondée à la fois sur un défaut de paiement de loyers et un manquement à l'obligation de jouissance paisible était-elle recevable en dépit de l'absence de notification de l'assignation au préfet ? L'omission de notification pouvait-elle faire l'objet d'une réparation en cours d'instance ?

En donnant à cette double question une réponse négative, la troisième chambre civile a pris en compte à la fois la lettre et l'esprit du texte.

Le législateur, soucieux d'accorder aux locataires assignés aux fins de prononcé de la résiliation de leur bail le même accès aux services sociaux qu'aux locataires assignés aux fins de constat de cette résiliation, a fait, dans les deux cas, obligation aux bailleurs de notifier leur assignation au préfet.

La loi du 18 janvier 2005, en son article 100, a encore renforcé ce dispositif protecteur des preneurs en difficulté sur lesquels pèse une menace d'expulsion, en ajoutant que cette obligation de notification incombait également au bailleur qui formait une demande reconventionnelle aux fins de constat ou de prononcé de la résiliation motivée par l'existence d'une dette locative, satisfaisant ainsi la demande de modification législative formulée par la Cour de cassation dans son rapport annuel de 2002.

Dans aucune des rédactions du texte, il n'a été précisé que l'exigence de notification disparaissait si la demande en résiliation, quelle que fût sa forme procédurale, n'était pas exclusivement motivée par l'existence d'une dette locative, de sorte que la troisième chambre civile n'était pas tenue de distinguer là où le législateur ne l'avait pas fait.

Ce faisant, elle a également pris en compte le fait qu'il aurait pu devenir tentant pour le bailleur d'ajouter à un grief de non-paiement de loyers, un autre grief, pour s'affranchir, sans risque, de l'exigence de notification, privant par là le texte – que sous-tendaient les préoccupations d'ordre social de faciliter l'apurement de la dette locative et de rechercher, en cas d'échec, des solutions de relogement – de toute efficacité. De surcroît, à supposer que le juge se fût, dans une telle hypothèse, astreint d'office à faire abstraction du défaut de paiement de loyers allégué pour n'examiner la demande en résiliation qu'au regard de l'autre

grief invoqué, l'exercice, que ne requérait de lui aucune disposition légale, n'aurait guère été aisé. En toute hypothèse, en l'espèce, la cour d'appel n'avait pas fait mystère de ce que pour prononcer la résiliation du bail elle s'était principalement déterminée en considération de la carence du locataire dans le paiement de ses loyers, carence qui avait, au demeurant, été le motif unique de la décision de résiliation du bail du premier juge.

Quant à la possibilité d'une régularisation en cours d'instance, outre qu'elle ne reposait sur aucun texte, elle se heurtait à la constatation qu'il n'apparaissait pas sain de faire dépendre la recevabilité d'une demande de la volonté discrétionnaire du juge d'accorder un report, qui plus est de la durée utile, et non de la seule diligence de la partie qui y avait intérêt, étant fait observer que le bailleur qui engage une action en résiliation de bail maîtrise la date de son envoi et donc est à même de respecter le délai qui lui est imparti pour satisfaire à l'obligation de notification que le législateur a voulu préalable à l'audience.

Enfin, dans une matière qui concerne autant les professionnels de l'immobilier que les bailleurs profanes, il n'est pas dénué d'intérêt que les règles soient lisibles et les mêmes pour tous.

Bail rural – Bail à ferme – Cession – Enfants du preneur – Conditions – Aptitude du cessionnaire – Appréciation – Cessionnaire titulaire d'une autorisation administrative d'exploiter – Portée

Troisième chambre civile, 1^{er} octobre 2008 (pourvoi n° 07-17242, en cours de publication)

Toute cession de bail rural est interdite énonce l'article L. 411-35 du Code rural. Mais, par exception à ce principe d'ordre public, le preneur peut, selon ce même texte, être autorisé par le bailleur à céder son bail à certains membres de sa famille, et à défaut d'agrément du bailleur, la cession peut être autorisée par le tribunal.

En l'absence de critère défini dans la loi, la Cour de cassation a été conduite à préciser que la cession du bail ne pouvait être autorisée que si elle ne nuisait pas aux intérêts légitimes du bailleur (trois. ch. civ. civ., 9 janvier 1991, Bull. 1991, III, n° 17, pourvoi n° 89-12227; trois. ch. civ., 22 juillet 1992, Bull. 1992, III, n° 258, pourvoi n° 91-18332; trois. ch. civ., 1^{er} juillet 1998, Bull. III, n° 151, pourvoi n° 94-12134). Les intérêts légitimes du bailleur sont appréciés au regard de la bonne foi du cédant et des conditions de mise en valeur de l'exploitation par le cessionnaire (trois. ch. civ., 21 février 1996, Bull. III, n° 51).

Le cédant doit avoir satisfait aux obligations du bail (Soc., 4 janvier 1957, Bull. n° 19; trois. ch. civ., 16 novembre 1994, Bull. 1994, III, n° 191, pourvoi n° 91-22178).

Le cessionnaire doit présenter les garanties voulues pour assurer la bonne exploitation du fonds (trois. ch. civ., 20 mars 1996, Bull. 1996, III, n° 76, pourvoi n° 94-17652). Notamment, il doit remplir les conditions de capacité ou d'expérience professionnelle édictées par l'article R. 331-1 du Code rural **et** être « titulaire du droit d'exploiter dans la mesure où celle-ci est nécessaire » (trois. ch. civ., 8 décembre 1999, Bull. 1999, III, n° 237, pourvoi n° 98-15093; trois. ch. civ., 22 mars 2005, Bull. 2005, III, n° 68, pourvoi n° 04-11032).

La doctrine a souligné le fait que, si l'autorité administrative a accordé cette autorisation d'exploiter, c'est qu'elle avait admis nécessairement que le cessionnaire avait la capacité professionnelle pour exploiter les terres en cause. Le contrôle exigé par la Cour de cassation se superposait donc à celui du préfet.

C'est dans ces conditions, que, infléchissant sa jurisprudence, la troisième chambre a rendu l'arrêt du 1^{er} octobre 2008 énonçant : « *Que le cessionnaire d'un bail rural qui est titulaire d'une autorisation administrative d'exploiter n'est pas tenu de démontrer qu'il remplit les conditions de capacité **ou** d'expérience professionnelle visées par l'article R 331-1 du Code rural* ».

Cette évolution est en cohérence avec l'article L. 411-59 du Code rural tel qu'issu de l'ordonnance n° 2006-870 du 13 juillet 2006, qui prévoit désormais que le bénéficiaire d'une reprise doit justifier qu'il répond aux conditions de capacité et d'expérience professionnelles mentionnées aux articles L. 331-2 et L. 331-5 du Code rural où qu'il a bénéficié d'une autorisation d'exploiter en application de ces dispositions. Même si cette disposition règle une situation différente (les conditions de la reprise et non celles d'une cession de bail), elle révèle néanmoins l'intention du législateur puisque les conditions exigées pour la cession par l'article L. 411-35 du Code rural et celles de la reprise prévues par l'article L. 411-59 sont proches.

L'arrêt commenté s'inscrit dans l'évolution de la jurisprudence de la troisième chambre de la Cour de cassation tendant à trouver l'équilibre le plus adéquat entre les obligations des parties découlant du bail rural et la législation sur la politique d'installation et le contrôle des structures et de la production (trois. ch. civ., 22 mars 2006, Bull. 2006, III, n° 78, pourvoi n° 04-20 766; trois. ch. civ., 9 janvier 2008, Bull. 2008, III, n° 5, pourvoi n° 07-13 830).

B – Construction

Architecte-entrepreneur – Responsabilité – Responsabilité à l'égard des tiers – Troubles anormaux de voisinage – Responsabilité de plein droit – Limites – Détermination – Portée

Troisième chambre civile, 21 mai 2008 (Bull. n° 90, pourvoi n° 07-13 769)

Dans une étude parue au rapport de la Cour de cassation pour l'année 1999, le doyen Villien avait analysé la jurisprudence relative aux troubles anormaux de voisinage pour mettre en évidence des rapports triangulaires souvent fréquents dans ce domaine :

- maître de l'ouvrage auteur du trouble et voisin victime;
- voisin victime et constructeurs qui ont causé le trouble;
- maître de l'ouvrage auteur du trouble et ses propres constructeurs.

S'agissant du rapport entre voisin victime et constructeurs qui ont occasionné le dommage, l'auteur de cette étude avait constaté une évolution quant au fondement de l'action. La Cour de cassation estimait alors que les constructeurs (architectes, entrepreneurs) n'étant pas les voisins de la victime, il n'était pas possible de viser le principe prohibant le trouble anormal du voisinage et que, ces parties n'étant pas liées entre elles par un contrat, c'était sur un fondement quasi délictuel qu'il convenait de placer l'action. Il fallait donc, la preuve de la faute ou celle de la garde du chantier par l'entrepreneur.

Par un arrêt du 30 juin 1998 (Bull. 1998, III, n° 144, pourvoi n° 96-13 039), la troisième chambre civile a corrigé cette dichotomie en considérant que l'entrepreneur, auteur du trouble, était « voisin occasionnel » de la victime. Par cet arrêt de principe, le fondement quasi délictuel a été écarté pour faire place à la notion de trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage, qui entraîne une responsabilité de plein droit.

Cependant, cette responsabilité des constructeurs en leur qualité de « voisin occasionnel » qui peut être recherchée à raison des troubles dont ils sont les auteurs peut-elle l'être à raison des troubles occasionnés par leurs sous-traitants, alors qu'eux-mêmes ne sont pas auteurs directs de ces troubles ? C'est la question nouvelle qui était posée à la troisième chambre civile qui, par un arrêt du 21 mai 2008, a estimé que, seul, l'auteur du trouble pouvait voir sa responsabilité recherchée par le voisin victime.

En l'espèce, un maître d'ouvrage avait entrepris de faire réaliser un immeuble sur un terrain voisin de celui sur lequel une société exploite des serres produisant des roses. Les travaux de ce centre avaient été confiés à une société qui avait sous-traité les travaux de terrassement. Lors de l'exécution de ces derniers travaux, une pellicule de poussière s'était déposée sur les fleurs et la société victime de ce trouble en avait demandé réparation à l'entreprise principale, au motif qu'elle était en charge du chantier à l'origine du trouble.

La troisième chambre civile a approuvé la cour d'appel d'avoir débouté la victime du trouble de sa demande, en ces termes : « *Mais attendu qu'ayant exactement retenu que le propriétaire de l'immeuble et les constructeurs à l'origine des nuisances sont responsables de plein droit des troubles anormaux du voisinage, ces constructeurs étant, pendant le chantier, des voisins occasionnels des propriétaires lésés, et constaté que la société X, entrepreneur principal qui n'avait pas réalisé les travaux n'était pas l'auteur du trouble, la cour d'appel en a déduit, à bon droit, que la société Y ne pouvait agir à son encontre sur le fondement des troubles excédant les inconvénients normaux du voisinage* ».

On retiendra de cet arrêt qu'il est nécessaire, pour prospérer dans la demande en réparation du trouble dépassant les inconvénients normaux du voisinage, de rattacher ce dernier à un événement causal qui est la participation personnelle du constructeur à la réalisation du trouble. Tous les arrêts antérieurs qui avaient retenu la responsabilité du constructeur ont toujours précisé qu'il était « auteur du trouble ».

Maison individuelle – Contrat de construction – Garanties légales – Garantie de livraison – Obligations du garant – Indemnisation de l'acquéreur en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution des travaux

Troisième chambre civile, 3 décembre 2008 (pourvois n° 07-20931, 07-20932 et 07-20964, en cours de publication)

Par des arrêts de principe du 4 octobre 1995 (Bull. 1995, III, n° 213, pourvoi n° 93-18313) et du 4 juin 2003 (Bull. 2003, III, n° 120, pourvoi n° 99-17 185), la troisième chambre civile s'est prononcée sur la nature de la garantie de livraison à prix et délais convenus, prévue par l'article L. 231-6 du Code de la construction et de l'habitation, par laquelle l'établissement de crédit ou l'entreprise d'assurance agréée à cet effet s'oblige à achever l'exécution du contrat, en décidant que cette garantie constituait une garantie légale d'ordre public,

distincte d'un cautionnement, ce qui impliquait qu'en exécutant cet achèvement, le garant de livraison payait sa propre dette.

C'est ainsi qu'il a été décidé :

- que le garant ne peut reprocher au maître de l'ouvrage de n'avoir pas produit au passif du constructeur;
- que le garant n'a de recours ni contre la personne garantie elle-même, c'est-à-dire le constructeur (trois. ch. civ., 27 septembre 2006, Bull. 2006, III, n° 188, pourvoi n° 05-14674), ni contre la caution de la personne garantie, dont l'obligation n'a pas un caractère certain (trois. ch. civ., 1^{er} mars 2006, Bull. 2006 III, n° 50, pourvoi n° 04-16297).

Regroupant trois pourvois, la troisième chambre civile a affirmé, dans trois arrêts rendus le même jour, par un « chapeau intérieur » caractérisant un arrêt de principe, que le garant de livraison, qui remplit une obligation qui lui est personnelle, est tenu dans ses rapports avec le constructeur de la charge définitive de la dette qu'il a acquittée à la suite de la défaillance de celui-ci, ce qui implique :

- que les stipulations d'un contrat prévoyant « *qu'en cas de règlement quelconque* » par le garant « *au titre des engagements délivrés en vertu de ce contrat* », le constructeur « *s'engage rembourser immédiatement à première demande* » de la part du garant « *par lettre recommandée avec accusé de réception mentionnant simplement le règlement effectué en renonçant à lui opposer quelque exception que ce soit ou à soulever de contestation pour quelque motif que ce soit* » ne peuvent produire effet pour le règlement des obligations personnelles du garant engagé dans les termes de l'article L. 231-6 du Code de la construction et de l'habitation (pourvoi n° 07-20264);
- que le garant ne dispose du recours subrogatoire de l'article 1251 3° du Code civil ni contre le constructeur (pourvoi n° 07-20931) ni contre les cautions de celui-ci (pourvoi n° 07-20932).

Dans le droit fil des arrêts de 1995 et de 2003 ayant retenu de manière prétorienne que la garantie de livraison, garantie légale d'ordre public, avait un caractère spécifique et autonome, et des arrêts de 2006, dont les solutions réaffirmées sont ainsi complétées, la troisième chambre civile, toujours soucieuse de cohérence et préoccupée de logique juridique, a tiré les conséquences qui s'évincent de la nature de la garantie de livraison, inspirées des mécanismes de l'assurance puisque l'objet même de cette garantie étant le risque de non-achèvement de l'ouvrage par le constructeur défaillant, l'obligation du garant a donc nécessairement un caractère incertain.

C – Copropriété

Lot – Vente – Prix – Action en diminution du prix – Diminution du prix proportionnelle à la moindre mesure – Calcul – Modalités – Déduction de la valeur des biens et lots exclus du champ d'application de la loi Carrez – Nécessité

Troisième chambre civile, 16 janvier 2008 (Bull. n° 9, pourvoi n° 06-21696)

Le jour même où la troisième chambre civile rappelait « *qu'un droit de jouissance exclusive sur un jardin, partie commune, n'est pas un droit de propriété et ne peut constituer la partie*

privative d'un lot » (Bull. 2008, III, n° 8, pourvoi n° 06-15314), principe excluant un bien de cette nature du champ d'application de la « loi Carrez », cette chambre se prononçait pour la première fois sur le mode de réduction proportionnelle à retenir pour un prix fixé globalement.

Dans cette affaire, la vente avait été consentie moyennant un prix unique sur des lots de copropriété désignés comme formant un immeuble d'habitation pour lesquels le vendeur avait déclaré à l'acte une superficie de 270 m², déterminée par ses propres soins ; mais une vérification ultérieure, réalisée par un géomètre-expert, avait fait ressortir qu'elle s'établissait à seulement 183,3 m², après déduction de la superficie d'un "lot" ni clos ni couvert, en nature de jardin avec piscine.

La différence entre la superficie exprimée et celle réelle étant supérieure à la marge d'erreur autorisée de 5 %, une réduction du prix était encourue par application des articles 46 de la loi du 10 juillet 1965 et 4-1 du décret du 17 mars 1967.

L'expert avait pris soin de fixer dans son rapport la « valeur des éléments qui s'ajoutent à la surface habitable » et d'estimer celle du jardin et de la piscine à un certain montant.

Deux possibilités s'offraient alors aux juges :

- celle retenue par le tribunal, qui avait soustrait du prix global le montant du « lot » exclu et avait calculé sur la différence la réduction de prix proportionnelle à la moindre mesure ;
- celle appliquée par la cour d'appel, qui avait pris pour base de calcul le prix global et lui avait appliqué une simple règle de trois pour obtenir le montant de la réduction.

Le choix n'était pas indifférent économiquement ; mais surtout le raisonnement des juges d'appel devenait erroné dans la mesure où, faute de les distinguer dans leurs calculs, ils ne reconnaissaient pas de valeur propre au jardin et à la piscine. En pratique, ils leur affectaient indistinctement le prix moyen au mètre carré de la surface bâtie et non bâtie de l'ensemble. Ce choix manquait de réalisme, deux jardins de même superficie ayant, pour prendre un exemple comparable, une valeur différente selon qu'ils supportent ou non une piscine.

C'est pourquoi l'arrêt de cassation affirme que « dans le cas d'un prix fixé globalement, la réduction correspondant à la moindre mesure se calcule sur le prix diminué de la valeur des biens et lots exclus du champ d'application de l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 ». Il s'agit là de comprendre dans une formule large, non seulement les lots de copropriété que la « loi Carrez » exclut du calcul en raison de leur nature ou de leur taille, mais aussi ceux qui sont qualifiés tels mais ne répondent pas aux caractères fixés par l'arrêt du 6 juin 2007 (Bull. 2007, III, n° 98, *Rapport annuel 2007*, p. 391, pourvoi n° 06-13477).

Cette solution devrait permettre de résoudre de façon équilibrée les problèmes posés par les surfaces non bâties, jardins ou emplacements de stationnement constitués en « lots », ou indûment construites, balcons et terrasses en jouissance exclusive transformés en loggias, mais aussi à toutes les hypothèses où des biens de nature mobilière ou immobilière, exclus du champ d'application de l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 et de son décret d'application, voient leur valeur comprise dans un prix exprimé globalement.

D – Expropriation pour cause d'utilité publique

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme – Article 6 § 1 – Équité – Égalité des armes – Violation – Défaut – Cas – Avantages bénéficiant au commissaire du gouvernement dans l'accès aux informations pertinentes publiées au fichier immobilier

Troisième chambre civile, 9 avril 2008 (Bull. n° 65, pourvoi n° 07-14411)

Par arrêt du 24 avril 2003 (*Yvon c./France* req. n° 44462/98), la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le rôle du commissaire du Gouvernement dans la procédure de fixation des indemnités d'expropriation créait au détriment de l'exproprié un déséquilibre incompatible avec le principe de l'égalité des armes.

Dans le même sens, la Cour de cassation a, par arrêt du 2 juillet 2003 (trois. ch. civ., 2 juillet 2003, Bull. 2003, III, n° 140, pourvoi n° 02-70047) retenu notamment que le commissaire du Gouvernement, expert et partie à cette procédure, occupait une position dominante et bénéficiait par rapport aux expropriés d'avantages dans l'accès aux informations pertinentes publiées au fichier immobilier.

À la suite de ces décisions, la procédure de fixation des indemnités d'expropriation a été réformée par le décret n° 2005-467 du 13 mai 2005 et le bénéfice des dispositions de l'article L. 135 B alinéa 1^{er} du Livre des procédures fiscales relatives à la transmission par l'administration des éléments d'information au sujet des valeurs foncières a été étendu aux expropriés par l'article 21 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006, d'application immédiate.

Par l'arrêt du 9 avril 2008, la troisième chambre civile a jugé que l'ensemble de ces nouvelles dispositions était de nature à rétablir l'égalité des armes entre l'expropriant, les expropriés et le commissaire du Gouvernement, répondant ainsi aux exigences de la Convention européenne telles que précisées par la jurisprudence précitée.

La Cour de cassation a retenu en effet que bien que ni le décret ni la loi n'aient modifié les modalités d'accès au fichier immobilier, il résultait des dispositions nouvelles des articles L. 13-7, R. 13-28 et R. 13-32 du Code de l'expropriation que le commissaire du Gouvernement devait, dans le respect du principe de la contradiction et sous le contrôle du juge de l'expropriation, verser aux débats les éléments nécessaires à l'information de la juridiction et comportant notamment les références de tous les termes de comparaison issus des actes de mutation sélectionnés sur lesquels ils se fondaient pour retenir l'évaluation proposée ainsi que toutes les indications sur les raisons pour lesquelles les éléments non pertinents étaient écartés.

La troisième chambre civile a relevé en outre que les expropriés pouvaient en application de l'article L. 135 B, alinéa 1^{er}, du Livre des procédures fiscales (qui fait l'objet de l'instruction ministérielle B 01 13 k-8-07 du 23 octobre 2007), demander à l'administration de leur transmettre gratuitement les éléments d'information qu'elle détenait relatifs aux valeurs foncières déclarées à l'occasion des mutations intervenues dans les cinq dernières années et qu'enfin, la juridiction pouvait, si elle s'estimait insuffisamment éclairée, ordonner une expertise ou se faire assister par un notaire lors de la visite des lieux.

On peut observer par ailleurs que le fichier immobilier dont l'objet est d'assurer la publicité des transactions et de les rendre opposables aux tiers n'ayant pas pour première vocation d'être utilisé comme un outil d'évaluation des biens immobiliers, les informations incomplètes qu'il contient (aucun élément descriptif des biens ni indication sur les règles d'urbanisme qui leur sont applicables) limitent son utilité quant à la recherche d'éléments de comparaison.

De plus, tant les parties que le commissaire du Gouvernement peuvent avoir accès à d'autres banques de données constituées notamment par certains organismes publics tels que les SAFER ou par le notariat.

La décision commentée est en accord avec la jurisprudence du Conseil d'État qui, saisi d'une demande d'annulation du décret du 13 mai 2005 a décidé que les mesures qu'il contenait, étaient de nature à assurer le respect de l'égalité des armes entre les parties et le commissaire du Gouvernement (3 septembre 2007, Association de sauvegarde du droit de propriété et autres).

E – Vente

Promesse de vente – Immeuble – Acquéreur – Faculté de rétractation – Domaine d'application – Exclusion – Cas – Vente d'un immeuble à usage mixte

Troisième chambre civile, 30 janvier 2008 (Bull. n° 15, pourvoi n° 06-21 145)

L'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation, dans sa rédaction issue de la loi du 13 décembre 2000 dite loi SRU, qui confère à l'acquéreur non professionnel d'un immeuble un délai de rétractation de sept jours, est-il exclusivement réservé aux contrats portant sur la construction ou l'achat d'un immeuble à usage d'habitation ou concerne-t-il également les immeubles à usage mixte ?

Si l'assimilation de l'acquéreur à un consommateur et la tendance générale à une protection accrue de ce dernier, notamment par le biais des dispositions du Code de la consommation lorsque l'acquisition est financée par un emprunt, étaient en faveur d'une application extensive de ce texte aux locaux à usage mixte professionnel et d'habitation (les locaux à usage mixte commercial et d'habitation ne pouvant en aucun cas bénéficier de cette disposition), la troisième chambre civile a néanmoins opté pour une application stricte et littérale de l'article L. 271-1.

Tout d'abord, la possibilité même d'une interprétation était discutable, dans la mesure où le législateur n'a visé que les immeubles à usage d'habitation, alors que d'autres textes de protection incluent expressément les immeubles à usage mixte dans leur champ d'application (Code de la consommation, dispositions concernant les contrats du secteur protégé, loi du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation et mixtes), et n'a pas modifié les termes du texte lors des révisions intervenues en 2002 et 2006, alors que la question était déjà débattue.

Surtout l'objectif du législateur qui est de pallier le risque d'achat impulsif, peu probable en cas de réalisation d'une opération complexe incluant l'installation d'une activité professionnelle en plus du logement proprement dit, ne nécessite pas une telle extension.

L'article L. 271-1, dans sa rédaction littérale, y répond pleinement en justifiant un élargissement de la protection à tout type d'habitation par la prise en compte d'un intérêt public d'ordre social, limité par là même au seul logement.

Promesse de vente – Immeuble – Acquéreur – Faculté de rétractation – Conditions d'information – Notification de l'acte – Formes – Détermination – Portée

Troisième chambre civile, 27 février 2008 (Bull. n° 37, pourvois n° 07-11 303 et n° 07-11 936)

L'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation dans sa rédaction issue de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000, dispose que *« pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de sept jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte.*

« Cet acte est notifié à l'acquéreur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise. La faculté de rétractation est exercée dans ces mêmes formes ».

La question qui était posée par le pourvoi d'acquéreurs d'un immeuble d'habitation dont le vendeur s'était rétracté, était de déterminer si la remise de l'acte en mains propres présente pour l'acquéreur, des garanties équivalentes à celles de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception ?

La doctrine était abondante mais partagée sur cette question et les décisions de cours d'appel étaient rares.

Le texte en cause a été modifié par la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement (loi ENL) qui a expressément consacré le principe de la remise directe de l'acte, tout en réservant cette possibilité aux seuls professionnels ayant reçu mandat pour prêter leur concours à la vente, et en renvoyant à un décret le soin de fixer les modalités attestant de la remise de l'acte. Ce décret n'est pas encore intervenu.

La portée de l'article L. 271-1 a fait l'objet d'une réponse ministérielle du 5 octobre 2004 qui a précisé que la rédaction de l'article L. 271-1 *« inspirée de l'article L. 211-64 du Code de la consommation, applicable au contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé, tend à couvrir les hypothèses de notification internationale dans les pays ne connaissant par la lettre recommandée avec demande d'avis de réception. L'exploit d'huissier est évidemment un moyen présentant des garanties équivalentes, tout comme la remise de l'acte par un notaire ou un officier ministériel qui dresse une attestation de remise de l'acte sous seing privé, signé par lui-même et le bénéficiaire. En revanche, la remise directe de l'acte contre récépissé par le vendeur lui-même ou l'agent immobilier ne fait pas courir le délai de rétractation car elle n'offre pas, pour la détermination de la date de réception ou de remise, de garanties équivalentes à celle de la lettre recommandée. En effet, l'utilisation de la lettre recommandée prévue*

par l'article L. 271-1 a pour but d'éviter toute fraude et la remise contre récépissé est une technique qui permet d'antidater la remise de l'acte ».

C'est en cet état que la question était clairement posée pour la première fois à la troisième chambre de la Cour de cassation. Dans cette affaire, l'agence, mandataire des vendeurs, avait remis copie de l'acte sous seing privé à l'acquéreur, le jour de la signature de la promesse, accompagnée d'un document rappelant les dispositions de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation. Ce document avait été signé dès sa remise par l'acquéreur qui avait ultérieurement fait valoir que le délai de rétractation n'avait pas couru, faute de notification régulière.

La troisième chambre civile a rejeté le pourvoi en retenant que *« le document remis le jour de la signature de la promesse de vente par le mandataire du vendeur ne remplissait pas la condition exigée par la loi d'un mode de signification de l'acte présentant des garanties équivalentes à la lettre recommandée avec demande d'avis de réception pour la date de réception et de remise »* et qu'ainsi le délai de sept jours n'avait pas commencé à courir avant la dénonciation de la promesse par l'acquéreur.

La Cour de cassation affirme ainsi très clairement que la notification doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou un mode de signification présentant des garanties équivalentes, ce qui autorise l'envoi de la lettre par courrier électronique, aujourd'hui prévu par l'article 1369-8 du Code civil, tel qu'il résulte de l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005, mais condamne fermement la remise en mains propres.

Résolution – Causes – Non-paiement du prix – Applications diverses – Rente viagère – Clause résolutoire dérogatoire en cas de défaut de paiement de la rente doublée d'une clause résolutoire en cas de défaut de paiement du prix – Choix – Détermination – Portée
Assemblée plénière, 4 avril 2008 (Bull. ass. plén., n° 1, pourvoi n° 07-14523)

Par son arrêt du 4 avril 2008, l'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est prononcée sur la question de savoir si, en cas de défaut de paiement des arrérages de la rente viagère, le juge peut, sans violer l'article 12 du Code de procédure civile, prononcer la résolution du contrat de vente d'immeuble dont le prix a été converti en une rente viagère en faisant application de la clause résolutoire stipulée au contrat en cas de défaut de paiement du prix et non de celle, également prévue au contrat, en cas de défaut de paiement de la rente.

On sait que l'article 1978 du Code civil interdit, en principe, l'action en résolution du contrat de rente viagère pour inexécution.

Approuvée par une doctrine quasiment unanime, la Cour de cassation a toujours reconnu aux dispositions de ce texte un caractère supplétif de la volonté des parties, exigeant seulement, lorsque le moyen tiré d'un grief de sa violation lui est soumis, qu'elles aient entendu y déroger par une clause stipulant, sans équivoque, la faculté pour le créancier de faire prononcer la résolution du contrat en cas de non-paiement de la rente. Quels qu'en soient les termes, qu'elle constitue une clause résolutoire de plein droit ou une clause autorisant seulement une résolution judiciaire, la clause résolutoire insérée au contrat de rente viagère

fait échapper ce contrat à l'article 1978 du Code civil. En présence d'une clause résolutoire de plein droit, le crédientier bénéficie d'une option, comme en droit commun, et il est en droit de demander la résolution judiciaire lorsque les conditions de mise en œuvre prévues par le contrat ne sont pas remplies (voir, notamment, prem. ch. civ., 26 mars 1817, S. 1817, I, 300; prem. ch. civ., 6 janvier 1987, Bull. 1987, I, n° 6, pourvoi n° 85-11 527; trois. ch. civ., 10 novembre 1992, Bull. 1992, III, n° 294, pourvoi n° 90-20 193; trois. ch. civ., 8 juin 2006, Bull. 2006, III, n° 143, pourvoi n° 05-14 356).

C'est par une clause de style que la pratique notariale écarte l'article 1978 du Code civil du contrat de vente d'immeuble dont le prix est converti, totalement ou partiellement, en une rente viagère.

L'affaire soumise à l'assemblée plénière présentait un caractère singulier en ce que le contrat de vente d'immeuble en viager comportait deux clauses résolutoires, dont, en outre, la rédaction et les effets n'étaient pas identiques. L'une, pour défaut de paiement du prix, avec mise en demeure préalable infructueuse à l'issue d'un délai laissé à l'appréciation de la venderesse, constituait une véritable clause résolutoire de plein droit, retirant au juge tout pouvoir d'appréciation de la gravité du manquement invoqué; l'autre, pour défaut de paiement de la rente, subordonnant l'exercice de l'action en résolution à une mise en demeure préalable restée sans effet à l'issue d'un délai de trente jours contenant déclaration par le crédientier de son intention de se prévaloir de cette clause, ne constituait pas une clause résolutoire de plein droit mais avait pour seul objet de permettre à la crédientière de demander la résolution en justice, conformément à l'article 1184 du Code civil.

La crédientière, décédée en cours d'instance, avait mis en demeure les débirentiers de s'acquitter des arrérages impayés dans un délai de trois mois, en invoquant la clause résolutoire de plein droit stipulée pour défaut de paiement du prix et demandé le prononcé de la résolution du contrat pour défaut de paiement des arrérages de la rente.

Apparemment destinée à protéger les intérêts de la crédientière, l'insertion de deux clauses résolutoires dans le contrat s'est révélée constituer un piège pour sa bénéficiaire, l'inobservation du formalisme imposée par la clause prévue en cas de défaut de paiement de la rente, qui paraissait seule applicable, devenant une « *mesure de sauvegarde pour des débirentiers négligents* » (J.-L. Aubert, *Deffrénois* 1993, p. 733, obs. sous prem. ch. civ., 16 juillet 1992, Bull. 1992, I, n° 227, pourvoi n° 90-17 760).

Par une décision du 14 mars 2006, la troisième chambre civile avait cassé l'arrêt confirmatif de la cour d'appel de Riom ayant prononcé la résolution de la vente, reprochant à la juridiction d'avoir violé l'article 12 du Code de procédure civile en faisant application de la clause résolutoire pour non-paiement du prix de vente de l'immeuble, alors que le prix avait été totalement converti en rente viagère.

L'arrêt rendu par la cour d'appel de Lyon, désignée comme cour de renvoi, ayant exprimé une résistance à la doctrine de cet arrêt, le pourvoi posait, à nouveau, la question de savoir si les juges du fond pouvaient prononcer la résolution d'un contrat de vente, dont le prix avait été converti en rente viagère, en faisant application, non de la clause résolutoire stipulée au

contrat en cas de non-paiement de la rente, mais de la clause résolutoire insérée au contrat pour défaut de paiement du prix.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé qu'en présence d'un contrat de vente, dont le prix a été converti en une rente viagère et comportant deux clauses résolutoires, l'une en cas de défaut de paiement du prix et l'autre en cas de défaut de paiement de la rente, la résolution de la vente peut être prononcée par application de la clause résolutoire stipulée pour défaut de paiement du prix, dès lors que la rente n'étant qu'une modalité de paiement du prix, l'acheteur qui s'abstient de payer un terme de la rente à son échéance devient défaillant dans son obligation de payer le prix au moment où il est exigible.

En analysant la rente viagère comme une modalité de paiement du prix de vente de l'immeuble (MM. Malaurie et Aynès la qualifient de « *mode de paiement par tempérament* »), l'arrêt rendu par l'assemblée plénière reconnaît une option au créancier et lui permet d'invoquer, à son choix, la clause résolutoire relative au défaut de paiement du prix ou celle concernant le défaut de paiement de la rente.

F – Protection de la nature et de l'environnement

Communauté européenne – Environnement – Déchets – Directive n° 75-442 – Notion de déchets

Troisième chambre civile, 17 décembre 2008 (pourvoi n° 04-12315, en cours de publication)

Le 12 décembre 1999, le navire pétrolier Erika, affrété par la société Total International Ltd pour transporter 30 000 tonnes de fioul lourd n° 2, a sombré déversant une partie de sa cargaison et de ses soutes en mer entraînant une pollution du littoral atlantique français.

La commune de Mesquer a assigné la société Total France, producteur du fioul, et la société Total International Ltd, vendeur du fioul et affruteur du navire, en paiement des dépenses engagées par la commune au titre des opérations de nettoyage et de dépollution.

Le tribunal de commerce de Saint-Nazaire, puis la cour d'appel de Rennes, ont débouté la commune de Mesquer.

Sur le pourvoi formé par cette commune, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a saisi la Cour de justice des communautés européennes de questions préjudicielles sur l'interprétation des textes communautaires applicables.

La Cour de justice des communautés européennes a rendu son arrêt le 24 juin 2008.

À la suite de cette décision, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a statué au fond par un arrêt du 17 décembre 2008 apportant une double contribution au droit de l'environnement, la première, sur la notion de déchet (1), la seconde, sur l'identification des personnes obligées à réparation (2).

1 – Sur la notion de déchet

Selon l'article 1^{er} de la directive 75/442 du 15 juillet 1975, relative aux déchets, « *aux fins de la présente directive, on entend par **déchet** toute substance ou tout objet qui relève des catégories figurant à l'annexe I de la directive, dont le détenteur se défait ou dont il a l'intention ou l'obligation de se défaire* ».

Répondant aux deux questions posées sur ce point par la Cour de cassation, la Cour de justice des communautés européennes a dit pour droit, d'une part, que du fuel lourd vendu en tant que combustible ne constitue pas un déchet dès lors qu'il est exploité ou commercialisé dans des conditions économiquement avantageuses et qu'il est susceptible d'être effectivement utilisé en tant que combustible sans nécessiter d'opération de transformation préalable, d'autre part, que des hydrocarbures accidentellement déversés en mer à la suite d'un naufrage, se retrouvant mélangés à l'eau ainsi qu'à des sédiments et dérivant le long des côtes d'un État membre jusqu'à s'échouer sur celles-ci, constituent des déchets dès lors qu'ils ne sont plus susceptibles d'être exploités ou commercialisés sans opération de transformation préalable.

En d'autres termes, le fioul lourd n° 2 n'est pas par lui-même un déchet au sens de la directive européenne du 15 juillet 1975, mais le devient lorsqu'à la suite d'un naufrage, il se trouve accidentellement déversé en mer.

Faisant application de ces règles, la Cour de cassation a rejeté le moyen, qui soutenait que ce fioul constituait un déchet, en retenant que la cour d'appel, qui a constaté que le fioul lourd n° 2 était un produit issu du processus de raffinage, qui répondait aux spécifications de la société Enel (acheteur du produit) et était destiné à une utilisation directe comme combustible pour les besoins de production électrique, avait pu en déduire que la cargaison de l'Erika ne pouvait être qualifiée de déchet.

En revanche, il résulte de la réponse au second moyen que le fioul devient un déchet lorsqu'à la suite du naufrage du navire le transportant, il se déverse dans la mer se mélangeant à l'eau ainsi qu'aux sédiments.

2 – Sur l'identification des personnes obligées à réparation :

Selon l'article 15 de la directive 75/442 du 15 juillet 1975 relative aux déchets, « *conformément au principe du pollueur-payeur, le coût de l'élimination des déchets doit être supporté par le détenteur qui remet des déchets à un ramasseur ou à une entreprise visée à l'article 9 et/ou les détenteurs antérieurs ou le producteur du produit générateur de déchets* ».

Pour débouter la commune de Mesquer, la cour d'appel avait retenu que les sociétés Total (Total International et Total France) ne pouvaient être considérées comme productrices ou détentrices des déchets retrouvés sur les plages après le naufrage du navire Erika, alors qu'elles avaient en réalité fabriqué un produit pétrolier devenu déchet uniquement par le fait du transport.

Répondant à la question posée par la Cour de cassation, la Cour de justice des communautés européennes a dit pour droit que des hydrocarbures accidentellement déversés en mer

à la suite d'un naufrage, se retrouvant mélangés à l'eau ainsi qu'à des sédiments et dérivant le long des côtes d'un État membre jusqu'à s'échouer sur celles-ci, constituent des déchets au sens de l'article 1^{er}, sous a), de la directive 75/442, telle que modifiée par la décision 96/350, dès lors que ceux-ci ne sont plus susceptibles d'être exploités ou commercialisés sans opération de transformation préalable et qu'aux fins de l'application de l'article 15 de la directive 75/442, telle que modifiée par la décision 96/350, au déversement accidentel d'hydrocarbures en mer à l'origine d'une pollution des côtes d'un État membre, le juge national peut considérer le vendeur de ces hydrocarbures et affrèteur du navire les transportant comme producteur des dits déchets, au sens de l'article 1^{er}, sous b), de la directive 75/442, telle que modifiée par la décision 96/350, et, ce faisant, comme « détenteur antérieur » aux fins de l'application de l'article 15, second tiret, première partie, de cette directive, si ce juge, au vu des éléments que lui seul est à même d'apprécier, aboutit à la conclusion que ce vendeur-affrèteur a contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par ce naufrage, en particulier s'il s'est abstenu de prendre les mesures visant à prévenir un tel événement telles que celles concernant le choix du navire et que s'il s'avère que les coûts liés à l'élimination des déchets générés par un déversement accidentel d'hydrocarbures en mer ne sont pas pris en charge par le Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures ou ne peuvent l'être en raison du plafond d'indemnisation prévu pour ce sinistre et que, en application des limitations et/ou des exonérations de responsabilité prévues, le droit national d'un État membre, y compris celui issu de conventions internationales, empêche que ces coûts soient supportés par le propriétaire du navire et/ou l'affrèteur de ce dernier, alors même que ceux-ci sont à considérer comme des « détenteurs » au sens de l'article 1^{er}, sous c), de la directive 75/442, telle que modifiée par la décision 96/350, un tel droit national devra alors permettre, pour assurer une transposition conforme à l'article 15 de cette directive, que lesdits coûts soient supportés par le producteur du produit générateur des déchets ainsi répandus. Cependant, conformément au principe du pollueur-payeur, un tel producteur ne peut être tenu de supporter ces coûts que si, par son activité, il a contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage du navire.

Faisant application de ces règles, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt en retenant « *qu'en statuant ainsi, alors que le vendeur des hydrocarbures et affrèteur du navire les transportant peut être considéré comme détenteur antérieur des déchets s'il est établi qu'il a contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage et que le producteur du produit générateur des déchets peut être tenu de supporter les coûts liés à l'élimination des déchets si, par son activité, il a contribué à la survenance de la pollution occasionnée par le naufrage, la cour d'appel, qui a constaté que la société Total Raffinage Distribution avait produit le fuel lourd et que la société Total International Ltd l'avait acquis puis vendu à la société Enel et affrété le navire Erika pour le transporter, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé le texte susvisé* ».

La cassation est prononcée au visa de l'article L. 541-2 du Code de l'environnement, interprété à la lumière des objectifs assignés aux États membres par la directive CEE 75/442 du 15 juillet 1975.

Ce faisant, la Cour de cassation a écarté l'objection majeure faite par les sociétés Total selon laquelle l'article L. 541-2, qui traitait de l'élimination des déchets ne permettait pas de prononcer une condamnation au paiement des dépenses engagées par la commune de Mesquer.

La directive 75/442 a été transposée en droit français par la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération, dont les dispositions ont été postérieurement codifiées aux articles L. 541-1 et suivants du Code de l'environnement.

Il appartenait à la Cour de cassation, juge du droit, de rechercher les textes assurant la transposition des dispositions de la directive et, à défaut d'une transposition littérale, d'interpréter ces textes de droit national à la lumière de l'objectif assigné aux États membres par la directive qui est « *la protection de la santé de l'homme et de l'environnement contre les effets préjudiciables causés par le ramassage, le transport, le traitement, le stockage et le dépôt des déchets* ».

Se fondant sur les règles affirmées par la Cour de justice des communautés européennes, la troisième chambre civile a retenu, d'une part, que le vendeur des hydrocarbures et affrèteur du navire les transportant peut être considéré comme détenteur antérieur des déchets s'il est établi qu'il a contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage, d'autre part, que le producteur du produit générateur des déchets peut être tenu de supporter les coûts liés à l'élimination des déchets si, par son activité, il a contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage.

Or précisément, la cour d'appel de Rennes avait constaté, ce qui constituait des faits constants, que la société Total Raffinage (Total France) avait produit le fuel et que la société Total International l'avait acquis puis vendu et affrété le navire pour le transporter.

Il appartiendra à la cour de renvoi de rechercher si les sociétés Total, producteur et vendeur/affrèteur ont contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage.

IV – ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES, COMMERCIALES ET FINANCIÈRES

A – Entreprises en difficulté

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Généralités – Loi du 26 juillet 2005 – Application dans le temps – Dispositions relatives à la résolution des plans de redressement par voie de continuation – Date du prononcé de la résolution – Effet

Chambre commerciale, 18 mars 2008 (Bull. n° 65, pourvoi 06-21306)

L'article L. 626-27 du Code de commerce issu de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, qui définit les conditions dans lesquelles le tribunal peut ou doit prononcer la résolution d'un plan de sauvegarde ou celle d'un plan de redressement (par renvoi de l'article L. 631-19 du même code), est, aux termes de l'article 191, 2°, de la loi de sauvegarde des entreprises, applicable aux « procédures de redressement judiciaire en cours » au 1^{er} janvier 2006.

Cette disposition transitoire a été interprétée par la chambre commerciale dans un arrêt du 18 mars 2008, qui énonce qu'il résulte de l'article 191, 2°, de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises que les dispositions de l'article L. 626-27 du Code de commerce issues de cette loi régissent la résolution des plans de redressement par voie de continuation lorsque celle-ci n'a pas été prononcée avant le 1^{er} janvier 2006.

Ainsi, ayant constaté qu'un jugement du 27 décembre 2005 avait prononcé la résolution d'un plan arrêté en 2004 et ouvert la liquidation judiciaire du débiteur, c'est à bon droit que la cour d'appel a fait application, alors même qu'elle statuait postérieurement au 1^{er} janvier 2006, de l'ancien article L. 621-82 du Code de commerce, aux termes duquel la résolution pour inexécution des engagements du plan entraînait la liquidation judiciaire du débiteur, indépendamment de toute constatation de l'état de cessation des paiements.

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Redressement judiciaire – Ouverture – Qualité – Personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante – Gérant d'une SARL (non)

Chambre commerciale, 12 novembre 2008 (pourvoi n° 07-16998, en cours de publication)

Le gérant majoritaire d'une SARL, qui agit au nom de la société qu'il représente et non en son nom personnel, n'exerce pas une activité professionnelle indépendante au sens de l'article L. 631-2 du Code de commerce.

L'arrêt prononcé le 12 novembre 2008 par la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation se révélera d'une portée pratique non négligeable.

En effet, en énonçant que le gérant majoritaire d'une SARL, qui agit au nom de la société qu'il représente et non en son nom personnel, n'exerce pas une activité professionnelle

indépendante au sens de l'article L. 631-2 du Code de commerce, la Cour de cassation délimite le champ d'application de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

En l'espèce, à la suite de la liquidation judiciaire d'une SARL, l'URSSAF demandait l'ouverture d'un redressement judiciaire à l'égard du gérant majoritaire, lequel était débiteur de cotisations personnelles d'allocations familiales. L'arrêt frappé de pourvoi avait confirmé le jugement ayant dit n'y avoir lieu à ouverture d'une telle procédure.

La question posée pouvait donc se résumer ainsi : le gérant majoritaire d'une SARL exerce-t-il une activité professionnelle indépendante au sens de l'article L. 631-2 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ? De ce fait, ce gérant peut-il être mis en redressement judiciaire ? En répondant par la négative, la Cour de cassation entend ne pas étendre à l'excès la notion de professionnel indépendant.

Une des innovations de la loi du 26 juillet 2005 a été d'étendre le bénéfice des procédures collectives aux professionnels libéraux. Ainsi, les articles L. 620-2 (en matière de sauvegarde), L. 631-2 (en matière de redressement judiciaire) et L. 640-2 (en matière de liquidation judiciaire) du Code de commerce prévoient-ils que ces différentes procédures collectives sont, notamment, applicables, « à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ».

Toutefois, même si au regard de la législation fiscale ou de celle relative au droit de la sécurité sociale, les gérants majoritaires sont regardés comme « des travailleurs indépendants », la Cour de cassation refuse de procéder par voie d'assimilation, les critères dégagés dans ces matières ne pouvant avoir d'incidence sur le champ d'application des procédures du Livre VI du Code de commerce qui obéissent à des critères propres.

À cet égard, l'arrêt du 12 novembre puise sa source dans l'esprit même de la loi et dans la notion économique d'entreprise.

En premier lieu, la loi de sauvegarde s'inscrit dans le mouvement législatif du droit des procédures collectives qui, depuis plusieurs décennies, distingue l'homme de l'entreprise. Cette volonté législative est illustrée par la suppression de l'extension des procédures collectives ouvertes contre des sociétés aux associés solidairement et indéfiniment responsables ou encore par l'abolition des ouvertures des procédures collectives prononcées à titre de sanction contre les dirigeants sociaux. Face à cette volonté législative, il y aurait dès lors un paradoxe à admettre l'ouverture d'une procédure collective contre le gérant majoritaire d'une SARL, pris en son nom personnel.

En second lieu, l'ouverture d'une procédure collective est subordonnée à l'existence d'une entreprise exploitée par le professionnel. Or, sauf à nier l'autonomie de la société, personne morale, le gérant, qui agit au nom et dans l'intérêt de la société et non en son nom personnel, n'est pas une entreprise, il n'est qu'un organe de la société.

D'ailleurs, l'article L. 631-1 du Code de commerce énonce que « la procédure de redressement judiciaire est destinée permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».

Solliciter l'ouverture d'un redressement judiciaire à l'égard du gérant d'une SARL, à titre personnel, ne répond pas à ces objectifs. La procédure collective ne peut être utilisée comme une voie d'exécution de droit commun, ce que vient rappeler le présent arrêt en rejetant le pourvoi formé par l'URSSAF.

B – Droit des sociétés

Société (règles générales) – Associé – Retrait – Effets – Perte de la qualité d'associé – Conditions

Chambre commerciale, 17 juin 208 (Bull. n° 125, pourvoi n° 06-15045)

Chambre commerciale, 17 juin 208 (Bull. n° 126, pourvoi n° 07-14965)

Par ces deux arrêts du même jour, la chambre commerciale juge que l'associé qui se retire volontairement d'une société civile (ou, dans l'une des espèces, d'un groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC)) ne perd la qualité d'associé qu'au jour du remboursement de la valeur de ses droits sociaux. En matière de retrait forcé, cette date est imposée par les termes de l'article 1860 du Code civil et, dans ce domaine, elle avait déjà été retenue par la troisième chambre civile (trois. ch. civ., 9 décembre 1998, Bull. 1998. IV, n° 243). S'agissant du retrait volontaire, en revanche, le silence de l'article 1869 du Code civil sur cette question (comme, pour les GAEC, celui de l'article L. 323-4 du Code rural) autorisait l'hésitation. Celle-ci est donc désormais levée, dans le sens de l'unification et aussi de la simplification du régime applicable. Volontaire ou forcé, le retrait produit tous ses effets, non au jour, variable, de l'événement qui le manifeste, l'autorise ou le déclenche, mais seulement à la date où l'associé retrayant ou exclu reçoit effectivement le remboursement qui lui est dû à ce titre.

Commissaire aux comptes – Transformation de la société – Rapport – Rapport prévu à l'article 225-244 du Code de commerce – Dépôt au tribunal de commerce (non)

Chambre commerciale, 8 avril 2008 (Bull n° 86, pourvoi n° 06-15193)

En précisant que seul le rapport du commissaire aux comptes prévu à l'article L. 225-244 du Code de commerce, attestant que les capitaux propres sont au moins égaux au capital social, doit être établi en cas de transformation d'une société anonyme en société par actions simplifiées, la chambre commerciale a exclu que devaient être ajoutées les mentions figurant dans le rapport de l'article L. 224-3 du Code de commerce sur la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers. Elle a ainsi estimé qu'il était inutile de renouveler la vérification des apports lors de la transformation d'une société par actions qui, sous la forme d'une société anonyme, avait déjà été soumise à une telle procédure et en a tiré la conséquence que ce rapport qui n'est pas visé par l'article R. 123-105 du Code de commerce, n'avait donc pas à être déposé au greffe du tribunal de commerce.

C – Droit bancaire

Banque – Crédit documentaire – Donneur d'ordre – Saisie conservatoire – Possibilité – Conditions

Chambre commerciale, 16 décembre 2008 (pourvoi n° 07-18729, en cours de publication)

Par cet arrêt, la chambre commerciale, financière et économique, après avoir rappelé le principe selon lequel, en raison de son autonomie par rapport au contrat de base, la réalisation du crédit documentaire ne peut être paralysée par le donneur d'ordre que si ce dernier établit une fraude portant sur la mise en place ou l'exécution de ce crédit, vient préciser que le donneur d'ordre, dans un tel cas de fraude, peut pratiquer une saisie conservatoire, dès lors qu'il est en mesure de justifier d'une créance sur le bénéficiaire du crédit documentaire, paraissant fondée en son principe et des circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement.

Même si cette procédure n'est pas la mesure la plus appropriée pour paralyser la réalisation d'un tel crédit entre les mains du banquier émetteur, aucune disposition n'interdit de recourir à une saisie conservatoire, sous réserve que les conditions en soient réunies, ce que le juge saisi de la requête est par cet arrêt invité à vérifier.

Intérêts – Intérêts conventionnels – Taux – Taux effectif global – Action en nullité – Prescription quinquennale – Point de départ – Détermination

Chambre commerciale, 10 juin 2008 (Bull. n° 116, pourvoi n° 06-19452)

Chambre commerciale, 10 juin 2008 (Bull. n° 117, pourvoi n° 06-19905)

Chambre commerciale, 10 juin 2008 (Bull. n° 118, pourvoi n° 06-19906)

La chambre commerciale a, par trois arrêts rendus le 10 juin 2008, précisé le point de départ du délai de prescription pour agir en nullité en cas d'omission du taux effectif global (TEG) sur un écrit constatant un crédit ou d'erreur affectant ce même taux.

Les litiges ayant donné lieu aux arrêts rendus sur les pourvois n° 06-19452 et n° 06-19905 concernent le taux effectif global prétendument erroné, l'arrêt rendu sur le pourvoi n° 06-18906 portant sur un taux effectif global omis. C'est ainsi que sont en cause une ouverture de crédit en compte courant et divers crédits de campagne pour l'un des arrêts (pourvoi n° 06-19452), une ouverture de crédit, une ligne d'escompte et un prêt professionnel de consolidation pour un autre (pourvoi n° 06-19905) et une ouverture de crédit pour le dernier (pourvoi n° 06-18906).

Conformément à l'article L. 313-2 du Code de la consommation, le taux effectif global doit en effet être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt. Cette exigence doit être combinée avec les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1907 du Code civil qui impose l'indication par écrit du taux d'intérêt conventionnel.

Cette exigence, de portée générale, s'applique à toutes les formes de crédit, que ces crédits aient été consentis à un consommateur ou à un professionnel (article L. 313-4 c. mon. fin. renvoyant aux dispositions du Code de la consommation), qu'ils aient été constatés ou non par acte notarié (prem. ch. civ., 22 janvier. 2002, pourvoi n° 99-13456).

Indépendamment de la sanction pénale prévue à l'article L. 313-2, alinéa 2, du Code de la consommation, l'omission du taux effectif global est sanctionnée, sur le fondement de l'article 1304 du Code civil, non par la nullité du contrat (sauf à l'emprunteur à démontrer que, s'il avait connu le taux réel, il n'aurait pas contracté : Com., 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-20997, Bull. 2005, IV, n° 83), mais par celle de la stipulation du taux de l'intérêt conventionnel (prem. ch. civ., 24 juin 1981, pourvoi n° 80-12903), la jurisprudence appliquant alors un taux de substitution, le taux légal.

C'est cette même sanction que la première chambre civile applique lorsque le taux effectif global est erroné (prem. ch. civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 04-10876), comme d'ailleurs la chambre commerciale (Com., 17 janvier 2006, pourvoi n° 04-11100).

Si, en application de l'article 1304 du Code civil, le délai de prescription est de cinq ans, se pose encore la question de savoir à quelle date il commence à courir.

À la différence de la première chambre civile (prem. ch. civ., 14 juin 2007, pourvoi n° 05-22011), la chambre commerciale ne s'était pas encore clairement déterminée.

Par un attendu de principe, rédigé en des termes similaires, elle vient, dans les arrêts précités, de préciser « *que la prescription de l'action en nullité de la stipulation de l'intérêt conventionnel engagée par un emprunteur qui a obtenu un concours financier pour les besoins de son activité professionnelle court à compter du jour où il a connu ou aurait dû connaître le vice affectant le taux effectif global ; que le point de départ de cette prescription est, s'agissant d'un prêt, la date de la convention et, dans les autres cas, la réception de chacun des écrits indiquant ou devant indiquer le taux effectif global appliqué* ».

L'intérêt de ces décisions porte sur quatre points :

- la chambre commerciale se prononce sur les concours financiers consentis pour les besoins de l'activité professionnelle, conformément à ses attributions ;
- la nullité de la stipulation du taux de l'intérêt conventionnel (notamment, Com., 22 mai 2007, pourvoi n° 06-12180), peut conduire le prêteur à devoir restituer les intérêts irrégulièrement perçus, mais dans la limite des cinq ans précédant la contestation ;
- il n'y a pas lieu de distinguer selon le vice affectant le taux effectif global. Qu'il ait été omis ou qu'il soit erroné, dans tous les cas, le délai court de la réception de l'écrit sur lequel figure ou aurait dû figurer le taux effectif global ;
- la solution s'applique aux différentes formes de concours qu'une banque peut consentir sans distinguer selon que la nullité était invoquée par voie d'action ou d'exception.

En pratique, la date à retenir est celle du contrat de prêt, de la réception de l'acte constatant le crédit de campagne ou encore du bordereau des effets remis à l'escompte. S'agissant d'une ouverture de crédit en compte courant, le mécanisme pour respecter les exigences d'information a été précisé par un arrêt du 20 février 2007 de la chambre commerciale (Com., 20 février 2007, pourvoi n° 04-11989).

Ainsi, le mérite des arrêts rendus le 10 juin 2008 est de préciser, sans ambiguïté, que c'est à compter de la réception du relevé de compte sur lequel ne figure pas le taux effectif global ou sur lequel figure un taux effectif global erroné que court le délai.

Banque – Responsabilité – Manquement à l’obligation d’information du client – Applications diverses – Publicité ne mentionnant pas les risques inhérents à l’investissement proposé

Chambre commerciale, 24 juin 2008 (Bull n° 127, pourvoi n° 06-21 798)

Une cliente avait souscrit auprès d’une caisse d’épargne des parts d’un fond commun de placement et subi des pertes à leur échéance. Elle a demandé réparation à la caisse du préjudice subi en raison d’un manquement de celle-ci à son obligation d’information en faisant état d’une plaquette commerciale qui mentionnait : « *Vous n’avez pas à vous inquiéter des évolutions des marchés financiers* », et sur laquelle un diagramme n’envisageait à aucun moment de perte, précisant que même en cas de baisse de l’indice DJ euro Stoxx 50 à 35 % il était encore envisagé un gain de 2,25 %. La caisse d’épargne objectait qu’elle avait également remis à sa cliente la notice visée par la Commission des opérations de bourse faisant état des pertes possibles – notice qui est désormais un prospectus simplifié.

La cour d’appel avait retenu que la cliente n’avait pu être informée par la plaquette commerciale mais que l’obligation d’information de la banque avait été remplie par la remise de la notice.

La chambre commerciale de la Cour de cassation décide que la publicité délivrée par la personne qui propose à son client de souscrire des parts de fonds commun de placement doit être cohérente avec l’investissement proposé et mentionner le cas échéant les caractéristiques les moins favorables et les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés et qu’à défaut la notice visée par la commission des opérations de bourse ne suffit pas à informer correctement l’investisseur.

On notera que, contrairement aux précédentes décisions rendues dans le 19 septembre 2006, le pourvoi invoquait le règlement de la Commission des opérations de bourse (COB) alors applicable (article 33, alinéa 2 du règlement COB n° 89-02, devenu pendant un temps l’article 411-50 du règlement général de l’Autorité des marchés financiers, mais disparu depuis un arrêté du 18 mars 2008).

Depuis l’ordonnance du 12 avril 2007 transposant la directive sur les marchés d’instruments financiers l’article L. 533-12, I, du Code monétaire et financier dispose d’ailleurs : « *Toutes les informations, y compris les communications à caractère promotionnel, adressées par un prestataire de services d’investissement à des clients, notamment des clients potentiels, présentent un contenu exact, clair et non trompeur* ».

Cet arrêt peut être également rapproché de l’arrêt d’assemblée plénière 2 mars 2007 décidant que le banquier qui propose à son client, auquel il consent un prêt, d’adhérer au contrat d’assurance de groupe qu’il a souscrit à l’effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l’exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l’éclairer sur l’adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d’emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation.

Banque – Responsabilité – Faute – Manquement aux règles de bonne conduite – Applications diverses – Obligation de couverture des opérations à terme

Chambre commerciale, 26 février 2008 (Bull. n° 42, pourvoi n° 07-10761)

Cet important arrêt marque la volonté de la chambre commerciale de rompre avec sa jurisprudence antérieure en autorisant désormais les investisseurs à invoquer, pour fonder la responsabilité contractuelle du prestataire de services d'investissements, les manquements commis par celui-ci au regard de l'obligation de couverture des opérations à terme.

La solution antérieure perpétuait l'idée, conforme à la pratique initiale des agents de change, que la couverture constituait, dans l'intérêt de ceux-ci, une garantie qu'ils exigeaient de leurs clients. Initialement fondée sur le décret du 7 octobre 1890, qui interdisait au donneur d'ordre de se prévaloir du défaut de couverture (voir par exemple : Com., 5 novembre 1991, Bull. 1991, IV, n° 327), elle avait survécu tant à l'introduction dans le texte d'une obligation faite à l'intermédiaire d'exiger cette garantie qu'à l'abrogation du texte intervenue en 1988. La chambre commerciale avait en effet réaffirmé l'interdiction en la fondant sur cette considération que l'obligation de couverture était édictée dans l'intérêt de l'intermédiaire (Com., 2 décembre 1997, Bull. 1997, IV, n° 314) puis, selon une formule élargie, qu'elle l'était dans l'intérêt de l'intermédiaire et de la sécurité du marché et non dans celui du donneur d'ordre (Com., 8 juillet 2003, Bull. 2003, IV, n° 118; Com., 14 décembre 2004, Bull. 2004, IV, n° 221).

Sur le plan théorique, l'innovation réside par conséquent dans un nouvel élargissement de la finalité de l'obligation, qui inclut désormais la protection des intérêts des investisseurs. Cette évolution est à vrai dire imposée par les textes actuels et plus particulièrement par les dispositions de l'article L. 533-4 du Code monétaire et financier (dans sa rédaction – antérieure à l'ordonnance du 12 avril 2007 – applicable en l'espèce). Ce texte, relatif aux « règles de bonne conduite » auxquelles sont tenus les prestataires de services d'investissement, se réfère en effet avec insistance aux « intérêts de leurs clients », cités à trois reprises et mis sur le même plan que « l'intégrité du marché ».

Sur le plan technique, l'arrêt du 28 février 2008 repose sur un raisonnement en deux temps.

La chambre commerciale inclut tout d'abord l'obligation de couverture dans les règles de bonne conduite que vise l'article L. 533-4 du Code monétaire et financier. Tenus en vertu de ce texte de « *se conformer à toutes les réglementations applicables à l'exercice de leurs activités* », les prestataires de services d'investissement doivent à ce titre respecter les obligations issues du règlement général de l'Autorité des marchés financiers et donc, notamment, l'obligation de couverture mise à leur charge par les articles 517-4 et suivants de ce règlement.

L'arrêt inclut ensuite les règles de bonne conduite dans les obligations contractuellement assumées par le prestataire envers son client. En fondant expressément la responsabilité contractuelle de l'intermédiaire sur les dispositions de ce même article L. 533-4, la chambre commerciale manifeste en effet clairement que les règles édictées par ce texte sont source d'autant d'obligations non seulement déontologiques mais aussi contractuelles. Le client contracte en considération de ces règles qui sont dès lors réputées incluses dans la

convention des parties et dont la violation trouve sa sanction naturelle, si un préjudice en est résulté, dans une responsabilité civile contractuelle venant s'ajouter aux éventuelles sanctions disciplinaires prononcées par l'Autorité des marchés financiers. À cet égard, cette décision doit être rapprochée d'un autre arrêt, rendu par la même formation le 12 février 2008 (Com., 12 février 2008, Bull. 2008, IV, n° 31, pourvoi n° 06-20835), qui a conduit le même raisonnement s'agissant de l'obligation d'information pesant par ailleurs sur l'intermédiaire financier. Dans les deux cas, c'est en effet sur la combinaison des dispositions générales de l'article 1147 du Code civil et des dispositions spéciales de l'article L. 533-4 du Code monétaire et financier qu'est fondée la responsabilité du prestataire de services d'investissement.

Banque – Carte de crédit – Perte ou vol – Utilisation frauduleuse par un tiers – Responsabilité du titulaire – Faute lourde – Preuve

Première chambre civile, 28 mars 2008 (Bull. n° 91, pourvoi n° 07-10 186)

Rendu au visa de l'article L. 132-3 du Code monétaire et financier, cet arrêt de la première chambre civile, énonce, ainsi que l'avait fait la chambre commerciale, peu de temps auparavant (Com., 2 octobre 2007, Bull. 2007, IV, n° 208, pourvoi n° 05-19899), qu'en cas de perte ou de vol d'une carte de paiement, c'est à l'émetteur de la carte qui se prévaut d'une faute lourde de son titulaire, d'en rapporter la preuve, étant précisé que la circonstance que la carte ait été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel est, à elle seule, insusceptible de constituer la preuve d'une telle faute.

Rappelons que cette faute lourde permet à l'émetteur (toujours en application du texte précité) d'obtenir le remboursement intégral des prélèvements litigieux effectués avant opposition, à défaut de quoi le remboursement auquel il peut prétendre est limité à un plafond fixé à 400 euros pour la période antérieure au 1^{er} janvier 2002, 175 euros pour l'année 2002 et 150 euros à compter du 1^{er} janvier 2003.

Il s'agit là d'une application pure et simple de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne dont est issue l'actuel article L. 132-3 du Code monétaire et financier qui a profondément changé le régime de l'utilisation des cartes de paiement (bancaires ou de crédit).

La présomption de faute qui résultait antérieurement d'une clause des contrats types, prévoyant que le titulaire de la carte de paiement était responsable de son utilisation de sa conservation et tenu de garder secret son code confidentiel, avait pour effet de réduire la limitation de responsabilité des porteurs de carte tout en aggravant la méfiance de certains au regard de ce mode de paiement, ce qui était contraire au but poursuivi par le législateur.

La loi du 15 novembre 2001, ainsi que le soulignait la doctrine autorisée, a donc mis fin à cette présomption de faute lourde tirée de la seule utilisation du code confidentiel. À l'établissement de crédit de rapporter la preuve que le titulaire de la carte a commis une négligence extrême (on pourrait penser notamment à une carte abandonnée dans un véhicule dont les portières ne sont pas verrouillées, en stationnement sur la voie publique, et dont le code a été transcrit sur la carte elle-même ou sur un papier l'accompagnant).

Soulignons toutefois que le titulaire de la carte ne pourra bénéficier de la limitation de remboursement prévu par l'article L. 132-3 du Code monétaire et financier, qu'autant que la mise en opposition aura été effectuée dans les meilleurs délais. Mais, là encore, la volonté du législateur de protéger le titulaire de la carte pour développer ce mode de paiement se manifeste puisque le texte précité prévoit que « les meilleurs délais » doivent s'apprécier au regard des habitudes d'utilisation de la carte.

En l'espèce, la titulaire, qui prétendait n'avoir reçu ni la carte ni le code confidentiel qui lui ont été adressés, conformément aux stipulations du contrat, par lettres simples, n'avait jamais utilisé cette carte lorsque deux plus ans plus tard elle a constaté sur un relevé de débit une dizaine de retraits effectués loin de chez elle.

Le jugement du tribunal d'instance qui a retenu la responsabilité de la titulaire au motif qu'elle était gardienne et de la carte et du code qui lui avaient été adressés dans les conditions contractuellement arrêtées, est cassé, la Cour de cassation lui reprochant de n'avoir pas constaté que les conditions de l'article L. 132-3 du Code monétaire et financier étaient réunies, à savoir : une mise en opposition dans les meilleurs délais appréciés au regard des habitudes d'utilisation de la carte comme il a été précédemment indiqué, et l'existence d'une faute lourde dont la preuve, rappelons-le, doit être rapportée par l'établissement de crédit et qui ne peut résulter de la seule circonstance que la carte a été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel.

La volonté clairement affirmée du législateur se trouve ainsi respectée.

D – Impôts et taxes

Communauté européenne – Impôts et taxes – Article 56 CE – Libre circulation des capitaux – Taxe sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales – Refus d'exonération opposé à une société holding de droit luxembourgeois – Caractère discriminatoire
Chambre commerciale, 8 avril 2008 (Bull. n° 78, pourvoi n° 02-10359)

La chambre commerciale tire dans cet arrêt les conséquences de l'arrêt rendu le 11 octobre 2007 par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE, 11 octobre 2007, aff. C-451/05, et *Luxembourgeoise d'investissements SA (ELISA) c./directeur général des impôts et ministère public*).

Le litige portait sur l'application de la taxe sur la valeur vénale des immeubles possédés par les personnes morales. L'article 990 D du Code général des impôts, dans sa rédaction alors applicable, soumettait les personnes morales possédant directement ou par personne interposée un ou plusieurs immeubles situés en France, à une taxe annuelle égale à 3 % de la valeur vénale de ces immeubles. L'article 990 E précisait que cette taxe n'était pas applicable, sous certaines conditions, aux personnes morales ayant leur siège de direction effective en France. Pour les personnes morales ayant leur siège dans un autre État, le bénéfice de l'exonération était subordonné à l'existence entre cet État et la France d'une convention

d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ou d'un traité prévoyant une clause de non-discrimination en matière fiscale.

La finalité de ce dispositif est de dissuader les contribuables assujettis à l'impôt de solidarité sur la fortune de chercher à échapper à cette imposition en créant dans des États n'ayant pas conclu avec la France de convention fiscale des sociétés qui deviennent propriétaires de leurs immeubles situés en France. Les personnes morales sont dans cette perspective incitées à révéler l'identité des personnes physiques ou morales qui en sont les associés.

La société demanderesse, holding de droit luxembourgeois, s'était vue en l'espèce refuser le bénéfice de l'exonération, les sociétés holding de ce type ayant été exclues du champ d'application de la convention fiscale existant entre la France et le Luxembourg.

La question de la conformité au droit communautaire de la législation française avait été soulevée, et la chambre commerciale avait, par décision du 13 décembre 2005, (Bull. 2005, IV, n° 249) posé à la Cour de justice des communautés européennes plusieurs questions préjudicielles.

La Cour de justice a jugé que cette réglementation constituait, pour les personnes morales n'ayant pas leur siège de direction en France, une restriction au principe de libre circulation des capitaux, qui était appropriée à l'objectif consistant à lutter contre la fraude fiscale, mais qui n'était pas proportionnée, dès lors que cette législation faisait obstacle en toutes circonstances à ce que les sociétés prouvent qu'elles ne poursuivaient pas un objectif frauduleux.

Elle a en effet considéré que l'impossibilité éventuelle pour les autorités françaises de solliciter la coopération des autorités luxembourgeoises, si elle pouvait rendre la vérification des informations données par le contribuable plus difficile, ne pouvait justifier le refus catégorique d'accorder un avantage fiscal, et que des mesures moins restrictives auraient pu être adoptées pour atteindre l'objectif assigné.

Elle a donc dit pour droit que l'article 73 B du traité CEE (devenu article 56 CE) devait être interprété en ce sens qu'il s'opposait à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui exonérait les sociétés établies en France de la taxe sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales, alors qu'elle subordonnait cette exonération, pour les sociétés établies dans un autre État membre, à l'existence d'une convention d'assistance administrative conclue entre la France et cet État en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ou à la circonstance que, par application d'un traité comportant une clause de non-discrimination selon la nationalité, ces personnes morales ne devaient pas être soumises à une imposition plus lourde que celle à laquelle sont assujetties les sociétés établies en France et ne permettait pas à la société établie dans un autre État membre de fournir des éléments de preuve permettant d'établir l'identité de ses actionnaires personnes physiques.

Tirant les conséquences de cette décision, la cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel qui, après avoir constaté que la société avait souscrit les déclarations prescrites par la loi, a retenu qu'elle ne pouvait se prévaloir ni des dispositions de l'article 990 E, 2°, du Code général des impôts, les sociétés holding luxembourgeoises ayant été exclues du champ

d'application de la convention fiscale du 1^{er} avril 1958, ni de celles de l'article 990 E, 3^o, en l'absence de convention ou de traité répondant aux conditions exigées par ce texte.

Tenant compte de l'arrêt *ELISA*, le législateur a modifié, dans la loi de finance rectificative du 25 décembre 2007, la rédaction du texte en cause.

Le bénéfice de l'exonération est désormais accordé, sous certaines conditions, aux « *entités juridiques : personnes morales, organismes, fiducies ou institutions comparables qui ont leur siège en France, dans un État membre de l'Union européenne ou dans un pays ou territoire ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ou dans un État ayant conclu avec la France un traité leur permettant de bénéficier du même traitement que les entités qui ont leur siège en France* ».

Impôts et taxes – Recouvrement (règles communes) – Avis de mise en recouvrement – Établissement – Compétence territoriale – Détermination – Cas – Droits de mutation d'immeuble

Chambre commerciale, 11 mars 2008 (Bull. n° 58, pourvoi n° 06-19751)

Les circonstances de fait à l'origine de ce litige fiscal ne soulèvent aucune difficulté. Une société a acquis plusieurs immeubles situés à Cannes sous le régime de l'article 1115 du Code général des impôts applicable aux marchands de biens, par actes dressés par un notaire de Vallauris, du Cannet et de Paris. Ces acquisitions, publiées à la Conservation des hypothèques de Grasse, ont été soumises à la formalité fusionnée à l'occasion de laquelle a été perçue la taxe de publicité foncière de 0,60 % (Code général des impôts, article 1020. Le taux de 0,60 % de la taxe de publicité foncière a été porté à 0,70 % pour les actes passés à compter du 1^{er} janvier 2006 – L. fin. rect. 2004, n° 2004-1485, 30 déc. 2004, article 95, III : *Dr. fisc.* 2005, comm. 218), auquel s'ajoute le prélèvement pour frais d'assiette et de recouvrement, soit une taxation globale de 0,715 %, la perception des droits d'enregistrement étant suspendue conformément aux dispositions de l'article 1115 du Code général des impôts.

La société n'ayant pas tenu l'engagement de vendre dans le délai de quatre ans qu'elle avait souscrit dans l'acte d'acquisition, et dont l'exécution conditionne le bénéfice de l'exonération des droits d'enregistrement, la recette des impôts de Cannes a émis un avis de mise en recouvrement réclamant le paiement des droits d'enregistrement dont la perception avait été suspendue, outre le paiement du droit supplémentaire de 1 % alors prévu en pareil cas par l'article 1840 G ter du Code général des impôts (droit supplémentaire abrogé par ordonnance n° 2004-281, 25 mars 2004, article 10 : *Journal officiel* du 27 mars, p. 5894).

Après rejet de la réclamation contentieuse, le tribunal de grande instance de Nice, puis la cour d'appel d'Aix-en-Provence, ont annulé l'avis de mise en recouvrement contesté au motif que l'Administration ne justifiait pas de la compétence de la recette de Cannes-Est pour procéder au recouvrement des droits d'enregistrement litigieux. La cour d'appel d'Aix-en-Provence considère en effet que le lieu d'imposition en matière de droits d'enregistrement est celui de la résidence du notaire et il n'était nullement prétendu par l'Administration que les notaires qui avaient passé les actes résidaient dans le ressort de la recette des impôts de Cannes-Est.

Dans son arrêt du 11 mars 2008, la chambre commerciale a cassé l'arrêt de la cour d'appel pour les motifs suivants : il résulte des dispositions combinées des articles 647 et 657 du Code général des impôts, ainsi que de l'article R. 256-8 du Livre des procédures fiscales (LPF), que les formalités de l'enregistrement et de la publicité foncière sont fusionnées pour les actes publiés au fichier immobilier et que la formalité fusionnée a lieu au bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble. En cas de formalité fusionnée, le comptable public compétent pour établir un avis de mise en recouvrement est celui du lieu de situation de l'immeuble. Dès lors que la formalité fusionnée de l'enregistrement et de la publicité foncière a eu lieu au bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble, à savoir Cannes, c'était bien le comptable public de Cannes-Est, lieu de situation du bien, qui était compétent pour établir l'avis de mise en recouvrement exigeant le paiement des droits d'enregistrement qui avait été suspendu par application du régime des marchands de biens prévu par l'article 1115 du Code général des impôts.

La solution adoptée par la chambre commerciale n'est pas inédite. Elle repose sur la distinction de la formalité fusionnée et celle de l'enregistrement qui commande la compétence territoriale de l'agent, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence de la chambre commerciale dégagée à propos des redressements, et que la présente décision applique aux comptables publics. Cette distinction procède de la réforme des formalités intervenue en 1969 et qui a conduit à l'absorption des droits d'enregistrement par la formalité fusionnée lorsque les actes sont publiés au fichier immobilier. La question de droit qui était posé par le pourvoi concernait la définition du comptable public territorialement compétent pour établir un avis de mise en recouvrement faisant suite à un redressement portant sur des droits de mutation à titre onéreux dus par un marchand de biens qui n'a pas revendu les immeubles dans le délai imparti. Est-ce le comptable public du lieu d'imposition qui est compétent en matière de droits d'enregistrement, c'est-à-dire le comptable de la résidence du notaire ? Ou bien est-ce le comptable de la situation des immeubles dont la mutation a été soumise à la formalité fusionnée ?

L'article R. 256-8 du LPF dispose que « *le comptable public compétent pour établir l'avis de mise en recouvrement est celui du lieu de déclaration ou d'imposition du redevable* ».

L'identification de l'imposition en litige réclamée à la société marchand de biens conduit à des réponses différentes relativement à la détermination de ce lieu d'imposition du redevable. Si l'on considère que sont en cause les droits d'enregistrement dont l'application avait été suspendue lorsque la société a placé l'acquisition de l'immeuble sous le régime de l'article 1115 du Code général des impôts, interprétation retenue par la cour d'appel, la recette des impôts compétente pour réclamer le paiement des droits d'enregistrement est celle de la résidence du notaire, auteur de l'acte (article 650, 1 du Code général des impôts ; Com., 18 mai 1993, pourvoi n° 91-10674, Bull. 1993, IV, n° 194 ; Com., 24 mars 1992, pourvoi n° 90-16812).

Mais en réalité, ces acquisitions immobilières sont considérées comme formant une seule mutation et doivent être soumises à la formalité fusionnée de l'enregistrement et de la publicité foncière, au bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble. L'acte est publié au fichier immobilier (Code général des impôts, article 657).

Concernant la compétence territoriale des agents effectuant le redressement visant le marchand de biens, la jurisprudence juge que si l'acte est soumis à la formalité fusionnée de l'enregistrement et de la publicité foncière, le lieu d'imposition de la vente de biens immobiliers n'est pas l'adresse professionnelle du notaire rédacteur de l'acte, mais le bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble (Com., 13 janv. 1998, pourvoi n° 95-21 478; Com., 16 juin 1998, pourvoi n° 96-18 059; Com., 14 janv. 2003, pourvoi n° 00-22 646).

La Cour de cassation étend ces solutions à la compétence territoriale du comptable public pour établir l'avis de mise en recouvrement qui résulte de la déchéance de la non-revente dans le délai légal.

La Cour de cassation considère que la soumission à la formalité fusionnée de la mutation immobilière est inspirée par la réforme intervenue en ce domaine par la loi fiscale du 26 décembre 1969 qui a absorbé les droits d'enregistrement en fusionnant les formalités de l'enregistrement et de la publicité foncière, auparavant distinctes, et en confiant à la conservation des hypothèques la perception des droits fusionnés. De cette fusion, codifiée à l'article 647 du Code général des impôts, il résulte que les actes qui donnent lieu à la formalité unique sont soumis à la taxe de publicité foncière (nouvelle) et cessent d'être assujettis aux droits d'enregistrement, comme le prévoit expressément l'article 664 du Code général des impôts. De la sorte, les formalités sont fusionnées. Les droits eux aussi fusionnés afférents à l'opération sont perçus par la conservation des hypothèques.

C'est donc le critère de la compétence territoriale des agents fondé sur le siège du bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble, lorsque sont notifiés des redressements consécutifs à la déchéance du régime de l'article 1115 du Code général des impôts qui est retenu. Il est évident qu'en cas de formalité fusionnée, les droits d'enregistrement en tant que tels ont disparu. Ils ne doivent même pas être mentionnés littéralement, dans les avis de mise en recouvrement émis en conséquence de la déchéance encourue par le marchand de biens à l'expiration du délai de revente. Même en cas de dissociation de la perception de la taxe de publicité foncière au taux de 0,60 % (0,70 % aujourd'hui) à l'occasion de l'acquisition, puis des droits d'enregistrement en cas de non-respect de l'engagement de vendre dans le délai de quatre ans imparti, la chambre commerciale juge donc que l'exigibilité des seuls droits d'enregistrement ne constitue pas une opération isolée et dont la perception avait été suspendue. Elle se rattache nécessairement à la formalité fusionnée initiale dont la perception complémentaire constitue le dénouement. Le lieu de la formalité fusionnée demeure le bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble, comme le prévoit l'article 657 du Code général des impôts, que l'on se place à la date de l'enregistrement de l'acte soumis à cette formalité ou à celle de la constatation du défaut d'exécution de l'engagement, en application de l'article 1840 G ter du Code général des impôts.

Enfin, concernant l'irrégularité d'un avis de mise en recouvrement comportant des inexactitudes et des confusions relativement aux impôts dont le paiement est réclamé, la chambre commerciale, dans un arrêt du 11 mars 2007 relative aux conditions de la régularité d'un avis de mise en recouvrement tirant les conséquences du non-respect de l'engagement de vendre dans le délai imparti souscrit par un marchand de biens, la chambre commerciale juge que « *la mention, au lieu et place de la taxe de publicité foncière, de droits d'enregistrement*

et d'un droit départemental d'enregistrement, tant dans la notification de redressement que dans l'avis de mise en recouvrement, est erronée et source de confusion, alors même que des règles différentes s'appliquent à ces impositions, justifiant l'annulation des décisions précitées » (Com., 11 mars 2007, pourvoi n° 06-19 751). Cette jurisprudence rejoint la jurisprudence administrative qui juge irrégulier un avis de mise en recouvrement qui ne contient pas l'indication exacte de la nature des impositions réclamées (CAA Bordeaux, 24 juillet 2001, n° 98BX00281, SA Malardeau réalisations).

E – Protection des consommateurs

Protection des consommateurs – Clauses abusives – Domaine d'application – Contrat d'assurance de groupe – Portée

Première chambre civile, 22 mai 2008 (Bull. n° 145, pourvoi n° 05-21 822)

L'article L. 132-1 du Code de la consommation dispose, en son alinéa 1^{er}, que « *dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

Des juges du fond ayant décidé qu'échappait à ce texte la clause figurant dans un contrat d'assurance de groupe dès lors que celui-ci avait été conclu entre un assureur et un banquier, un adhérent à ce contrat leur en faisait reproche en prétendant qu'un contrat d'adhésion est un contrat de droit commun auquel est applicable la réglementation des clauses abusives.

Si, jusqu'alors, la Cour de cassation n'avait pas pris explicitement position sur cette question, elle avait déjà fourni des éléments de réponse à celle-ci.

Puisque, par hypothèse, l'adhérent à un contrat d'assurance de groupe ne peut être partie à la conclusion de ce contrat, il faut donc, pour qu'il soit en mesure de se prévaloir de la disposition précitée, que naisse un lien contractuel entre l'assureur et lui-même, devenu assuré.

Et, sans pour autant répondre à la question de l'applicabilité de la réglementation des clauses abusives, qui ne lui était pas posée, la première chambre civile l'avait admis dans un arrêt du 7 juin 1989 (prem. ch. civ., 7 juin 1989, Bull. 1989, I, n° 233) qui pose en principe que « *l'adhésion au contrat d'assurance de groupe, bien que conséquence d'une stipulation pour autrui, n'en crée pas moins un lien contractuel direct entre l'adhérent et l'assureur* ». En effet, ce sont les risques auquel est exposé l'adhérent que l'assurance de groupe a pour objet de couvrir. Et c'est sur celui-ci que pèse la charge de la cotisation destinée à garantir ces risques. Ainsi, par l'effet de son adhésion, l'intéressé devient partie au contrat d'assurance, en sorte qu'il bénéficie du droit à la couverture des risques et est tenu de l'obligation de payer la cotisation d'assurance.

Dès lors, en cas de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, au détriment de l'adhérent, ne faut-il pas reconnaître à ce dernier la faculté d'agir en éradication de la clause qui crée ce déséquilibre ?

L'arrêt commenté répond par l'affirmative à cette question, qui pose en principe que « *l'adhésion au contrat d'assurance de groupe, bien que conséquence d'une stipulation pour autrui, n'en crée pas moins, entre l'adhérent et l'assureur, qui l'a agréé, un lien contractuel direct, de nature synallagmatique, dont les stipulations relèvent, comme telles, des dispositions* » de l'article L. 132-1 du Code de la consommation.

**Protection des consommateurs – Démarchage et vente à domicile –
Domaine d'application – Vente d'un immeuble en viager – Portée**

Première chambre civile, 3 juillet 2008 (Bull. n° 189, pourvoi n° 06-21 877)

À la suite d'une annonce parue dans un journal, un particulier avait demandé à une société Cédric Vie de se rendre à son domicile afin de procéder à l'estimation gratuite de son appartement. Lors de la première visite, la société avait fait une proposition d'achat du bien pour elle-même. Le projet d'acquisition avait donné lieu, quelques jours plus tard, lors d'une seconde visite, à la signature d'une promesse de vente, sur laquelle le particulier était revenu le lendemain même de la signature. Sur appel du particulier, la cour d'appel de Paris, infirmant le jugement déféré qui avait déclaré la vente parfaite, avait déclaré nulle la promesse de vente, au motif qu'elle était soumise aux formalités de l'article L. 121-23 du Code de la consommation et qu'elle aurait dû en conséquence comporter le formulaire permettant l'exercice par le vendeur de sa faculté de renonciation.

La question essentielle posée à la Cour de cassation était de savoir si les dispositions sur le démarchage à domicile s'appliquent ou non à une vente d'immeuble intervenue directement entre le vendeur et l'acquéreur au domicile du vendeur. Le pourvoi soutenait, d'abord, que les règles du démarchage à domicile ne pouvaient s'appliquer à la vente d'immeuble et que, en tout état de cause, les circonstances montraient que l'on ne se trouvait pas en présence d'un démarchage à domicile.

Prétendant que les dispositions des articles L. 121-21 à L. 121-33 du Code de la consommation relatives au démarchage à domicile ne s'appliquent pas à une opération portant sur un bien immobilier, la société affirmait que, si l'article L. 121-21, dans sa rédaction initiale, issue de la loi n° 72-1277 du 22 décembre 1972, ne visait que les « *marchandises ou objets quelconques* » – ce qui avait conduit la Cour de cassation à déclarer ce texte inapplicable aux opérations de vente et de construction d'immeubles (prem. ch. civ., 24 mai 1989, Bull. 1989, I, n° 215) – et si la réforme intervenue par la loi n° 89-421 du 23 juin 1989 avait élargi le champ d'application du texte en substituant le mot « *biens* » à l'expression « *marchandises ou objets quelconques* », cette extension n'allait pas jusqu'à englober la vente des biens immobiliers, de sorte que l'article L. 121-21 était inapplicable en l'espèce.

Ajoutant que l'article L. 121-23 du Code de la consommation, en ce qu'il envisage seulement le cas de la personne démarchée à son domicile pour l'achat de biens ou services, était inapplicable à l'espèce puisque la promesse de vente avait été conclue directement entre le vendeur et l'acquéreur au domicile du vendeur, la société soutenait que ce texte n'envisageait que la situation dans laquelle une personne physique, démarchée à son domicile, se voit proposer par le démarcheur l'achat de biens ou de services, sa rédaction excluant ainsi

l'hypothèse où c'est la personne physique qui, à son propre domicile, propose de vendre un bien à un acquéreur qui l'accepte et signe avec elle un contrat de vente, comme en l'espèce.

Pour estimer applicable la réglementation sur le démarchage à domicile en matière de vente d'immeuble, la première chambre civile s'est fondée sur les termes d'une réponse ministérielle qui a précisé que les immeubles étaient inclus dans le champ d'application de la loi (Rép. min., n° 56134, *JOAN Q*, 12 octobre 1992, p. 4732), sur l'opinion émise en doctrine (Calais-Auloy et Steinmetz, *Droit de la consommation*, 7^e éd., collection « Précis Dalloz », 2006, n° 111, p. 123-124) et sur le fait que, dans un arrêt du 28 novembre 2000 (Bull. crim., 2000, n° 355) la chambre criminelle avait déjà fait application de la réglementation du démarchage à la promesse de vente d'un bien immobilier en ces termes : « *Attendu que les juges d'appel énoncent que l'échange des consentements entre les parties, sur la chose et sur le prix, s'est opéré, après la visite de la maison, au domicile de l'acquéreur; qu'ils en déduisent que l'opération de vente immobilière a été conclue à la suite d'un démarchage à domicile, de sorte que le contrat proposé tant par le négociateur que par l'agent immobilier, soumis aux formalités prévues par l'article L. 121-23 du Code de la consommation, aurait dû comporter un formulaire permettant l'exercice, par l'acheteur, de la faculté de rétractation; qu'ils ajoutent que le prévenu a immédiatement obtenu un paiement en contrepartie de la signature de l'acte, en méconnaissance des prescriptions de l'article L. 121-26 du même Code; attendu qu'en se déterminant ainsi, par une appréciation souveraine du moment et du lieu où l'acheteur a accepté l'offre de vente, la cour d'appel a justifié sa décision* ».

L'arrêt rendu par la première chambre civile confirme donc un élargissement de la protection du consommateur, c'est-à-dire de toute personne physique qui conclut un contrat sans rapport avec son activité professionnelle. La loi de 1989 ayant élargi le domaine d'application de celle de 1972, qui ne visait que « *les marchandises ou objets quelconques* », la loi visant désormais les « *biens* », le démarchage immobilier tombe par conséquent sous le coup des articles L. 121-21 et s. du Code de la consommation.

En effet, le vrai danger vient du démarchage, indépendamment de son objet : le recours à cette technique est potentiellement dangereux pour la personne qui en fait l'objet. C'est pour compenser ce risque que doit lui être garantie une faculté de rétractation, peu important que le contrat concerne un bien meuble ou immeuble, la conclusion d'un mandat de vente d'immeuble ou la vente de l'immeuble. Cette dernière distinction que soutenait le pourvoi aurait abouti, s'il avait été suivi sur ce point, à des garanties qui, en cas de signature d'une vente ou d'une promesse de vente, auraient été moindres par rapport à celles qui auraient accompagné la signature d'un simple mandat de vente : paradoxalement l'acte le moins dangereux des deux aurait seul bénéficié des garanties liées à la réglementation du démarchage à domicile.

F – Droit de la concurrence

Concurrence – Conseil de la concurrence – Décisions – Procédure d’engagements – Évaluation préliminaire et association du Conseil à la négociation des engagements – Qualification pénale au regard de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme – Détermination

Chambre commerciale, 4 novembre 2008 (pourvoi n° 07-21 275, en cours de publication)

La procédure dite d’engagements, née d’une pratique de la Commission européenne, a été formalisée en matière de pratiques anticoncurrentielles par le règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

Les articles 9 et 27-4 de ce règlement autorisent, en effet, la Commission à rendre obligatoires des engagements pris par les entreprises pour répondre aux préoccupations de concurrence dont les a informée la Commission dans son évaluation préliminaire. Le tribunal (TPICE, 11 juillet 2007, *Arosa*, aff. T-170/06) a été amené à préciser que la décision de la Commission qui, en rendant obligatoires ces engagements met fin à la procédure de constatation et de sanction d’une infraction aux règles de concurrence, doit respecter le principe de proportionnalité et à exercer un contrôle de la proportionnalité des engagements acceptés aux préoccupations exprimées.

Le règlement 1/2003 prévoyant par ailleurs, en son article 5, que les autorités de concurrence des États membres peuvent, par décision, « accepter des engagements », l’ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit communautaire de la concurrence a ajouté à l’article L. 464-2 dudit code la disposition selon laquelle le Conseil de la concurrence « peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles ». L’avant-projet d’ordonnance portant création de l’Autorité de la concurrence prévoit de remplacer dans ce texte les mots « aux pratiques anticoncurrentielles » par les mots « à ses préoccupations de concurrence ».

Le décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005 a organisé la procédure d’acceptation des engagements : article R. 464-2 du Code de commerce.

Afin de « synthétiser » sa pratique décisionnelle, le Conseil de la concurrence (le Conseil) a, le 3 avril 2008, publié sur son site un « communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence ».

Dans l’affaire soumise à la Cour, le Conseil a été saisi par la société Canal 9, exploitante d’une radio locale, se plaignant du fait qu’elle n’avait pu adhérer à un groupement d’intérêt économique (le GIE) créé par plusieurs radios locales et régionales. Le rapporteur du Conseil a, après enquête administrative, identifié des préoccupations de concurrence résultant du fait que les conditions d’adhésion au GIE, telles que prévues par son règlement intérieur, pourraient avoir pour objet ou pour effet d’empêcher l’accès de certaines radios locales au marché de la publicité nationale dans des conditions pouvant être qualifiées de discriminatoires.

À la suite de propositions du groupement portant sur des modifications des documents définissant les conditions permettant à une radio d'être intégrée, le Conseil a, par décision du 6 octobre 2006, accepté les engagements présentés par le GIE, leur a donné force exécutoire et a mis fin à la procédure.

Après rejet par la cour d'appel de Paris, seule compétente, de son recours en annulation ou réformation de la décision du Conseil, la société Canal 9 a saisi la Cour d'un pourvoi soumettant, pour la première fois, certains aspects de la procédure d'engagements au contrôle de la chambre commerciale et posant essentiellement deux questions.

Dans un premier moyen, le pourvoi, reprenant l'argumentation écartée par la cour d'appel, soutenait que la procédure d'engagements relevait de la matière pénale au sens de l'article 6 CEDH imposant une séparation des fonctions d'instruction et de jugement et invoquait une violation de ce texte pour contester la pratique du Conseil consistant à associer le collègue appelé à accepter ou non les engagements proposés par une entreprise à la discussion sur les engagements ayant lieu en amont entre le rapporteur qui établit l'évaluation préliminaire et l'entreprise à laquelle cette évaluation est adressée.

La Cour approuve sur ce point l'arrêt attaqué qui, écartant l'analyse du demandeur selon laquelle l'évaluation préliminaire à laquelle procède le rapporteur en application de l'article R. 464-2 du Code de commerce serait un acte analogue à la notification des griefs qui, dans les procédures tendant au prononcé de sanctions, s'assimile à un acte d'accusation, retient que cette évaluation étant un document identifiant des préoccupations de concurrence susceptibles de constituer une pratique anticoncurrentielle afin qu'il y soit, le cas échéant, remédié, ne constitue pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et que le fait pour le Conseil de prendre part aux discussions sur les engagements, tenant au caractère négocié de cette phase de la procédure, ne caractérise pas une immixtion du Conseil dans l'instruction de l'affaire.

La seconde question posée par le pourvoi portait sur l'accès au dossier par les parties à la procédure d'engagements.

L'arrêt attaqué avait rejeté la demande de la société Canal 9 tendant à l'annulation de la décision du Conseil en raison d'une violation du principe de la contradiction résultant du fait qu'elle n'avait eu accès devant ce dernier ni au rapport d'enquête administratif établi à la demande du rapporteur préalablement à l'évaluation préliminaire, ni à l'avis demandé au Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Après avoir dit la procédure d'engagements soumise aux dispositions de l'article L. 463-1 du Code de commerce aux termes duquel « *l'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence sont pleinement contradictoires, sous réserve des dispositions prévues à l'article L. 463-4* », relatives au secret des affaires, la Cour prononce une cassation pour défaut de base légale en reprochant à la cour d'appel, saisie d'une demande en annulation de décision du Conseil pour violation de la contradiction, de ne pas avoir recherché, au besoin en ordonnant la communication par le Conseil des deux documents litigieux, si le défaut de communication de ces pièces avait porté atteinte aux intérêts de la partie saisissante.

Concurrence – Transparence et pratiques restrictives – Sanctions des pratiques restrictives – Action du ministre de l'Économie – Action autonome – Conditions – Consentement ou présence des fournisseurs (non) Chambre commerciale, 8 juillet 2008 (Bull. n° 143, pourvoi n° 07-16 761)

La chambre commerciale a été conduite à se prononcer sur la nature de l'action du ministre chargé de l'Économie lorsqu'il agit sur le fondement de l'article L. 442-6, III, du Code commerce.

En 1986, le législateur, ayant procédé à la dépénalisation des pratiques discriminatoires, du refus de vente et des ventes subordonnées, a souhaité que ce mouvement ne laisse les victimes désarmées par la difficulté de rapporter la preuve des pratiques dénoncées et la crainte de rétorsion. Dans l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 il a donc été prévu une procédure permettant au parquet, au ministre chargé de l'Économie et au président du Conseil de la concurrence de demander la cessation des agissements litigieux et le paiement d'une amende civile.

S'est rapidement posée la question de savoir si le ministre pouvait, sur le fondement de l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, demander l'annulation des engagements souscrits.

La Cour de cassation (Com., 5 décembre 2000, pourvoi n° 98-17 705) a précisé que l'action introduite au titre de l'article 36 de l'ordonnance de 1986 par le ministre « *est une action en réparation et non en annulation ne lui donnant pas le pouvoir de saisir directement une juridiction de l'ordre judiciaire pour demander la nullité d'une convention à laquelle il n'est pas partie, [...] le pouvoir d'agir du ministre dans l'exercice de sa mission de gardien de l'ordre public économique ne peut tendre qu'au rétablissement dudit ordre public économique par la seule cessation des pratiques illicites et ne lui donne pas la faculté de se substituer aux victimes des pratiques discriminatoires pour évaluer, à leur place, le préjudice causé par les agissements restrictifs de concurrence et en solliciter la réparation, [...] les dispositions légales applicables ne lui donnent pas davantage le pouvoir de solliciter la restitution des prix et valeurs des biens en cause, au lieu et place des victimes* ».

Afin de donner plus d'efficacité à l'action du ministre devant les tribunaux, la loi NRE du 15 mai 2001 a modifié l'article 36 de l'ordonnance de 1986 devenu l'article L. 442-6, III, du Code commerce. Aux termes de ces dispositions :

« L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'Économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.

Lors de cette action, le ministre chargé de l'Économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. La réparation des préjudices subis peut également être demandée [...].»

La question de savoir si l'action en nullité peut être mise en œuvre par le ministre sans que les fournisseurs cocontractants du distributeur soient informés de l'action et soient associés à celle-ci donné lieu à des interprétations divergentes des juges du fond et à des controverses doctrinales (A. Penneau, « La sanction civile de contrats commerciaux déloyaux par l'effet de l'action de substitution d'une autorité publique », *D.* 2003, chron., p. 1278 et s.; M. Malaurie-Vignal, « L'action du ministre de l'Économie, fondée sur l'article L. 442-6, III, du Code de commerce n'est pas autonome », *CCC*, n° 8, août 2007, n° 206; J. Raynard, « Le ministre, le juge et le contrat – Réflexions circonspectes à propos de l'article L. 442-6, III, du Code de commerce », *JCP (E)*, n° 27, 5 juillet 2007, p. 1864 et s.).

Certaines cours d'appel ont considéré que l'action du ministre était une action de substitution en faveur des parties lésées, d'autres que l'action du ministre était une action autonome s'inscrivant dans le cadre de sa mission de gardien de l'ordre public économique.

Dans la présente affaire une cour d'appel avait déclaré irrecevable l'action en nullité et en restitution que le ministre avait formulé à l'encontre d'un distributeur qui avait passé avec certains de ses fournisseurs des conventions dont il était soutenu qu'elles étaient contraires aux dispositions de l'article L. 442-6, I, 2 a) et II a du Code de commerce aux motifs que le ministre avait introduit l'action de substitution sans en informer les fournisseurs titulaires des droits et qu'il avait poursuivi la procédure sans les y associer, alors qu'un certain nombre d'entre eux avaient exprimé leur volonté contraire.

La Cour a considéré que l'action du ministre exercée en application des dispositions de l'article L. 442-6, III, du Code de commerce, lorsqu'elle tend à la cessation des pratiques mentionnées dans ce texte, à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et au prononcé d'une amende civile, est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs.

La Cour n'était pas invitée à se prononcer sur la nature de l'action du ministre lorsqu'elle tend à demander, sur le fondement de l'article L. 442-6, III, du Code commerce, la réparation du préjudice subi.

Concurrence, transparence et pratiques restrictives rupture brutale des relations commerciales établies

Chambre commerciale, 16 décembre 2008 (pourvoi n° 07-15589, en cours de publication)

Aux termes de l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait, par tout commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée en référence aux usages du commerce [...]* ».

Ce texte qui résulte de l'article 36-5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, avait été conçu, à l'origine pour lutter contre les déréférencements abusifs, pratiqués par certains distributeurs.

La notion de « relation commerciale établie » est une notion non définie qui, comme le note la doctrine, est une notion économique et non juridique. Ainsi la cour a appliqué les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° dans le cadre de relations commerciales caractérisée par une succession de contrats (Com., 6 juin 2001, Bull. 2001, IV, n° 112).

Afin de combiner le respect de la liberté contractuelle et les prescriptions de cet article, la doctrine et la jurisprudence limitent le domaine d'application de l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce aux cas où la relation commerciale entre les parties revêtait avant la rupture un caractère suivi, stable et habituel et où la partie victime de l'interruption pouvait raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaire avec son partenaire commercial. Cette anticipation raisonnable peut être démontrée en s'appuyant sur l'existence d'un contrat dont l'échéance est postérieure à la date de la rupture ou sur une pratique passée dont la partie victime de la rupture pouvait inférer que sa relation commerciale s'instaurait dans la durée.

À l'inverse la pratique passée peut établir que la partie victime de l'interruption ne pouvait pas raisonnablement anticiper une continuité de la relation commerciale pour l'avenir. Ainsi, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi formé contre une décision ayant exclu l'existence d'une relation commerciale établie qui retenait que les cinq commandes passées par une société à une autre sur une période de six mois et de longs pourparlers entre les deux sociétés, n'établissaient que la preuve de relations commerciales « ponctuelles et non suivies » (Com., 25 avril 2006, pourvoi n° 02-19577).

Dans cette affaire, la cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait déduit l'absence d'une relation commerciale établie entre un donneur d'ordre et un sous traitant d'un faisceau de circonstances : le fait que la demande du donneur d'ordre dépendait des contrats qu'elle obtenait dans un pays étranger, qu'il n'y avait pas de contrat cadre entre le donneur d'ordre et le sous traitant, que le donneur d'ordre n'avait consenti ni exclusivité ni garantie de chiffre d'affaires et le fait qu'ayant dans le passé eu recours à un appel à la concurrence pour certains des travaux, le donneur d'ordre les avait confié à un concurrent de sous traitant plus compétitif que ce dernier.

G – Transports

Transport maritime – Connaissance – Clause attributive de juridictions – Opposabilité aux tiers

Chambre commerciale, 16 décembre 2008 (pourvoi n° 08-10460, en cours de publication)

Première chambre civile, 16 décembre 2008 (pourvoi n° 07-18834, en cours de publication)

Les deux arrêts prononcés simultanément, le 16 décembre 2008, l'un par la Première chambre civile et l'autre par la chambre commerciale de la Cour de cassation, consacrent une évolution et une convergence de la position de ces deux formations sur la délicate question de l'opposabilité au tiers des clauses attributives de juridiction contenues dans des connaissances maritimes.

On sait que les connaissements maritimes négociables représentent la marchandise et, comme tels, circulent au gré des opérations commerciales dont la cargaison fait l'objet. En cas de litige dû à une avarie, il est fréquent que le transporteur oppose à celui qui l'assigne la compétence territoriale des juridictions désignées par la clause de for contenue dans le connaissement, bien que le détenteur de ce titre, demandeur à l'action, n'ait pas donné son accord à cette stipulation. Cette situation, qui oppose notamment les intérêts des opérateurs du commerce international et ceux des acheteurs des marchandises transportées, donnait lieu à des jurisprudences divergentes de la première chambre et de la chambre commerciale de la Cour de cassation. La première chambre considérait que l'insertion d'une clause de juridiction étrangère dans un contrat international faisait partie de l'économie de celui-ci, de sorte qu'elle s'imposait à l'assureur subrogé dans les droits du destinataire (prem. ch. civ., 12 juillet 2001, Bull. 2001, I, n° 224). La chambre commerciale, dans une approche fondée sur le consensualisme et l'effet relatif des contrats, estimait que la clause attributive de juridiction n'était pas opposable aux assureurs subrogés dans les droits du destinataire, porteur du connaissement, faute d'avoir été acceptée au plus tard lors de la livraison (Com., 4 mars 2003, Bull. 2003, IV, n° 33).

Or, pour les litiges soumis au droit de l'Union européenne (convention de Bruxelles ou de Lugano et maintenant règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit « Bruxelles 1 »), la Cour de justice des Communautés européennes a donné l'orientation à suivre, dans les termes suivants : « *Une clause attributive de juridiction, qui a été convenue entre un transporteur et un chargeur et qui a été insérée dans un connaissement, produit ses effets à l'égard du tiers porteur du connaissement pour autant que, en acquérant ce dernier, il ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable. Si tel n'est pas le cas, il convient de vérifier son consentement à ladite clause au regard des exigences de l'article 17, premier alinéa, de ladite convention, modifiée* ». (CJCE, 9 novembre 2000, aff. C-387/98, *Coreck*).

C'est cette ligne que les deux arrêts qui viennent d'être rendus adoptent de façon très claire. En effet, la première chambre et la chambre commerciale cassent les arrêts qui leur étaient soumis en adoptant exactement la même énonciation de principe : « *Attendu qu'une clause attributive de juridiction convenue entre un transporteur et un chargeur et insérée dans un connaissement, produit ses effets à l'égard du tiers porteur du connaissement pour autant que, en l'acquérant, il ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable ; que dans le cas contraire, il convient de vérifier son consentement à la clause, au regard des exigences de l'article 17 de la convention susvisée* ».

La chambre commerciale est amenée à poser une règle complémentaire. Le connaissement litigieux comportait, en plus de la clause de for, une clause soumettant au droit allemand les litiges à naître. La cour d'appel avait écarté cette stipulation au motif, là encore, que la partie au litige à laquelle elle était opposée ne l'avait pas acceptée. L'arrêt est donc également cassé pour ne pas avoir déterminé la loi applicable conformément à l'article 3 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui dispose que « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties* ».

Transports terrestres – Marchandises – Contrat de transport – Qualité de destinataire – Détermination

Chambre commerciale, 22 janvier 2008 (Bull n° 13, pourvoi n° 06-11 083)

Chambre commerciale, 22 janvier 2008 (Bull n° 14, pourvoi n° 06-15 957)

Chambre commerciale, 22 janvier 2008 (Bull n° 15, pourvoi n° 06-18 308)

Chambre commerciale, 22 janvier 2008 (Bull n° 16, pourvoi n° 06-19 423)

Chambre commerciale, 15 avril 2008 (Bull n° 91, pourvoi n° 07-11 398)

Ces cinq arrêts précisent les critères permettant de déterminer, dans une opération de transport, l'opérateur qui revêt la qualité de « destinataire » au sens de l'article L. 132-8 du Code de commerce et, par application de ce texte, se trouve garant du paiement du fret au voiturier.

Les décisions des juges du fond étaient partagées sur ce point, certaines désignant comme destinataire celui qui figure sur la lettre de voiture et reçoit la marchandise, tandis que d'autres recherchaient le destinataire « réel » ou « final » de l'envoi.

Dans des circonstances de fait variées, il est désormais énoncé que celui qui, figurant sur la lettre de voiture en tant que destinataire, reçoit la marchandise et l'accepte sans indiquer agir pour le compte d'un mandant est garant du prix du transport envers le voiturier. Le destinataire est désigné par ces deux critères, même s'il est un simple dépositaire de la marchandise (pourvoi n° 06-19423) ou s'il est lui-même transporteur et a pour mission de la remettre à un nouveau destinataire (pourvoi n° 06-15957).

Lorsque manque le premier de ces critères, en l'absence de lettre de voiture, il convient de rechercher celui qui a reçu la marchandise et l'a acceptée sans indiquer agir pour le compte d'un mandant (pourvoi n° 06-11 083).

Par un arrêt ultérieur (pourvoi n° 07-11 398), la chambre commerciale a précisé qu'en cas de divergence entre la personne mentionnée sur la lettre de voiture et celle qui a reçu et accepté en son nom la livraison, ce dernier critère suffit à désigner le destinataire.

À l'inverse, une société qui en charge une autre de fabriquer puis de stocker et d'expédier des produits pour les remettre à des entrepreneurs travaillant sur des chantiers, ne figurant pas sur les lettres de voiture et n'ayant pas reçu la marchandise ne revêt pas la qualité de destinataire (pourvoi n° 06-18308). Cette même société n'étant pas partie au contrat de transport, elle ne peut pas non plus être qualifiée d'« expéditeur » au sens de l'article L. 132-8 du Code de commerce.

Enfin, conformément à ce qui a été jugé dans un arrêt du 13 novembre 2007 (pourvoi n° 06-18978), il est énoncé que celui qui est subrogé dans les droits du voiturier pour l'avoir payé de son fret n'acquiert pas, du fait de cette subrogation, la garantie de paiement instituée par l'article L. 132-8 du Code de commerce, réservée exclusivement au transporteur (pourvoi n° 06-19423).

H – Droit maritime

Droit maritime – Abordage – Domaine d’application – Indemnités dues à raison des dommages causés au cours d’une régata aux navires, aux choses ou aux personnes se trouvant à bord

Chambre commerciale, 18 mars 2008 (Bull n° 63, pourvoi n° 06-20558)

L’abordage, couramment défini comme la collision entre deux navires, est soumis à un régime particulier, issu de la convention de Bruxelles du 23 septembre 1910 et transposé en droit interne par la loi du 7 juillet 1967. Mais ce régime particulier s’applique-t-il aux navires de plaisance participant à une régata ? Cette question a été posée à la Cour de cassation par un équipier qui, blessé au cours d’une compétition, agissait en indemnisation contre le barreur du bateau sur lequel il avait embarqué en invoquant le droit commun de la responsabilité et auquel était opposée la prescription de deux ans instituée par l’article 7 de la loi du 7 juillet 1967. Une doctrine autorisée faisait valoir, d’une part, que le régime institué par ce texte est conçu pour un monde particulier, dont ne font pas partie les plaisanciers et, d’autre part, que la participation à une régata impliquerait l’adhésion au règlement de course, qui se substituerait ainsi à la loi du 7 juillet 1967. Pour la solution inverse, il était notamment souligné que la loi du 7 juillet 1967 ne prévoit aucune exception pour la navigation de plaisance et que, en droit du sport, la jurisprudence n’applique pas les règles de la responsabilité contractuelle entre joueurs, même s’ils acceptent au préalable les règles du jeu qu’ils pratiquent ensemble. Par son arrêt du 18 mars 2008, la chambre commerciale a jugé qu’en cas d’abordage, il convenait d’appliquer la loi du 7 juillet 1967 aux bateaux, « *sans qu’il y ait lieu de distinguer le cas où ceux-ci participaient à une régata* ».

I – Divers

Preuve – Règles générales – Preuve littérale – Acte sous seing privé – Reconnaissance de dette – Mentions de l’article 1326 du Code civil – Forme – Modalités – Détermination

Première chambre civile, 13 mars 2008 (Bull. n° 73, pourvoi n° 06-17534)

Par cet arrêt, la première chambre civile a, pour la première fois, fait application de la nouvelle rédaction donnée à l’article 1326 du Code civil par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 relative à « l’adaptation du droit de la preuve aux technologies de l’information et signature électronique », qui a remplacé la formule « *écrite de sa main* » par « *écrite par lui-même* », à propos d’un acte sous seing privé entièrement dactylographié comprenant une signature manuscrite.

Après avoir énoncé qu’il résulte de l’article 1326 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 13 mars 2000, que si la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres, écrite par la partie même qui s’engage, n’est plus nécessairement manuscrite, elle doit alors résulter, selon la nature du support, d’un des procédés d’identification conforme aux règles qui gouvernent la signature électronique ou de tout autre procédé permettant de s’assurer que le signataire est le scripteur de ladite mention, la première chambre

a cassé, pour violation de cet article, une cour d'appel qui avait jugé qu'un acte sous seing privé entièrement dactylographié, sur lequel seule la signature est de la main du débiteur, ne constituait qu'un commencement de preuve par écrit.

Agent immobilier – Loi du 2 janvier 1970 – Caractère d'ordre public

Première chambre civile, 31 janvier 2008 (Bull. n° 30, pourvoi n° 05-15774)

Première chambre civile, 5 juin 2008 (Bull. n° 163, pourvoi n° 04-16368)

Par ces deux arrêts, la première chambre civile vient affirmer qu'il ne peut être fait application de la théorie du mandat apparent pour faire échec aux règles impératives posées par les articles 1^{er} et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et les dispositions du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 précisant la teneur du mandat écrit que doivent détenir les personnes physiques ou morales qui, d'une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours aux opérations portant sur les biens d'autrui.

On sait que, par arrêt de l'assemblée plénière du 13 décembre 1962, la Cour de cassation avait admis que le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers en l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs. Les effets du mandat apparent ont ensuite été admis par de nombreuses décisions en cas de dépassement par un mandataire de ses pouvoirs, mais aussi en l'absence de tout mandat. L'apparence a servi de la sorte à protéger les intérêts des tiers qui traitent avec le mandataire prétendu, à la condition que leur croyance en l'existence ou l'étendue de ses pouvoirs soit légitime, la Cour de cassation contrôlant la légitimité de la croyance du cocontractant et par conséquent les circonstances justifiant qu'il n'ait pas vérifié les pouvoirs de celui qui se présentait comme mandataire.

S'il est fait application de cette notion de mandat apparent dans les domaines les plus divers, il en est toutefois qui doivent échapper à son emprise. Il en est ainsi lorsqu'est en cause l'application des règles impératives issues des articles 1^{er} et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et de l'article 72 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972. Tel est l'enseignement de l'arrêt du 31 janvier 2008 par lequel la première chambre civile a cassé la décision d'une cour d'appel qui avait jugé, sur le fondement du mandat apparent, que le propriétaire d'un appartement ayant confié un mandat exclusif dit "de vente" à un agent immobilier était engagé par l'acte sous seing privé de vente signé par ce dernier au nom du mandant, alors que les juges du fond n'avaient pas constaté que le mandat litigieux comportait la mention expresse de l'autorisation requise à cette fin.

Il est rappelé à cet égard que le mandat d'entremise donné à une personne se livrant ou prêtant son concours de manière habituelle à une opération visée à l'article 1^{er} de la loi du 2 janvier 1970 n'autorise pas celle-ci à engager son mandant pour l'opération envisagée à moins qu'une clause de ce mandat ne l'y autorise expressément (prem. ch. civ., 6 mars 1996, Bull., I, n° 114). Donner effet à un mandat apparent en ce domaine reviendrait à écarter les dispositions d'ordre public précitées de la loi du 2 janvier 1970 et du décret du 20 juillet 1972 pour imposer le cas échéant à un propriétaire des actes de disposition portant sur des

immeubles. C'est certes ce qui avait été admis par une décision du 6 janvier 1994 (prem. ch. civ., 6 janvier 1994, Bull., I, n° 1), mais cette possibilité est clairement condamnée par le premier des deux arrêts ici commentés, qui affirment que le mandat apparent ne peut tenir en échec les dispositions impératives des textes ci-dessus mentionnés.

L'arrêt du 5 juin 2008 transpose cette solution à la situation d'un professionnel chargé d'un mandat de gestion immobilière ayant adressé un congé avec offre de vente que les locataires avaient accepté. Ceux-ci avaient assigné le bailleur et son mandataire afin de voir juger que la vente était parfaite et la cour d'appel avait fait droit à cette demande sur le fondement du mandat apparent. Sa décision est cassée, le propriétaire de l'immeuble ne pouvant être engagé par un acte pour l'accomplissement duquel il n'a pas expressément conféré pouvoir à celui qui agissait en son nom.

À cette occasion, la première chambre civile précise, comme elle l'a déjà fait (prem. ch. civ., 20 décembre 2000, Bull., I, n° 339), que la preuve de l'existence et de l'étendue du mandat de gestion immobilière délivré à un professionnel ne peut être rapportée que par écrit. La protection des droits des tiers trompés par des professionnels qui agissent sans être mandatés à cet effet cède devant la garantie des droits de ceux qu'ils prétendent représenter sans satisfaire aux dispositions d'ordre public édictées par les articles 1^{er} et 6 de la loi du 2 janvier 1970 et les articles 64 et 72 du décret du 20 juillet 1972.

Il est à noter que les dernières modifications de ces textes, qui n'étaient pas applicables aux affaires ayant donné lieu aux arrêts des 31 janvier 2008 et 5 juin 2008, et qui résultent, s'agissant de l'article 72 précité, de l'article 46 du décret n° 2005-1315 du 21 octobre 2005, apparaissent sans incidence sur l'incompatibilité ainsi retenue entre les règles impératives considérées et la théorie du mandat apparent.

V – RESPONSABILITÉ CIVILE ET ASSURANCES

A – Droit de la responsabilité

1 – Responsabilité de l'État

Responsabilité de l'État – Fonctionnement défectueux du service public de la justice – Dommage – Victimes – Définition

Première chambre civile, 16 avril 2008 (Bull. n° 113, pourvoi n° 07-16286)

Première chambre civile, 16 avril 2008 (Bull. n° 114, pourvoi n° 07-16504)

Ces deux affaires ont donné l'occasion à la première chambre civile de déterminer les personnes recevables à demander à l'État la réparation du dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice en cas de faute lourde ou de déni de justice.

Dans la première affaire, une personne, mise en examen et placée en détention, s'était suicidée quelques jours après son incarcération. Sa veuve, agissant tant en son nom personnel qu'en qualité d'héritière de son mari, et ses parents ont invoqué une faute lourde constitutive d'un fonctionnement défectueux du service public de la justice et demandé à l'État la réparation de leur préjudice.

La cour d'appel, statuant après cassation, a retenu l'existence d'une faute lourde, a condamné l'État à réparer le préjudice subi par la veuve en sa qualité d'héritière mais déclaré irrecevables les demandes d'indemnisation des préjudices personnels subis par celle-ci et les parents de la personne concernée.

Dans la seconde affaire une cour d'appel a retenu l'existence d'un déni de justice, indemnisé la personne mise en examen puis acquittée plusieurs années après mais a déclaré irrecevable la demande des parents de celle-ci au motif qu'ils n'avaient pas souffert personnellement d'un fonctionnement du service public de la justice.

La question posée par les deux pourvois était la suivante : l'usager du service public de la justice est-il seul recevable à agir contre l'État en réparation du dommage causé par le fonctionnement défectueux de ce service en cas de faute lourde ou de déni de justice ou bien les « victimes par ricochet » le sont-elles également ?

La première chambre civile a jugé que l'action en responsabilité contre l'État était ouverte aux victimes par ricochet considérant ainsi qu'une telle action obéissait aux mêmes règles que celles régissant la responsabilité de droit commun. Elle a ainsi abandonné l'orientation qu'elle avait prise notamment par son arrêt du 30 octobre 2006 (prem. ch. civ., 30 octobre 2006, Bull., I, n° 450) par lequel elle avait dit qu'une personne qui n'avait pas la qualité d'usager du service public de la justice était recevable à agir sur le fondement de l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire.

La première chambre civile a certainement tenu compte du fait qu'il s'agissait d'une responsabilité pour faute, même si la faute doit être lourde, distincte de la responsabilité sans faute de l'État organisée par l'article 149 du Code de procédure pénale que seule la personne détenue peut mettre en jeu.

Elle s'est également attachée à la rédaction même de l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire qui fait référence au dommage causé par le service public de la justice sans préciser que ce dommage doit être direct pour être réparé.

Dans ses conclusions l'avocat général Domingo avait ainsi posé le problème :

« C'est la nécessité d'identifier une victime directe qui conditionne la possibilité pour les victimes indirectes d'obtenir réparation de leurs préjudices personnels dès lors que ceux-ci remplissent les critères habituels et trouvent leur source dans le dommage initial.

« Dans cette perspective et en se situant dans la problématique de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, la circonstance que la victime immédiate doive être – au regard de la responsabilité de l'État – un usager du service public de la justice ne peut en soi faire obstacle à l'admission de la réparation des préjudices par ricochet subi par les victimes de son dommage.

« En effet cette exigence quant à la qualité de la victime immédiate n'a de retentissement que sur l'engagement de la responsabilité de la puissance publique.

« Mais une fois celle-ci mise en œuvre, l'obligation de réparer les conséquences de la faute lourde telle que caractérisée à l'égard de la victime directe (usager du service public) paraît devoir s'étendre à tous ceux qui en subissent le contre-coup au plan matériel ou affectif ».

Dans la seconde affaire, la première chambre civile a également jugé que, lorsqu'un déni de justice est constitué par certains faits, ceux-ci ne peuvent être retenus comme constituant une faute lourde distincte.

2 – Responsabilité contractuelle

Chemin de fer – SNCF – Responsabilité – Responsabilité contractuelle – Exonération – Exclusion – Cas – Faute d'imprudence de la victime quelle qu'en soit la gravité ne présentant pas les caractères de la force majeure
Chambre mixte, 28 novembre 2008, pourvoi n° 06-12 307, en cours de publication

La Cour de cassation confirme, par cet arrêt rendu en chambre mixte, que la faute du voyageur victime n'exonère le transporteur ferroviaire de sa responsabilité que si elle présente les caractères de la force majeure, c'est-à-dire si elle était pour lui tout à la fois imprévisible et irrésistible. Est en conséquence rejeté le pourvoi formé contre un arrêt ayant retenu que le comportement de la victime, qui avait délibérément méconnu les règles de sécurité en se livrant à un jeu dangereux, n'exonérait la SNCF que pour partie, dès lors que ce comportement, qui n'était pas imprévisible, pouvait au surplus être évité.

La solution, en l'espèce retenue à propos de la responsabilité contractuelle de la SNCF et sur le fondement de son obligation de sécurité de résultat, doit être rapprochée :

– d'une part, des arrêts d'assemblée plénière ayant réaffirmé la nécessité du caractère imprévisible et irrésistible de l'événement exonératoire, tant en matière délictuelle qu'en

matière contractuelle (Ass. plén., 14 avril 2006, 2 arrêts, Bull. 2006, n° 5 et n° 6, pourvois n° 04-18902 et n° 02-11 168) ;

– d’autre part, des arrêts par lesquels la première chambre civile a, sur le fondement contractuel, écarté l’effet exonératoire du fait d’un tiers auteur de l’agression d’un voyageur, dès lors que ce fait aurait pu être prévu ou évité (prem. ch. civ., 12 décembre 2000, Bull. 2000, I, n° 323 ; prem. ch. civ., 3 juillet 2002, Bull. 2002, I, n° 183 ; prem. ch. civ., 21 novembre 2006, Bull. 2006, I, n° 511) ; enfin et surtout, des arrêts par lesquels la deuxième chambre civile a, sur le fondement délictuel, jugé que la SNCF ne pouvait se libérer de la responsabilité pesant sur elle en tant que gardien en invoquant la faute de la victime (en situation irrégulière) ayant déplombé et forcé le système de fermeture des portes avant de sauter du train en marche (deux. ch. civ., 13 juillet 2006, Bull. 2006, II, n° 216 ; deux. ch. civ., 21 décembre 2006, pourvoi n° 06-10 172).

L’arrêt, cependant, se borne à répondre à la question posée par le moyen en excluant que la faute d’imprudence délibérée de la victime puisse, en droit interne, constituer une cause d’exonération totale autonome, distincte de la force majeure. Il ne prend donc parti ni sur la question des effets qui pourraient s’attacher à la faute intentionnelle de la victime ayant volontairement recherché le préjudice qu’elle a subi, ni sur celle de la solution à retenir en matière de transport ferroviaire international, sur le fondement de la convention de Berne (V., admettant l’exonération par le fait volontaire de la victime constitutif d’un comportement non conforme à la conduite normale des voyageurs : prem. ch. civ., 13 mars 2008, Bull. 2008, I, n° 77) ; ni, surtout, sur la question de l’exonération partielle, en l’espèce retenue par la cour d’appel et non critiquée par le pourvoi (V., écartant l’exonération partielle par la faute de la victime, prem. ch. civ., 13 mars 2008, Bull. 2008, I, n° 76).

Professions médicales et paramédicales – Médecin – Responsabilité contractuelle – Faute – Obstacle au choix d’une femme enceinte d’interrompre sa grossesse – Lien de causalité – Enfant né handicapé – Préjudice – Droit à réparation – Nature – Détermination – Portée
Première chambre civile, 8 juillet 2008 (Bull. n° 190, pourvoi n° 07-12 159)

On sait qu’à la suite de l’arrêt *Perruche*, rendu le 17 novembre 2000 par l’assemblée plénière de la Cour de cassation (Bull. ass. plén., n° 9), le législateur a adopté un texte, l’article 1^{er} de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, devenu l’article L. 114-5 du Code de l’action sociale et des familles, qu’il a déclaré applicable aux instances en cours à la date de l’entrée en vigueur de la loi et dont il résulte que des parents ne peuvent obtenir la réparation du préjudice de leur enfant né avec un handicap dû à une faute médicale, sauf si l’acte fautif a provoqué directement ce handicap, et qu’ils peuvent demander, à condition de prouver une faute caractérisée, une indemnité au titre de leur seul préjudice, qui ne saurait inclure les charges consécutives au handicap et qui est donc d’ordre moral.

On sait également que, par les décisions *Draon* et *Maurice* rendues le 6 octobre 2005 (req. 1513/03 et 11810/03), la Cour européenne des droits de l’homme a jugé que l’article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002, en ce qu’il a été déclaré applicable aux instances en cours, a violé l’article 1^{er} du protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l’homme, dès lors qu’il a privé les requérants d’une créance d’indemnisation qu’ils pouvaient légitimement attendre.

La Cour de cassation (prem. ch. civ., 24 janvier 2006, Bull. 2006, I, n° 31) et le Conseil d'État (CE, 24 février 2006, *Rec.*, n° 250704) en ont tiré immédiatement les conséquences en écartant l'application de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 aux instances en cours.

Il demeurait toutefois en suspens une question liée à la portée de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg : s'agissait-il seulement d'écarter l'application de l'article 1^{er} aux instances en cours ou, plus largement, d'écarter toute application rétroactive de ce texte ?

Par son arrêt du 8 juillet 2008, la première chambre civile de la Cour de cassation a opté résolument pour l'interprétation large : alors que les parents d'un enfant gravement handicapé avaient assigné un radiologue le 21 janvier 1999 et que celui-ci avait appelé en garantie un gynécologue le 22 novembre 2002, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir écarté l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 à la demande principale, dès lors qu'il existait une instance en cours, mais a cassé l'arrêt attaqué en ce qu'il a déclaré l'article 1^{er} applicable à l'appel en garantie faute d'instance en cours, dès lors qu'il s'agissait « *d'un dommage survenu antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi susvisée, indépendamment de la date de l'introduction de la demande en justice* » ; autrement dit, la loi du 4 mars 2002 ne s'applique qu'aux dommages survenus postérieurement à son entrée en vigueur, c'est-à-dire qu'elle ne concerne que les enfants nés après le 7 mars 2002.

La solution énoncée était déjà en germe dans un arrêt prononcé le 30 octobre 2007 (prem. ch. civ., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-17325) : alors que des parents avaient assigné un médecin en référé-expertise le 8 novembre 2000 et au fond le 13 octobre 2002, la première chambre civile, retenant que « *la révélation du dommage était nécessairement antérieure à l'entrée en vigueur de la loi* », avait cassé un arrêt qui avait appliqué l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002.

En outre, l'arrêt du 8 juillet 2008 est conforme à deux arrêts rendus le 28 novembre 2001 par l'assemblée plénière quant à la notion de préjudice : la première chambre civile a estimé que la faute du radiologue, qui, après avoir réalisé des examens iconographiques n'ayant pas révélé d'anomalies, n'avait pas pratiqué d'échographie morphologique ni conseillé au gynécologue, qu'il avait rassuré, d'en faire et n'avait pas demandé l'avis d'un radiologue plus confirmé, n'avait ainsi pas permis à la mère de l'enfant, laquelle avait manifesté son intention d'effectuer une interruption de grossesse pour motif médical, de faire à cet égard un choix éclairé et que, contrairement à ce qu'avait décidé la cour d'appel, une telle faute n'était pas constituée par une perte de chance, mais était en relation directe avec l'intégrité du préjudice en résultant.

3 – Responsabilité délictuelle

Agent immobilier – Commission – Débiteur – Désignation – Vendeur –
Fraude de l'acquéreur – Portée

Assemblée plénière, 9 mai 2008 (Bull. ass. plén., n° 3, pourvoi n° 07-12449)

L'arrêt de l'assemblée plénière du 9 mai 2008 approuve la condamnation, sur le fondement délictuel, d'acquéreurs ayant fait perdre son droit à commission à un agent immobilier

auquel ils s'étaient présentés sous une fausse identité, avant de traiter directement avec l'acquéreur.

Des acquéreurs qui s'étaient présentés sous une fausse identité à un agent immobilier pour visiter un appartement et qui, à son insu, ont ensuite directement traité avec le vendeur, sont-ils tenus d'indemniser l'agent immobilier du préjudice lié notamment au défaut de paiement de sa commission, stipulée dans le mandat à la charge du vendeur ?

D'abord saisie, la cour d'appel d'Aix-en-Provence avait, sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle, condamné les acquéreurs dont la faute avait privé l'agent immobilier de son droit à commission.

Cette décision avait été cassée par la première chambre civile (prem. ch. civ., 27 avril 2004, Bull. 2004, I, n° 111, page 89), pour avoir retenu que les manœuvres des acquéreurs n'avaient eu pour objet que de leur permettre d'échapper au paiement de la commission, alors qu'en l'espèce, celle-ci n'avait pas été stipulée payable par l'acquéreur.

L'affaire ayant été renvoyée devant la cour d'appel de Nîmes, celle-ci avait de nouveau condamné les acquéreurs, cette fois aux motifs que, par leurs manœuvres frauduleuses consistant en l'emprunt d'une fausse identité, ils avaient fait perdre à l'agent immobilier la commission qu'il aurait été en droit d'exiger du vendeur s'il avait été associé à l'acte de vente.

Devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation, cet arrêt était attaqué, d'une part, pour ne pas avoir constaté, comme l'exige en effet une jurisprudence constante, la connaissance par l'acquéreur, tiers au contrat entre le vendeur et l'agent immobilier, de la clause prévoyant la rémunération de ce dernier, et d'autre part, pour violation tant de l'article 1382 du Code civil que des textes régissant le statut des professionnels de l'entremise (articles 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 dite « loi Hoguet », 72 et 73 du décret du 20 juillet 1972, modifiés respectivement par l'ordonnance n° 2004-634 du 1^{er} juillet 2004 et la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006, et par le décret n° 2005-1315 du 21 octobre 2005), les acquéreurs soutenant que la commission n'étant pas due par eux, l'agent immobilier ne pouvait se prévaloir à leur encontre d'un quelconque préjudice.

La Cour de cassation, dans sa plus haute formation, rejette le pourvoi et répond aux deux moyens en retenant que, « *même s'il n'est pas débiteur de la commission, l'acquéreur dont le comportement fautif a fait perdre celle-ci à l'agent immobilier, par l'entremise duquel il a été mis en rapport avec le vendeur qui l'avait mandaté, doit, sur le fondement délictuel, réparation à cet agent immobilier de son préjudice* », et en énonçant qu'en l'espèce, « *la cour d'appel qui a fait ressortir la connaissance par les acquéreurs du droit à rémunération de l'agent immobilier et qui a pu retenir que les manœuvres frauduleuses utilisées, consistant en l'emprunt d'une fausse identité pour évincer ce dernier de la transaction immobilière, lui avaient fait perdre la commission qu'il aurait pu exiger du vendeur, en a exactement déduit que les acquéreurs devaient être condamnés à payer des dommages-intérêts à l'agent immobilier* ».

4 – Produits défectueux

Responsabilité du fait des produits défectueux – Produit – Défectuosité – Lien de causalité avec le dommage – Preuve par le demandeur – Caractérisation – Présomptions graves, précises et concordantes – Recherche nécessaire

Première chambre civile, 22 mai 2008 (Bull. n° 147, pourvoi n° 06-14952)

Première chambre civile, 22 mai 2008 (Bull. n° 148, pourvoi n° 05-20317)

Première chambre civile, 22 mai 2008 (Bull. n° 149, pourvoi n° 06-10967)

Dans chacun des arrêts commentés, la première chambre civile a eu l'occasion de préciser les conditions de la responsabilité de fabricants d'un vaccin contre l'hépatite B à la suite de l'apparition chez les personnes vaccinées de la sclérose en plaques, imputée à la vaccination.

Dans la première affaire, la personne vaccinée, qui avait déjà présenté des troubles de la sensibilité, en a connu une aggravation après trois injections du vaccin contre l'hépatite B et un rappel, conduisant au diagnostic de la sclérose en plaques. Pour la débouter de son action en responsabilité contre le laboratoire pharmaceutique, la cour d'appel avait retenu qu'à l'époque, il n'existait aucune preuve épidémiologique d'une relation causale significative entre la vaccination contre l'hépatite B et la pathologie de la sclérose en plaques de sorte que les conditions de la mise en jeu de la responsabilité du fabricant n'étaient pas réunies au regard de la directive européenne.

Dans la deuxième affaire, la personne vaccinée, qui, s'étant soumise à une vaccination obligatoire contre l'hépatite B en raison de sa profession, avait, après l'apparition consécutive de la sclérose en plaques, obtenu, à ce titre, une indemnisation de la part de l'État sur le fondement de l'article L. 3111-9 du Code de la santé publique et sa prise en charge par la CPAM au titre de la législation sur les accidents du travail, a recherché la responsabilité du fabricant du vaccin. La cour d'appel avait rejeté ses prétentions en retenant que la preuve scientifique absolue était impossible dans la mesure où l'étiologie de la maladie n'était pas connue, que la constatation de l'absence d'explication de l'apparition de la maladie par le vaccin interdisait toute présomption et qu'à défaut de lien scientifique ou statistique, il n'y avait pas de probabilité suffisante du lien de causalité entre la maladie et la vaccination.

Dans la troisième affaire, la personne vaccinée, qui, ayant présenté, peu après la vaccination, les symptômes de la sclérose en plaques, avait également recherché la responsabilité du fabricant du vaccin, a été déboutée de ses demandes au motif que les données connues ne permettaient pas d'affirmer de façon certaine l'existence d'une relation entre la vaccination et la survenue de la maladie dont l'étiologie était ignorée, la simple éventualité d'un risque d'apparition de la maladie en relation avec la vaccination ne suffisant pas à démontrer le lien de causalité direct.

Dans chacune des trois affaires, la première chambre a censuré les arrêts qui lui étaient déférés.

Dans la première affaire, la Cour de cassation, relevant que l'édition du *Vidal*, antérieure au dernier rappel de vaccination subi par la victime, avait mentionné, au titre des effets indésirables, la survenue exceptionnelle de la sclérose en plaques, a retenu un manque de base

légale en ce que la cour d'appel, qui avait affirmé que le vaccin offrait la sécurité légitimement attendue du grand public au moment de sa mise en circulation au regard de sa présentation, n'avait pas recherché si, lors du rappel de vaccination, la présentation du vaccin mentionnait l'existence du risque énoncé par la littérature médicale de référence. Ce faisant, l'arrêt de cassation fait une application stricte de la notion de produit défectueux, telle que définie par l'article 6 de la directive n° 85-374 CE du 25 juillet 1985 et reprise par l'article 1386-4 du Code civil, d'où il résulte que le caractère défectueux d'un produit peut découler d'une présentation incomplète ou inexacte en considération de laquelle il n'offre plus la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre.

Étant souligné que la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que la mise en œuvre de la responsabilité en matière de produits défectueux conduisait, s'agissant de produits médicaux, à établir le dommage, l'imputabilité du dommage à l'administration du produit, le défaut du produit et le lien de causalité entre ce défaut et le dommage (prem. ch. civ., 27 février 2007, pourvoi n° 06-10063), les deux autres arrêts commentés admettent, à la différence d'une décision antérieure (prem. ch. civ., 23 septembre 2003, Bull. 2003, I, n° 188, p. 146, censurant une cour d'appel pour n'avoir pas tiré les conséquences de ses constatations relatives à l'ignorance de l'étiologie de la maladie et à l'absence de preuve tirée des études et expertises scientifiques, desquelles il résultait que le défaut du vaccin comme le lien de causalité entre la vaccination et la maladie ne pouvaient être établis) que la preuve du caractère défectueux du vaccin comme du lien de causalité entre l'éventuel défaut et le dommage peut résulter de présomptions graves, précises et concordantes.

Il n'est pas sans intérêt de signaler que, dans des décisions du 9 mars 2007, le Conseil d'État a décidé que pouvait être regardée comme directement imputable au service l'apparition de la sclérose en plaques après une vaccination obligatoire lorsque, dans les circonstances particulières de l'espèce, eu égard, d'une part, à la bonne santé de la personne concernée et à l'absence, chez elle, d'antécédents personnels ou familiaux, avant sa vaccination, et, d'autre part, aux brefs délais séparant la vaccination et les rappels, des premiers symptômes de la maladie puis de l'aggravation de son état, était établie l'existence d'un lien de causalité entre la vaccination et la pathologie (CE, 9 mars 2007, n° 267635, *M^{me} Schwartz c./ centre hospitalier général de Sarreguemines*; n° 278665, *commune de Grenoble c./ M^{me} Stéfani*; n° 285288, *M^{me} Thomas c./Assistance publique-hôpitaux de Paris*; n° 283067, *M^{me} Poulard c./ministre de l'Emploi et de la Solidarité*), de même que la deuxième chambre de la Cour de cassation a jugé que, dès lors qu'avant de subir la vaccination litigieuse, la personne, affectée d'une sclérose en plaques, était en parfaite santé, qu'aucune autre cause de déclenchement de la maladie n'avait été décelée et que l'ensemble des praticiens consultés mettaient l'accent sur la concordance entre la vaccination et l'apparition des troubles, une cour d'appel avait pu estimer que la relation entre la maladie et la vaccination subie se trouvait établie et qu'en conséquence il s'agissait d'une maladie professionnelle (deux. ch. civ., 25 mai 2004, Bull. 2004, II, n° 237, p. 201; deux. ch. civ., 14 septembre 2006, pourvoi n° 04-30642).

Cette jurisprudence commune au Conseil d'État et à la Cour de cassation concerne le premier stade de la démonstration de l'éventuelle responsabilité du fabricant du vaccin litigieux, puisqu'il s'agit ici de reconnaître le lien, c'est-à-dire, la corrélation entre la vaccination et

l'apparition de la maladie, essentiellement dans une perspective de socialisation du risque né d'une vaccination obligatoire.

En revanche, et passé ce premier stade, la mise en œuvre de la responsabilité du fait des produits défectueux implique, en second lieu, la preuve du défaut du vaccin et du lien de causalité entre ce défaut et le dommage. C'est à ce stade que réside l'intérêt des arrêts commentés qui admettent que cette preuve peut être apportée au moyen de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes, conformément aux dispositions de l'article 1353 du Code civil. On peut imaginer que, comme cela ressort des décisions évoquées du Conseil d'État, la solution de chaque litige diffèrera selon les circonstances particulières à chaque espèce, en fonction des éléments de fait soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond. Toutefois, il ne faut pas méconnaître qu'il ne serait pas satisfaisant que le même produit soit déclaré défectueux ici et non défectueux là parce que la maladie qu'il est censé provoquer s'est déclarée dans un délai plus ou moins proche de l'injection ou de l'utilisation qui en a été faite. On peut donc retenir, en l'état, que la jurisprudence en la matière est véritablement en cours d'élaboration et d'évolution.

5 – Accidents de la circulation

Accidents de la circulation – Loi du 5 juillet 1985 – Articles 1^{er} à 6 – Personnes pouvant s'en prévaloir – Propriétaire du véhicule

Deuxième chambre civile, 10 juillet 2008 (pourvoi n° 07-18311)

Les premières années d'application de la loi du 5 juillet 1985 avaient vu naître un débat sur son insertion dans le droit positif. Prenant acte de son titre (loi « *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation [...]* »), une doctrine avait pu soutenir qu'elle constituait un droit spécial dérogeant au seul droit commun de l'indemnisation.

La Cour de cassation a rapidement tranché cette question en décidant au contraire que la loi du 5 juillet 1985 instaurait un régime autonome de responsabilité, solution simple mais qui commandait de préciser les rapports entre ce nouveau régime et ceux susceptibles de s'appliquer de manière concurrente.

La Cour de cassation, en se prononçant par des formules nettes (la loi du 5 juillet 1985 est « *seule applicable à un accident de la circulation* ») a exclu l'application aux actions des victimes impliquées dans un accident de la circulation des articles 1382 (deux. ch. civ., 7 mai 2002, Bull., II, n° 87) et 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil (deux. ch. civ., 23 janvier 2003, Bull., II, n° 7). Elle n'avait cependant jamais eu nettement l'occasion de se prononcer (voir cependant : deux. ch. civ., 10 juin 1998, pourvoi n° 96-17 787) sur l'exclusion de la responsabilité contractuelle lorsque les conditions de celles-ci sont réunies.

C'est chose faite par le présent arrêt dans lequel le contrat en cause était le prêt du véhicule. La deuxième chambre civile retient que l'indemnisation d'une victime d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ne peut être fondée que sur les dispositions d'ordre public de la loi du 5 juillet 1985, et que le propriétaire de ce véhicule, même s'il est resté gardien, peut demander au conducteur la réparation de son préjudice matériel (article 5 de la loi du 5 juillet 1985). La précision apportée par cette déci-

sion est d'autant plus importante qu'était susceptible d'être concernée la règle classique du non-cumul des deux ordres de responsabilités (Civ., 11 janvier 1922, *DP* 1922.1.16; S. 1924.1 105, note Demogue; *Gaz. Pal.* 1922.1 344; grands arrêts, tome 2, 11^e édition, p. 185). Ce serait cependant oublier que la loi du 5 juillet 1985 ne se réfère pas, et ce de manière explicite, à la matière extracontractuelle, son article 1^{er} disposant qu'elle s'applique « *que la victime ait été transportée en vertu d'un contrat ou non* », même s'il est couramment admis que cette précision concerne essentiellement le transporté bénévole.

6 – Responsabilités particulières

Dommage – Réparation – Remboursement des frais engagés par la société concessionnaire d'une autoroute en paiement de l'intervention d'un service départemental d'incendie et de secours

Deuxième chambre civile, 13 novembre 2008 (pourvoi n° 07-20391, en cours de publication)

Qui doit payer les frais d'intervention du service départemental d'incendie et de secours (SDIS) lorsqu'il porte secours et évacue les personnes accidentées sur le réseau routier et autoroutier concédé aux sociétés d'autoroutes ? Est-ce l'assureur du conducteur impliqué dans l'accident ou bien ces frais doivent-ils rester à la charge des sociétés d'autoroutes ?

Les compétences et les missions de service public du SDIS sont fixées à l'article L. 1424-2 du Code général des collectivités territoriales. Entrent notamment dans ses missions les secours d'urgence. L'article L. 1424-42 du même code pose le principe de la gratuité des interventions du SDIS lorsqu'elles se rattachent à ses missions de service public, en prévoyant que ce service « *n'est tenu de procéder qu'aux seules interventions qui se rattachent directement à ses missions de service public définies à l'article L. 1424-2. S'il a procédé à des interventions ne se rattachant pas directement à l'exercice de ses missions, il peut demander aux personnes bénéficiaires une participation aux frais [...]* ». Ce même article dispose, dans son alinéa 6, que « *les interventions effectuées par les services d'incendie et de secours sur le réseau routier et autoroutier concédé font l'objet d'une prise en charge par les sociétés concessionnaires d'ouvrages routiers ou autoroutiers. Les conditions de cette prise en charge sont déterminées par une convention entre les services départementaux d'incendie et de secours et les sociétés concessionnaires d'ouvrages routiers et autoroutiers, selon des modalités fixées par arrêté conjoint du ministre de l'Intérieur et du ministre chargé des Finances* ». C'est l'arrêté du 7 juillet 2004 qui fixe le modèle type de convention. Le principe de gratuité de l'intervention des SDIS n'est donc pas un principe absolu, la loi peut y apporter des exceptions.

La deuxième chambre civile avait déjà jugé (deux. ch. civ., 22 novembre 2007, Bull. 2007, II, n° 257) que lorsque le SDIS intervient dans le cadre légal de ses missions de service public et faute de disposition particulière l'autorisant à facturer ses interventions, il ne peut rien réclamer aux usagers du service public, même sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Il s'agissait d'une espèce où le SDIS réclamait le remboursement à un incendiaire des frais d'intervention exposés pour éteindre un incendie qu'il avait volontairement allumé.

En revanche, lorsque l'intervention du SDIS n'entre pas dans ses missions de service public ou lorsque la loi prévoit une exception au principe de gratuité, le SDIS peut facturer ses interventions. Dans un arrêt du 23 mai 2007 (trois. ch. civ., 23 mai 2007, Bull. 2007, III, n° 88), la troisième chambre civile, interprétant l'article L. 514-16 du Code de l'environnement relatif aux installations classées, qui prévoit le remboursement des frais « *par les personnes responsables de l'incident ou de l'accident* », a décidé que pour obtenir le remboursement de ses frais « *il incombait au service départemental d'incendie et de secours de démontrer que l'exploitant du centre de tri de déchets était responsable de l'incendie ayant nécessité son intervention* ». L'intervention du SDIS, dans le cadre de sa mission de service public du secours d'urgence, est donc gratuite sauf disposition contraire de la loi.

S'agissant des interventions effectuées par le SDIS sur le réseau routier et autoroutier concédé, cette disposition contraire est contenue à l'article L. 1424-42, alinéa 6, du Code général des collectivités territoriales, qui met le coût de l'intervention à la charge des sociétés concessionnaires d'autoroute. Ces dernières soutenaient en l'espèce que la contribution mise à leur charge n'était que provisoire, les frais de secours n'étant pas une composante des frais d'exploitation pris en compte dans le coût du péage, ces frais devaient être supportés *in fine* par les conducteurs impliqués dans l'accident ou leurs assureurs. La jurisprudence leur reconnaissant de façon constante le droit à réparation intégrale du préjudice résultant pour elles d'un accident de la circulation, elles faisaient valoir que les dispositions de l'article L. 1424-42 précité ne faisaient pas obstacle à ce que ces sociétés exercent un recours contre l'assureur du conducteur impliqué, après avoir payé les frais d'intervention du SDIS.

Cependant, il résulte des travaux préparatoires de la loi n° 2002-276 du 2 février 2002, relative à la démocratie de proximité, qui a ajouté à l'article L. 1424-42 du Code général des collectivités territoriales, les alinéas 6 à 8, que l'intention du législateur était de faire participer les sociétés d'autoroutes au financement des SDIS en leur facturant les frais d'intervention de ces services, cette intervention correspondant à un service qui leur est rendu puisque ces sociétés ne disposent pas de service de secours. Le Parlement a donc entendu faire peser sur les sociétés concessionnaires d'autoroutes la charge définitive du coût d'intervention du SDIS.

Par ailleurs, si la première et la deuxième chambres civiles de la Cour de cassation reconnaissent aux sociétés d'autoroutes, en application du principe de la réparation intégrale des préjudices, le droit d'obtenir le remboursement des frais exposés par elles à la suite d'accidents ayant endommagés du matériel ou des constructions leur appartenant, ainsi que le remboursement des frais relatifs à la protection, la signalisation et la surveillance des lieux de l'accident, en retenant notamment que de tels frais ne sont pas couverts par le péage, cette solution n'est pas transposable à l'espèce, puisque l'intervention du SDIS, établissement public chargé d'une mission de service public, doit être gratuite pour l'utilisateur du service public, ce qui exclut que le remboursement des frais d'intervention puisse être réclamé à l'utilisateur, en l'absence de disposition législative expresse.

En l'état du droit, admettre que les sociétés d'autoroutes puissent récupérer sur les conducteurs ou leurs assureurs les frais d'intervention du SDIS, reviendrait à admettre que l'intervention des secours d'urgence soit payante ou gratuite pour l'utilisateur du service public selon

l'endroit où se produit l'accident : si l'accident intervient sur le réseau concédé, le conducteur devrait supporter le coût d'intervention du SDIS ; si l'accident se produit en dehors de ce réseau, ces frais ne seront pas supportés par le conducteur impliqué. Cela créerait une rupture d'égalité entre les victimes d'accident de la route, qui doivent toutes bénéficier de la gratuité du service public des secours d'urgence.

Pour ces raisons la deuxième chambre civile, rappelant le principe de gratuité pour l'usager de l'intervention du SDIS, lorsque celui-ci intervient dans l'accomplissement de ses missions de service public, en déduit que les exceptions légales à ce principe doivent être interprétées strictement, et décide, par quatre arrêts du 13 novembre 2008, que l'article L. 1424-42, alinéa 6, du Code général des collectivités territoriales, prévoyant seulement que les frais d'intervention du SDIS sur le réseau routier et autoroutier concédé doivent être pris en charge par les sociétés d'autoroutes, la possibilité d'un recours en remboursement exercé par ces sociétés contre l'usager du service public, non prévu par la loi, est exclu.

B – Assurances

Assurance des personnes – Assurance-vie – Contrat non dénoué – Droit personnel du souscripteur – Rachat du contrat ou désignation du bénéficiaire – Rachat du contrat – Conditions – Détermination

Chambre mixte, 22 février 2008 (Bull. ch. mixte, n° 1, pourvoi n° 06-11 934)

Par cet arrêt la chambre mixte se prononce sur l'incidence de l'acceptation d'un contrat d'assurance-vie mixte, contrat combinant une assurance en cas de vie et une assurance en cas de décès, sur le droit au rachat du souscripteur.

Un souscripteur d'un contrat d'assurance-vie mixte, prévoyant la constitution d'un capital payable à son terme à l'assuré ou, en cas de décès de ce dernier, à deux bénéficiaires désignés qui ont accepté cette stipulation faite en leur faveur, a demandé le rachat de son contrat en application d'une clause prévoyant expressément cette possibilité. Il s'est heurté dans un premier temps au refus de l'assureur et ensuite au refus des bénéficiaires acceptants. La cour d'appel, faisant droit à la demande du souscripteur, a dit qu'il était bien fondé à exercer le rachat de son contrat d'assurance-vie.

Les contrats d'assurance-vie dits « mixtes » comportent au sein d'un même contrat une assurance en cas de vie et une assurance en cas de décès. L'assureur s'engage au terme du contrat à payer un capital comportant une valeur de rachat.

Deux textes du Code des assurances étaient applicables :

- l'article L. 132-9 (dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007) selon lequel la stipulation en vertu de laquelle le bénéfice de l'assurance est attribué à un bénéficiaire déterminé devient irrévocable par l'acceptation expresse ou tacite du bénéficiaire [...];
- L. 132-21 selon lequel l'entreprise d'assurance ou de capitalisation doit, à la demande du contractant verser à celui-ci la valeur de rachat du contrat [...] dans un délai qui ne peut excéder deux mois.

En présence de la contrariété entre les dispositions de ces deux textes du Code des assurances, la jurisprudence, comme la doctrine, étaient partagées, une jurisprudence se prononçant pour l'interdiction de rachat par le souscripteur après acceptation du bénéficiaire sans l'accord de ce dernier et une autre estimant que le souscripteur conserve cette faculté sans que l'acceptation du bénéficiaire désigné puisse y faire obstacle.

Par son arrêt, qui concerne tous les contrats d'assurance-vie ayant une valeur de rachat, acceptés avant la loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 publiée au journal officiel du 18 décembre 2007, la Cour de cassation, prenant en compte la volonté du souscripteur, a décidé que le bénéficiaire acceptant ne pouvait s'opposer au droit de rachat du souscripteur dès lors que celui-ci n'avait pas expressément renoncé à ce droit. Cet arrêt s'inscrit dans l'esprit de la loi du 17 décembre 2007 qui prévient en amont les conséquences d'une acceptation par le bénéficiaire contre la volonté du souscripteur. Pour les contrats en cours et non acceptés à la date de son entrée en vigueur, la loi du 17 décembre 2007 prévoit que l'acceptation du bénéficiaire, à laquelle le souscripteur doit désormais consentir, interdit à ce dernier de racheter le contrat sans l'accord du bénéficiaire. La sécurité juridique se trouve ainsi confortée pour tous les contrats comportant une valeur de rachat, le souscripteur ne pouvant plus être privé de sa faculté de rachat contre sa volonté.

Responsabilité civile médicale – loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 – Garantie – Période de garantie – Période légale de garantie – Contrats d'assurance successifs – Conclusion

Deuxième chambre civile, 2 octobre 2008 (pourvoi n° 07-19672, en cours de publication)

Par cet arrêt, la deuxième chambre civile se prononce sur la question de l'application dans le temps de la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002, relative à la responsabilité médicale, dite « loi About ». Cette loi, qui dissocie la durée de la garantie d'assurance médicale obligatoire de celle de la responsabilité, a introduit un nouvel article L. 251-2 dans le Code des assurances qui prévoit que les contrats d'assurance obligatoire de responsabilité médicale (conclus en application de l'article L. 1142-2 du Code de la santé publique) sont en base réclamation : « – *Alinéa 3 – Tout contrat d'assurance conclu en application de l'article L. 1142-2 du même code garantit l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres pour lesquels la première réclamation est formée pendant la période de validité du contrat, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre, dès lors que le fait dommageable est survenu dans le cadre des activités de l'assuré garanties au moment de la première réclamation* ». La loi valide ainsi les « clauses réclamations » que la jurisprudence de la Cour de cassation déclarait nulles et non écrites depuis 1990 (prem. ch. civ., 19 décembre 1990, Bull. 1990, I, n° 303).

La légalisation des clauses réclamation au détriment du critère du fait générateur expose ainsi l'assureur à reprendre le passé inconnu, c'est-à-dire les faits générateurs et dommages survenus avant la prise d'effet du contrat, pour autant qu'ils n'aient pas donné lieu à réclamation. Le dernier alinéa de cet article L. 251-2 écarte le régime du cumul d'assurances prévu par l'article L. 121-4 du Code des assurances lorsqu'un même sinistre est susceptible de mettre en jeu la garantie apportée par plusieurs contrats successifs : « *Lorsqu'un même*

sinistre est susceptible de mettre en jeu la garantie apportée par plusieurs contrats successifs, il est couvert en priorité par le contrat en vigueur au moment de la première réclamation, sans qu'il soit fait application des dispositions des quatrième et cinquième alinéas de l'article L. 121-4 ».

L'article 5 de la loi du 30 décembre 2002, alinéa 1^{er}, prévoit que les dispositions de l'article L. 251-2 du Code des assurances s'appliquent aux contrats conclus ou renouvelés à compter de la date de publication de la présente loi (le 31 décembre 2002) tandis que son alinéa 2 impose rétroactivement aux contrats conclus avant la date de sa publication (le 31 décembre 2002) une garantie subséquente de cinq ans ayant pour objet de maintenir la garantie pour les faits générateurs ou les dommages survenus pendant que le contrat était en vigueur, alors même que les réclamations correspondants à ces faits ne seraient formulées qu'après la cessation du contrat : « *Sans préjudice de l'application des clauses contractuelles stipulant une période de garantie plus longue, tout contrat d'assurance de responsabilité civile garantissant les risques mentionnés à l'article L. 1142-2 du Code de la santé publique, conclu antérieurement à cette date, garantit les sinistres dont la première réclamation est formulée postérieurement à cette date et moins de cinq ans après l'expiration ou la résiliation de tout ou partie des garanties, si ces sinistres sont imputables aux activités garanties à la date d'expiration ou de résiliation et s'ils résultent d'un fait générateur survenu pendant la période de validité du contrat* ».

En l'espèce, l'hypothèse était celle d'un premier contrat d'assurance et d'un fait générateur antérieurs au 31 décembre 2002 et d'un second contrat et d'une réclamation postérieure à cette date. Garantie subséquente et base fait générateur pour le premier contrat et base réclamation pour le second, les deux assureurs étaient susceptibles de garantir le sinistre : le premier en application de l'article 5, alinéa 2, de la loi ; le second en application de l'article L. 251-2, alinéa 3, du Code des assurances.

La question posée était donc de savoir si les dispositions de l'article 5, alinéa 2, de la loi organisent un régime transitoire ou si l'article L. 251-2, dernier alinéa, était directement applicable ? Plusieurs interprétations étaient possibles : la règle de priorité de l'article L. 251-2, dernier alinéa, ne concernerait que les contrats conclus ou renouvelés après le 31 décembre 2002 ; elle s'appliquerait à toutes les situations de cumul nées après le 31 décembre 2002 même si les contrats en cause étaient souscrits antérieurement ; elle s'appliquerait dès lors qu'un contrat est conclu ou renouvelé après le 31 décembre 2002 et que la réclamation a eu lieu après cette date.

Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation affirme que la règle de priorité de l'article L. 251-2, dernier alinéa, s'applique dès lors qu'un contrat est conclu ou renouvelé après le 31 décembre 2002 et que la réclamation a eu lieu après cette date, tandis que l'article 5, alinéa 2, de la loi a pour seul objet de prévoir la survie de l'ancien contrat pendant 5 ans (garantie subséquente), non d'instaurer une période transitoire pendant laquelle seul le contrat ancien serait applicable.

Cette interprétation qui organise le transfert sur les contrats base réclamation en vigueur lors de la réclamation est cohérente avec la loi qui substitue la base réclamation à la base fait générateur.

Assurances de personnes – Assurance de groupe – Assurance de groupe souscrite par l’employeur au profit du salarié – Licenciement du salarié – Effets – Article 4 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989

Deuxième chambre civile, 7 février 2008 (Bull. n° 25, pourvoi n° 06-15 006)

La loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 « loi renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques » a instauré des règles communes aux contrats de prévoyance complémentaire souscrits par les entreprises au profit de leurs salariés afin de leur garantir des prestations en cas de décès, d’incapacité de travail, d’invalidité, de maladie, d’accident et de maternité. Ces dispositions sont complétées par les articles L. 911-1 et suivants du Code de la Sécurité sociale, créés par la loi n° 94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes.

S’agissant du « remboursement ou de l’indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident », l’article 4 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 dispose que « *le contrat ou la convention (collective) doit prévoir, sans condition de période probatoire, ni examen ou de questionnaire médicaux, les modalités et les conditions tarifaires des nouveaux contrats ou conventions par lesquels l’organisme maintient cette couverture* ». Et ce, sous les réserves qu’il énonce, au profit des anciens salariés bénéficiaires d’une rente d’incapacité ou d’invalidité, d’une pension de retraite, des salariés privés d’emploi ainsi que des personnes garanties du chef de l’assuré décédé.

Le décret n° 90-769 du 30 août 1990, pris en application du dernier alinéa de l’article 4 précité, prévoit que les tarifs applicables aux personnes visées par cet article ne peuvent être supérieurs de plus de 50 % aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs.

Dans l’espèce soumise à la deuxième chambre civile, un salarié licencié demandait le maintien intégral à titre individuel de la couverture santé et décès dont il avait bénéficié en sa qualité de salarié. Un avenant au contrat signé entre l’employeur et la mutuelle stipulait que « *la couverture des frais médicaux est maintenue sur la base du régime le plus proche de celui prévu par le contrat collectif et obligatoire* ». La mutuelle, qui assurait la couverture de ces risques, avait fait connaître au salarié privé d’emploi qu’il lui était impossible de maintenir le même contrat, qui était un contrat collectif, qu’elle ne commercialisait plus et lui a proposé un autre contrat.

Pour asseoir leurs décisions les juges du fond avaient relevé dans leurs décisions que lors de la séance du 6 novembre 1989 au Sénat, les amendements n° 58 et 60 visant à obliger l’assureur au maintien intégral de la couverture des frais de santé prévus au contrat collectif n’avaient pas été adoptés, après que le ministre de la Santé et le rapporteur de la commission des lois aient donné un avis défavorable. Le rapporteur de la commission aux motifs que : « *Le texte du gouvernement prévoit lui aussi le maintien de la couverture, mais selon les modalités et dans les conditions définies par l’accord collectif* ». Le ministre en énonçant notamment : « *Je réaffirme que la définition du contrat entre actifs et anciens salariés comme le degré de solidarité relèvent de la négociation des partenaires sociaux et non de la loi* ».

Le tribunal de grande instance avait débouté l’ancien salarié de sa demande relative à la garantie décès, qui n’entre pas dans les prévisions de l’article 4 de la loi n° 89-1009 du

31 décembre 1989, mais avait accueilli la demande au titre de la garantie santé, aux motifs que s'il résulte des travaux préparatoires de la loi que le législateur n'a pas souhaité prévoir le maintien à l'identique de la couverture du risque frais de santé pour les anciens salariés, cependant la couverture offerte doit être similaire à celle du contrat collectif, ce qui n'était pas le cas dans cette affaire, puisque l'avenant au contrat collectif prévoyait que la couverture des frais médicaux devait être maintenue « *sur la base du régime le plus proche de celui prévu au contrat collectif* ». Pour le tribunal un « *régime le plus proche* » n'est pas un régime similaire.

La cour d'appel déboutait l'ancien salarié, tout en approuvant les premiers juges d'avoir retenu que le souhait du législateur n'était pas de garantir le maintien intégral et automatique de la couverture offerte par le contrat collectif, mais une couverture similaire. La cour d'appel décidait que les garanties prévues par le contrat individuel proposé étaient très proches de celles du contrat collectif, conformément aux prévisions de l'avenant au contrat collectif. Pour la cour d'appel l'exigence du maintien d'une couverture similaire était remplie par la prévision d'un régime le plus proche du contrat collectif.

Le pourvoi posait à la Cour de cassation la question de l'interprétation de l'article 4 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989. Plus précisément de ses dispositions selon lesquelles « *le contrat ou la convention doit prévoir, [...] les modalités [...] des nouveaux contrats ou conventions par lesquels l'organisme maintient cette couverture* ». Ces dispositions doivent-elles s'interpréter comme imposant à l'assureur d'offrir à l'ancien adhérent un contrat comportant des garanties identiques à celles dont il bénéficiait en sa qualité de salarié ? Ou bien ces garanties peuvent-elles être seulement similaires ? Ou encore le contrat ou la convention collective est-il libre de prévoir les conditions de maintien de la couverture à titre individuel ?

La deuxième chambre civile a cassé l'arrêt d'appel en affirmant qu'il ne peut être dérogé par voie de convention aux dispositions d'ordre public de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 qui prévoit le maintien à l'ancien salarié privé d'emploi de la couverture résultant de l'assurance de groupe souscrite par l'employeur pour la garantie des frais de santé. La Cour de cassation tranche donc dans le sens d'un maintien à l'identique de la couverture santé à l'ancien salarié, et justifie sa position par le caractère d'ordre public reconnu par l'article 10 de la loi, à ses articles 2, 4, 7 et 9. Ce caractère d'ordre public de l'article 4 de la loi s'opposant à ce que le contrat ou la convention collective puisse prévoir les modalités de maintien de la garantie.

L'article 4 ne s'interprète donc pas comme posant uniquement le principe du maintien d'une couverture des frais de santé, tout en laissant à l'employeur ou aux partenaires sociaux la liberté de fixer les conditions de ce maintien. Mais comme posant une obligation de maintien à l'identique, dans le contrat individuel souscrit par l'ancien salarié, de la couverture santé telle que prévue au contrat collectif. L'assureur a donc l'obligation de proposer aux catégories d'adhérents énumérés à l'article 4 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, à titre de contrat individuel, la même couverture santé que celle prévue au contrat collectif, pour un tarif ne pouvant dépasser 50 % du tarif collectif. Le transfert du droit à la couverture complémentaire, qui de collectif devient individuel, doit se faire avec des conditions identiques de garantie. Peu important que, comme en l'espèce, le contrat collectif ne soit pas proposé à une souscription individuelle, qu'il ne soit plus commercialisé par l'assureur à la date où l'ancien salarié souhaite y adhérer ou qu'il ne bénéficie plus aux salariés en activité par suite d'un changement de contrat.

VI – PROCÉDURE CIVILE ET ORGANISATION DES PROFESSIONS

A – Arbitrage

Arbitrage international – Clause compromissoire – Insertion dans un contrat – Autonomie

Chambre commerciale, 25 novembre 2008 (pourvoi n° 07-21 888, en cours de publication)

Cette affaire était relative à l'application du principe compétence-compétence en matière d'arbitrage, selon lequel il appartient à l'arbitre désigné dans une clause compromissoire de statuer sur sa propre compétence, sous le contrôle *a posteriori* du juge de l'annulation. Les faits étaient les suivants : La société italienne Spa Tagliavini avait conclu le 25 février 1998 avec la société Panisud, aux droits de laquelle vient la société Les Pains du Sud, une convention intitulée « contract de vente » portant sur des équipements de boulangerie, assortie d'une clause compromissoire. Ultérieurement, le 16 juin 1998, la société Sofinabail aux droits de laquelle venait la société Franfinance avait consenti à la société Panisud un crédit-bail mobilier portant sur ces mêmes matériels, vendus par la société Tagliavini au crédit-bailleur, ce nouveau contrat contenant une clause attributive de compétence désignant la juridiction consulaire parisienne pour statuer sur tout litige relatif à l'exécution du contrat de vente. Les matériels paraissant affectés de graves dysfonctionnements, la société Les Pains du Sud avait assigné en responsabilité la société Tagliavini, qui lui opposait la clause compromissoire insérée dans l'acte du 25 février 1998 initialement conclu entre elles deux.

Les articles 1442 et 1443 du Code de procédure civile prévoient que la clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans le contrat principal ou dans un document auquel il se réfère, l'article 1458 du même code imposant alors à la juridiction éventuellement saisie de se déclarer incompétente, à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle. Cette convention – clause compromissoire – présente en effet, par rapport au contrat dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut, sauf stipulation contraire, qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de l'acte. Il en résulte que l'éventuelle nullité ou caducité du contrat est sans incidence sur la validité de la clause. Celle-ci est un contrat dans le contrat et doit recevoir application malgré la nullité de la convention dans laquelle elle est insérée (Com., 9 avril 2002, Bull. 2002, IV, n° 69 ; deux. ch. civ., 20 mars 2003, pourvoi n° 01-02 253 ; prem. ch. civ., 7 juin 2006, Bull. 2006, n° 281).

Le principe compétence-compétence a ainsi deux effets, l'un positif – c'est à l'arbitre de se prononcer sur sa compétence si elle est contestée –, l'autre négatif – il est interdit aux juges étatiques de connaître des contestations relatives à la compétence du tribunal arbitral tant que les arbitres ne se sont pas prononcés eux-mêmes, sous le contrôle *a posteriori* du juge de l'annulation.

Mais le principe compétence-compétence est assorti d'une exception : la nullité manifeste de la convention d'arbitrage, mentionnée à l'article 1458 du Code de procédure civile. Dans un arrêt du 6 octobre 2001 (prem. ch. civ., 6 octobre 2001, Bull. 2001, I, n° 254), la

Première chambre civile en a étendu la portée, en décidant, au visa de ce principe, que le juge étatique saisi d'un litige destiné à l'arbitrage doit se déclarer incompétent, « *sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage* ».

En l'espèce, la question posée portait sur la détermination de la convention principale, la conclusion d'un contrat de crédit-bail, postérieurement au « contract de vente » initialement signé entre le fournisseur et l'utilisateur des matériels litigieux, ayant pour corollaire nécessaire la vente des équipements en cause à la société de financement, par le fournisseur.

Réglée par les articles L. 313-7 et suivants du Code monétaire et financier, le crédit-bail, qui est un mode de financement proposé aux entreprises, suppose en effet l'intervention de trois personnes liées par deux conventions distinctes : d'un côté, un contrat de vente conclu entre le fournisseur et la société de financement, par lequel cette dernière acquiert les biens d'équipement destinés à être loués, de l'autre, un contrat de crédit-bail conclu entre la société de financement – le crédit-bailleur –, et l'utilisateur de ces biens – le crédit-preneur –, au terme duquel ce dernier dispose de la faculté d'acquérir le bien.

Le recours à ce mode de financement, et ses caractéristiques juridiques, avaient-ils eu pour conséquence de rendre « manifestement inapplicable » la convention d'arbitrage insérée dans la convention initiale conclue entre le fournisseur de ces biens d'équipement et leur utilisateur ?

Approuvant l'arrêt confirmatif attaqué, l'arrêt de la chambre commerciale répond par la négative, en énonçant « *qu'est seule de nature à faire obstacle à la compétence prioritaire de l'arbitre la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ; une telle clause, en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée, sauf stipulation contraire, par l'inefficacité de l'acte* ».

Cette décision s'inscrit dans une jurisprudence constante. L'inapplicabilité manifeste d'une clause compromissoire a, en effet, été très rarement admise.

Ainsi, sont insuffisants pour la retenir :

- la contradiction relevée par la cour d'appel entre une clause compromissoire et une clause attributive de compétence figurant au même acte (deux. ch. civ., 18 décembre 2003, Bull. 2003, II, n° 293) ;
- la constatation que la convention est devenue caduque, mettant en échec la clause qu'elle contenait, le juge ayant ainsi excédé ses pouvoirs (deux. ch. civ., 8 avril 2004, Bull. 2004, II, n° 162) ;
- le fondement délictuel des demandes, qui ne se rattachent pas au contrat de distribution contenant la clause litigieuse (prem. ch. civ., 25 avril 2006, Bull. 2006, I, n° 196) ;
- l'annulation du contrat de par la volonté des parties, la clause compromissoire étant frappée de nullité et caducité comme le contrat lui-même, de tels motifs étant impropres à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la clause (prem. ch. civ., 11 juillet 2006, Bull. 2006, I, n° 364) ;
- le fait que le litige met également en cause d'autres défendeurs qui ne sont pas liés par la clause compromissoire (prem. ch. civ., 20 février 2007, Bull. 2007, I, n° 62) ;

- de même, dès lors qu'un litige est en relation avec l'accord contenant la clause compromissoire, il en résulte que la convention d'arbitrage n'est pas manifestement inapplicable (prem. ch. civ., 30 octobre 2006, Bull. 2006, I, n° 443);
- de même encore, dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis (prem. ch. civ., 9 janvier 2008, pourvoi n° 07-12349).

À l'inverse toutefois, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir admis l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage et rejeté le moyen tiré d'une violation du principe compétence-compétence dans une affaire où la clause compromissoire avait été introduite dans les conditions générales de vente de la société en cause postérieurement à la date des prestations fournies (certification d'un navire : prem. ch. civ., 27 avril 2004, Bull. 2004, I, n° 112).

Dans une autre affaire (prem. ch. civ., 7 juillet 2006, Bull. 2006, I, n° 337), la première chambre civile a retenu qu'en présence de deux contrats n'ayant pas le même objet, l'un d'approvisionnement contenant une clause compromissoire, l'autre de gage contenant une clause d'attribution de compétence, la cour d'appel avait pu retenir que l'arbitre ne pouvait étendre sa compétence à un contrat autre que celui contenant la clause, alors que les parties avaient voulu distinguer les contrats par des clauses contrares.

Cette décision pourrait être rapprochée des faits de l'espèce, dans la mesure où l'opération de crédit-bail est caractérisée par deux rapports contractuels distincts ainsi qu'il a été vu. En outre, les caractéristiques de l'opération complexe que constitue le crédit-bail, qui conduisent à constater la caducité d'un contrat de vente préalablement conclu entre le crédit-preneur et le fournisseur, mais non exécuté, ne font pas obstacle à l'existence de relations entre eux, le preneur agissant alors non pas en son nom propre, mais comme mandataire du crédit-bailleur seul propriétaire du bien financé. Mais une telle analyse, qui est une appréciation de fond sur les relations entre les parties et le mécanisme juridique du crédit-bail, et ce alors que la seule convention conclue entre la société Les Pains du Sud et la Spa Tagliavini était le « contract de vente » contenant la clause compromissoire, excluait, précisément, l'inapplicabilité manifeste de la clause.

Arbitrage international – Sentence – Sentence étrangère – Exequatur en France – Conditions – Absence de contrariété à l'ordre public international – Contrôle du juge – Étendue

Première chambre civile, 4 juin 2008 (Bull., n° 162, pourvoi n° 06-15320)

Par cet arrêt la première chambre civile s'est prononcée sur l'étendue du contrôle exercé par la cour d'appel au titre du cinquième cas d'ouverture de l'article 1502 du Code de procédure civile selon lequel le recours en annulation ou l'appel de l'ordonnance d'exequatur sont ouverts si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international.

Les faits étaient simples : deux sociétés, l'une française et l'autre néerlandaise, avaient conclu un contrat d'approvisionnement exclusif de l'une auprès de l'autre d'un produit industriel rare. Après plusieurs années, la société acheteuse avait constaté que le produit en question pouvait être acquis moins cher sur le marché et avait dénoncé le contrat.

Le tribunal arbitral prévu au contrat, siégeant en Belgique, avait rendu deux sentences successives, la première annulant le contrat au visa de l'article 81 du traité CE et tenant les deux sociétés pour également responsables de cette nullité, tout en précisant qu'aucun abus de position dominante n'était démontré à la charge de la société néerlandaise et la, seconde, statuant sur les demandes d'indemnisation.

Saisie de recours en annulation, la cour d'appel de Paris avait, par arrêt du 23 mars 2006, rejeté les demandes et en particulier celle fondée sur la violation de l'ordre public international.

En statuant ainsi, la cour d'appel s'inscrivait dans un courant jurisprudentiel se rattachant, à l'exception de deux arrêts de la cour d'appel de Paris (Paris, 30 septembre 1993, Westman, *Rev. arb.* 1994, p. 359, note Bureau ; Paris, 10 septembre 1998, Thomson, *Rev. arb.* 2001, p. 583, note Racine) à un contrôle minimaliste de l'ordre public international.

En effet, la première chambre civile avait considéré que la cour d'appel devait procéder – dans les limites de ses pouvoirs, c'est-à-dire sans révision au fond de la décision arbitrale – au contrôle de la sentence au regard de l'application des règles d'ordre public international, qu'il appartenait à l'arbitre de mettre en œuvre (prem. ch. civ., 5 janvier 1999, pourvoi n° 96-16 746) et surtout (prem. ch. civ., 21 mars 2000, pourvoi 98-11 799) que la violation de l'ordre public international devait être flagrante, effective et concrète.

Puis l'arrêt *Thalès* de la cour d'appel de Paris du 18 novembre 2004 (Paris, 18 novembre 2004, *Gaz. Pal.*, 22 octobre 2005, n° 295, p. 5, note Seraglini ; *Rev. Crit. DIP* 2006, p. 104, note Bollée ; *Rev. Lamy de la concurrence* 2005, note Barbier de la Serre ; *JCP (G)* 2005, II, 10038 note Chabot ; *D.* 2005 3058 ; *JDI* 2005, p. 357, note Mourre ; l'illicéité « qui crève les yeux » : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international : à propos de l'arrêt *Thalès* de la cour d'appel de Paris, Radicati di Brozolo, *Rev. arb.* 2005 p. 527), non frappé de pourvoi, pouvait apparaître comme synthétisant ce courant : le recours à la clause d'éviction d'ordre public international n'était concevable que dans la mesure où l'exécution de la sentence heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique, l'atteinte devant constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle, ou d'un principe fondamental ; la violation de l'ordre public international devait être flagrante, effective et concrète, le juge de l'annulation ne pouvant statuer au fond sur un litige complexe n'ayant encore jamais été soumis à un arbitre ; la violation alléguée d'une loi de police n'autorisait aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction de la révision au fond, le juge de l'annulation ne pouvant donc, en l'absence de fraude ou de violation manifeste, contrôler l'application des règles par l'arbitre ; la CJCE reconnaissait elle-même le caractère limité du contrôle des sentences.

Dans notre espèce, le pourvoi critiquait l'arrêt du 23 mars 2006 pour ne pas avoir vérifié la bonne application par l'arbitre des règles communautaires du droit de la concurrence, pour ne pas avoir contrôlé l'appréciation concrète de l'ordre public international, la réception de la sentence ne devant pas valider ou sanctionner une pratique contraire à l'ordre public international, pour avoir dit qu'il n'y avait pas de violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international alors que le tribunal arbitral avait relevé tous les éléments de l'abus de position dominante mais avait refusé d'en tirer les conséquences.

Ce faisant, il invitait la Cour de cassation à condamner la jurisprudence de la cour d'appel de Paris et à infléchir sa propre position pour se rapprocher des thèses du courant maximaliste, défendues par certains auteurs, selon lequel le contrôle minimal revenait à faire une confiance aveugle et sans garde-fou à l'arbitre, aboutissant à une évaporation du contrôle alors que l'interdiction de la révision au fond faisait échec à tout contrôle réel de l'ordre public, le contrôle étant cantonné à une apparence de conformité. Au regard de ce courant, la jurisprudence consacrait une solution inopportune au regard de l'équilibre nécessaire entre les intérêts de l'arbitrage et ceux attachés au respect de l'ordre public, alors même que l'exigence d'une violation flagrante, réelle et concrète n'exclut pas en elle-même un examen approfondi de l'ensemble des faits pertinents.

Par l'arrêt commenté, la première chambre civile confirme sa jurisprudence en affirmant que « *s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée* ». Elle approuve donc la cour d'appel qui « *a procédé – dans les limites de ses pouvoirs, c'est-à-dire sans révision au fond de la sentence arbitrale – au contrôle des sentences au regard de l'application des règles communautaires de la concurrence, [et] a exactement dit que leur reconnaissance et leur exécution n'étaient pas contrares à l'ordre public international* ».

Ainsi la première chambre civile maintient sa recherche d'un équilibre, exprimant sa volonté de restreindre son contrôle à la solution du litige en limitant l'annulation aux cas où la solution de la sentence heurte l'ordre public international de façon concrète et effective mais aussi flagrante, c'est-à-dire évidente et manifeste.

B – Procédure civile

Mesures d'instruction – Caractère contradictoire – Expertise – Complément d'expertise – Rejet de la demande de complément d'expertise – Office du juge – Appréciation souveraine

Deuxième chambre civile, 26 juin 2008 (Bull. n° 156, pourvoi n° 07-13875)

Il résulte des articles 10, 143 et 144 du Code de procédure civile que le juge a le pouvoir d'ordonner une mesure d'instruction, lorsqu'il ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer. La rédaction de ces textes a conduit la Cour de cassation à décider que, sauf dans des hypothèses particulières où la loi impose ce mode de preuve, l'expertise est purement facultative pour le juge (Com., 2 juin 1970, Bull. 1970, IV, n° 184).

Cette solution est une conséquence logique du principe selon lequel la charge de la preuve des faits incombe aux parties (article 9 du Code de procédure civile), étant précisé qu'une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de ces parties dans l'administration de la preuve (article 146 du même code). Mais si le juge a estimé nécessaire d'ordonner une expertise, quelle est l'étendue de ses prérogatives lorsque, après exécution de la mesure, une partie sollicite un complément d'expertise ?

L'examen des précédents arrêts consacrés à cette question ayant mis en évidence la nécessité de prendre clairement parti sur cette difficulté, la deuxième chambre civile a décidé, par l'arrêt commenté, de poser en principe que l'appréciation de l'utilité ou de la nécessité d'un complément d'expertise relève du pouvoir souverain des juges du fond. Cette référence au pouvoir souverain signifie que les juges doivent, pour déterminer s'il y a lieu, ou non, d'ordonner un complément d'expertise ou une nouvelle mesure, motiver leur décision, le contrôle de la Cour de cassation portant uniquement sur l'existence de cette motivation.

Libre d'ordonner la mesure, le juge doit en revanche, lorsqu'il a pris parti en sa faveur, répondre aux critiques éventuelles des parties sur la valeur ou la portée du rapport d'expertise et expliquer les raisons pour lesquelles, selon les cas, il estime devoir compléter les investigations du technicien ou se contenter de ses premières constatations.

Mesures d'instruction – Caractère contradictoire – Expertise diligentée dans une autre instance – Opposabilité – Conditions – Expertise versée régulièrement aux débats et soumise à la discussion contradictoire des parties

Deuxième chambre civile, 17 avril 2008 (Bull. n° 95, pourvoi n° 07-16824)

Une expertise judiciaire, ordonnée dans une instance entre deux parties, peut-elle être opposée à un tiers à cette instance, ultérieurement assigné en garantie par l'une des parties ? Telle était la question posée à la deuxième chambre, dans une affaire où la victime d'un accident de la circulation, contaminée par le virus de l'hépatite C lors de son traitement, avait obtenu, après expertise judiciaire ayant établi le lien de causalité entre les transfusions sanguines reçues par la victime et la contamination, la condamnation de l'assureur du responsable de l'accident à l'indemniser des conséquences dommageables de cette contamination.

L'assureur avait alors assigné l'Établissement français du sang (EFS) en garantie de cette condamnation et l'EFS invoquait l'inopposabilité de cette expertise.

Cette question de l'opposabilité de l'expertise faisait l'objet d'appréciations divergentes de la Cour de cassation, certains arrêts censurant les décisions des juges du fond retenant comme seul élément d'appréciation une expertise à laquelle une partie n'avait été ni appelée ni représentée (par exemple : deux. ch. civ., 18 juin 1997, Bull. 1997, II, n° 195), d'autres arrêts admettant au contraire la prise en considération d'une telle expertise, dès lors qu'elle était régulièrement versée aux débats et soumise à la contradiction (par exemple, pour une expertise judiciaire : deux. ch. civ., 1^{er} mars 1989, Bull. 1989, II, n° 57 ; pour une expertise « privée » : trois. ch. civ., 23 mars 2005, Bull. 2005, III, n° 73).

Pour clarifier cette question, la deuxième chambre civile, chambre de la procédure, a décidé, par l'arrêt du 17 avril 2008, d'affirmer clairement qu'une expertise judiciaire ordonnée dans une première instance peut être prise en considération par le juge dans une instance en garantie engagée contre un tiers par l'une des parties à la première procédure, à condition que cette expertise soit régulièrement versée aux débats du recours et soumise à la discussion contradictoire des parties à ce recours.

Cette jurisprudence permet aux juges d'exercer pleinement leur pouvoir souverain d'appréciation sur la valeur et la portée des éléments de preuve, en évitant le risque d'allongement et de renchérissement des procédures que provoquerait la nécessité de recourir en toutes hypothèses à une nouvelle mesure d'instruction.

Elle n'a pas pour effet de dévaloriser l'importance des expertises judiciaires, qui conservent le principal intérêt, non seulement d'être accessibles à tous les plaideurs, mais aussi d'imposer un déroulement contradictoire des opérations, avec l'obligation pour l'expert commis de répondre aux dires des parties.

C – Procédures civiles d'exécution

Saisie immobilière – Audience d'orientation – Contestations et demandes incidentes – Recevabilité – Appel – Décision de la cour d'appel – Décision faisant droit à la demande tendant à la vente amiable – Effets – Suspension de la procédure de saisie. Juge de l'exécution – Autorisation donnée par l'arrêt d'une cour d'appel statuant sur l'appel d'un jugement d'orientation
Deuxième chambre civile, 23 octobre 2008 (pourvoi n° 08-13404, en cours de publication)

L'arrêt ci-dessus reproduit est le premier à avoir été rendu par la Cour de cassation sur la nouvelle procédure de saisie immobilière instituée par l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006 (ci-après, l'ordonnance) et son décret d'application n° 2006-936 du 27 juillet 2006 (ci-après, le décret) et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

Le pourvoi posait essentiellement deux questions très importantes sur le plan pratique : la recevabilité des contestations et demandes incidentes formulées après le renvoi de l'audience d'orientation, d'une part, les pouvoirs de la cour d'appel en cas d'appel contre le jugement d'orientation, d'autre part.

1 – Recevabilité des contestations et demandes incidentes formulées après le renvoi de l'audience d'orientation

Contrairement à l'ancienne procédure de saisie immobilière, encore applicable à certaines saisies, qui ne prévoit, antérieurement à l'audience d'adjudication, qu'une audience « éventuelle » au cours de laquelle « *il sera statué sur les dires et observations qui auraient été formulés* » (article 690 de l'ancien Code de procédure civile), la nouvelle procédure comporte, au contraire, une audience obligatoire, appelée : « Audience d'orientation », qui doit être fixée à une date située, au plus tard, cinq mois après la publication du commandement valant saisie (dispositions combinées des articles 11, 18 et 38 du décret). Cette audience revêt une importance capitale puisqu'elle a pour objet, selon l'article 39 du décret, « *d'examiner la validité de la saisie, de statuer sur les contestations et demandes incidentes liées à celle-ci et de déterminer les modalités selon lesquelles la procédure sera poursuivie* ». Ce qui est explicité par l'article 49 du décret, lequel dispose notamment : « *À l'audience d'orientation, le juge de l'exécution, après avoir entendu les parties présentes ou représentées, vérifie que les conditions des articles 2191 et 2193 du Code civil sont réunies, statue sur les éventuelles contestations et demandes incidentes et détermine les modalités de poursuite de la procédure, en autorisant la vente amiable à la demande du débiteur ou en ordonnant la vente forcée* ».

Ainsi donc, les contestations et demandes incidentes doivent être examinées à l'audience d'orientation. Mais à quel moment doivent-elles être formulées ?

Il résulte clairement des dispositions combinées des articles 6 et 39 du décret que les contestations et demandes incidentes peuvent être formées sans aucun délai avant l'audience d'orientation et, aussi, au cours de cette audience, tant qu'elle n'aura pas pris fin. Mais au cas où l'audience d'orientation fait l'objet d'un renvoi, comme en l'espèce, les contestations et demandes incidentes formées postérieurement à la décision de renvoi sont-elles recevables ? L'arrêt attaqué par le pourvoi avait répondu par l'affirmative. Il a été approuvé sur ce point par la Cour de cassation.

La solution n'allait pas de soi car, en l'absence d'un texte prévoyant la situation, deux réponses étaient envisageables.

Il pouvait être soutenu, comme le pourvoi le faisait, que la date de l'audience d'orientation, telle que fixée dans l'assignation à comparaître, constituait la date limite, la date butoir, intangible, au-delà de laquelle toute contestation ou demande incidente (ne portant pas sur un acte de procédure postérieur) serait radicalement irrecevable et qu'en cas de renvoi, seules les contestations et demandes formulées à cette date, donc avant la décision de renvoi, pourraient être invoquées à l'audience de renvoi. En faveur de cette thèse, on pouvait retenir qu'admettre, en cas de renvoi, le dépassement de la date butoir en question reviendrait à permettre au juge d'allonger discrétionnairement un délai légal, prévu à peine d'irrecevabilité, et de libérer le débiteur de la contrainte de célérité que le pouvoir réglementaire a voulu imposer.

Cependant, une autre approche pouvait consister à considérer que constituait la limite intangible l'audience d'orientation elle-même, et non la date initialement fixée pour sa tenue dans l'assignation, et qu'en cas de renvoi, l'audience d'orientation n'avait pas été tenue et ne le sera qu'à la date de renvoi, ce qui rendait recevables les demandes incidentes ou les contestations formulées entre la décision de renvoi et (la fin de) l'audience de renvoi.

C'est cette approche qui a prévalu et ce choix s'explique : une audience judiciaire, concernant une affaire déterminée, n'est réputée avoir été tenue que lorsque son objet a été examiné et débattu, ce qui n'est sûrement pas le cas lorsqu'une juridiction appelle une affaire mais décide de la renvoyer purement et simplement à une autre audience ; il pourrait en être différemment en cas de ce qu'on appelle « *un renvoi en continuation* », où l'examen de l'affaire et les débats ont débuté sans avoir pu être terminés à la même audience. D'ailleurs, à quoi servirait-il de renvoyer l'audience dans l'attente d'une décision sur une demande d'aide juridictionnelle par exemple ou, comme en l'espèce, pour permettre à une partie de constituer avocat, si l'avocat désigné ou choisi ne devait pas pouvoir formuler une contestation ou une demande incidente au nom de son client ?

Il convient d'ajouter qu'en adoptant cette solution, la Cour de cassation a admis implicitement mais nécessairement la possibilité pour le juge de l'exécution de renvoyer l'audience d'orientation, tout au moins pour faire respecter la contradiction, car, dans le cas contraire, elle aurait relevé le moyen d'office pour casser sur ce point au lieu de rejeter le moyen, comme elle l'a fait.

2 – Pouvoirs de la cour d’appel en cas d’appel contre le jugement d’orientation

À l’issue de l’audience d’orientation, le juge de l’exécution détermine les modalités de poursuite de la procédure, en autorisant la vente amiable à la demande du débiteur ou en ordonnant la vente forcée (décret, article 49). Lorsqu’il autorise la vente amiable, « *il fixe la date à laquelle l’affaire sera rappelée dans un délai qui ne peut excéder quatre mois* » (décret, article 54, alinéa 3) et, « *à l’audience à laquelle l’affaire est rappelée, le juge s’assure que l’acte de vente est conforme aux conditions qu’il a fixées [...]. Il ne constate la vente que lorsque ces conditions sont remplies. [...] À défaut de pouvoir constater la vente amiable, le juge ordonne la vente forcée [...]* » (décret, article 58). Lorsqu’il ordonne la vente forcée, il fixe la date de l’audience à laquelle il y sera procédé (décret, article 59).

Qu’en est-il lorsque la cour d’appel, saisie d’un appel contre le jugement ordonnant la vente forcée, l’infirmes et autorise la vente amiable ? Peut-elle conserver l’affaire par-devant elle et exercer les attributions précitées du juge de l’exécution, comme l’avait fait la cour d’appel en l’espèce, ou est-elle tenue de renvoyer l’affaire devant le premier juge, comme le soutenait le quatrième moyen ?

Faute d’un texte spécifique réglementant cette question, il pouvait être envisagé de faire application des règles générales de l’appel et, notamment, de l’effet dévolutif de l’appel (article 561 du Code de procédure civile) et, donc, d’admettre que, lorsque, infirmant le jugement du juge de l’exécution, elle autorise la vente amiable, la cour d’appel suit elle-même toute la procédure postérieure à sa décision. Cependant, il était difficile d’admettre une telle solution car les textes, dans leur architecture générale, dans leur économie ainsi que dans leur détail, réservent au seul juge de l’exécution (du premier degré) la compétence pour suivre la procédure postérieure à la décision ordonnant la vente, que celle-ci soit amiable ou forcée. Dès lors, la solution adéquate consistait à considérer que, comme dans le régime de l’ancienne saisie immobilière (mais sans distinction entre moyen de fond et moyen de procédure), l’appel ne tend qu’à faire trancher une sorte d’incident de saisie et que, cet incident tranché, la procédure reprend son cours devant le premier juge. C’est cette solution pragmatique qu’a retenue la Cour de cassation en cassant sur ce point l’arrêt attaqué. La solution vaut sans aucun doute et *a fortiori* pour le cas où la cour d’appel ordonnerait la vente forcée. En somme, l’appel en la matière ne produit qu’un effet dévolutif limité, la procédure devant être renvoyée devant le juge de l’exécution une fois tranchée la question de la forme de la vente.

D – Élections

Séparation des pouvoirs – Compétence judiciaire – Domaine d’application – Trouble manifestement illicite né d’une atteinte à des droits privés – Définition – Mentions figurant sur le site internet d’un candidat à l’élection présidentielle

Première chambre civile, 9 juillet 2008 (Bull. n° 200, pourvoi n° 07-19664)

Gérard Schivardi, candidat à l’élection présidentielle de 2007, s’est présenté, tant sur ses documents électoraux que sur son site internet ou dans ses déclarations publiques, comme le « candidat des maires ».

L'Association des maires de France (AMF) s'est émue de cette mention qui, selon elle, portait atteinte à son image et à ses droits fondés sur un pluralisme politique et une neutralité absolue lors des élections.

Elle a alors saisi la Commission nationale de contrôle de la campagne en vue de l'élection présidentielle (CNCCEP) qui a refusé les documents électoraux (affiches, bulletins et professions de foi) de Gérard Schivardi portant la mention « candidat des maires ».

Le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour connaître du recours contre cette décision et le Conseil d'État s'est déclaré compétent et a rejeté le recours.

Parallèlement, l'AMF a saisi le juge judiciaire des référés pour que soit ordonné à Gérard Schivardi de supprimer de son site internet toute mention ou document contenant les termes « le candidat des maires » et qu'il lui soit interdit de se présenter comme tel dans toute déclaration qu'il pourrait faire.

Le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris s'est déclaré compétent pour connaître de cette demande et y a fait droit. La cour d'appel de Paris a confirmé cette ordonnance.

Par son arrêt du 9 juillet 2008, la Cour de cassation approuve cette décision en fixant les limites de l'intervention du juge judiciaire dans le contentieux des opérations électorales : il faut que les mesures ordonnées ne portent pas sur les documents électoraux et ne remettent pas en cause un acte administratif préparatoire à l'élection.

Il est certain que le contentieux des opérations électorales ressortit au juge de l'élection qui, pour l'élection présidentielle, est le Conseil constitutionnel. Mais celui-ci n'intervient qu'*a posteriori* pour contrôler la régularité de l'élection.

La Commission nationale de contrôle de la campagne en vue de l'élection présidentielle (CNCCEP) est certes compétente pour apprécier le contenu des documents électoraux et éventuellement les refuser si des mentions portent atteinte aux droits des tiers (ce qui fut le cas en l'espèce) mais sa compétence ne s'étend pas au-delà du matériel électoral proprement dit.

Devant ce « vide juridique », que le législateur pourrait combler en étendant la mission de la CNCCEP, la Cour de cassation a estimé que rien ne s'opposait à ce que le juge judiciaire fasse cesser le trouble manifestement illicite dont la CNCCEP avait reconnu l'existence mais qu'elle ne pouvait elle-même sanctionner. Elle reste ainsi dans la ligne des arrêts de l'assemblée plénière du 8 mars 1996 (Ass. plén., 8 mars 1996, pourvoi n° 93-14 903, Bull. 1996, Ass. plén., n° 2; Ass. plén., 8 mars 1996, pourvoi n° 93-15 274, Bull. 1996, Ass. plén., n° 2) qui ont refusé au juge judiciaire le droit d'intervenir dans les opérations électorales lorsque les mesures qu'il était demandé de prescrire portaient sur les documents électoraux.

Le juge judiciaire conserve ainsi une compétence limitée qui relève d'une division des tâches qu'un commentateur a pu qualifier d'« heureuse ».

VII. DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE

A – Procédure pénale

1 – Action publique

Prescription – Point de départ de la prescription

Chambre criminelle, 20 février 2008 (Bull n° 44, pourvoi n° 02-82 676 et n° 07-82 110)

Chambre criminelle, 19 mars 2008 (Bull n° 71, pourvoi n° 07-82 124)

Chambre criminelle, 19 mars 2008 (Bull n° 73, pourvoi n° 07-80 473)

La chambre criminelle a été confrontée à nouveau, à plusieurs reprises, à des questions relatives au point de départ de la prescription de l'action publique.

De longue date, la chambre criminelle admet que le point de départ de la prescription de l'action publique peut être reporté au-delà du jour de la commission des faits lorsque l'infraction, bien qu'instantanée, s'accompagne de manœuvres de dissimulation de nature à faire obstacle à sa révélation. Relèvent notamment de cette jurisprudence les infractions d'abus de biens sociaux (Crim., 5 mai 1997, Bull. crim., 1997, n° 159, n° 96-81 482), d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité dans les marchés publics (Crim., 27 octobre 1999, Bull. crim. 1999, n° 238, pourvoi n° 98-85 214; Crim., 27 octobre 1999, Bull. crim. 1999, n° 239, pourvoi n° 98-85 757) ou de malversation (Crim., 20 juillet 1982, Bull. crim., 1982, n° 195, n° 98-85 757). Dans l'arrêt précité du 20 février 2008, la chambre criminelle a, pour la première fois, décidé qu'il en était ainsi également en matière d'entente et a approuvé une cour d'appel qui, pour écarter la prescription de l'action publique, avait retenu que le délit d'entente poursuivi n'avait été révélé, dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique, qu'au jour de la dénonciation des faits par des élus du conseil régional; l'existence de l'entente étant dissimulée par la régularité apparente des procédures d'appel d'offres restreint et par la collusion relevée entre les entreprises, les partis politiques et l'exécutif régional.

De façon également novatrice, la chambre criminelle a jugé, dans le second arrêt précité du 19 mars 2008 (Bull. crim. 2008, n° 71), que le délai de prescription de l'action publique en matière de trafic d'influence ne commence à courir, en cas de dissimulation, qu'à partir du jour où l'infraction a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites. La portée de cet arrêt doit être bien comprise : cette décision ne constitue pas un revirement de la jurisprudence bien établie de la chambre selon laquelle lorsque le délit de trafic d'influence ou de corruption est caractérisé par la perception illicite d'avantages, le délai de prescription peut être reporté au-delà du jour où a été scellé le pacte de corruption jusqu'au jour du dernier versement ou de la dernière réception des choses promises (Crim., 13 décembre 1972, Bull. crim. 1972, n° 391; Crim., 27 octobre 1997, Bull. crim. 1997,

n° 352, pourvoi n° 96-83 698). Elle offre la possibilité aux juges du fond de fixer le point de départ de la prescription postérieurement à cette dernière date dès lors qu'ils constatent que les faits litigieux ont été dissimulés, ce qui en l'espèce était établi par le fait que l'infraction avait été dissimulée par la conclusion d'un contrat fictif et par l'utilisation d'une structure écran. La solution retenue, qui permet d'accroître l'efficacité des poursuites des faits de corruption ou de trafic d'influence, conformément aux engagements internationaux souscrits par la France (dans le cadre de l'OCDE, du Conseil de l'Europe, de l'Union européenne ou des Nations unies) se justifie pleinement par la nature même du délit, généralement occulte.

Le report du point de départ de la prescription de l'action publique est également admis par la chambre criminelle lorsque l'infraction instantanée s'exécute sous forme de remises successives de fonds (ainsi, en matière d'escroquerie) ou d'actes réitérés (prise illégale d'intérêts). Dans la mesure où ces différents actes réitérés, tous identiques, se rattachent, dans l'esprit de l'agent, à une opération délictueuse d'ensemble, ils se fondent en une infraction unique, la prescription ne commençant à courir qu'à compter du jour de la consommation de la dernière infraction, ce qui permet d'allonger le délai de prescription. Dans la dernière affaire précitée (Crim., 19 mars 2008, Bull. crim. 2008, n° 73, pourvoi n° 07-80 473), la chambre criminelle a eu à trancher la question inédite du point de départ de la prescription en matière d'abus de position dominante. Le litige opposait deux sociétés commerciales spécialisées dans la fabrication d'un produit chimique, liées pendant plus de six ans par un contrat d'approvisionnement exclusif, finalement dénoncé le 10 janvier 2000 par la société acheteuse. Le fournisseur engageait alors une procédure arbitrale devant la cour internationale d'arbitrage qui, le 5 novembre 2002, annulait le contrat comme constituant une entente prohibée et, le 28 juillet 2004, condamnait la société acheteuse à verser à sa cocontractante une somme de plus de 10 millions d'euros en réparation de son préjudice. Le 10 novembre 2004, la société acheteuse portait plainte et se constituait partie civile devant le doyen des juges d'instruction du chef d'abus de position dominante. Par l'arrêt attaqué, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Lyon constatait la prescription de l'action publique. La Cour de cassation rejette le pourvoi en énonçant que le délit d'abus de position dominante résultant de la conclusion d'un contrat d'approvisionnement exclusif se prescrit à compter du dernier acte d'exécution dudit contrat. Cette solution est conforme à ce que prévoit l'article 25 § 2 du règlement CE du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 82 et 83 du traité ainsi qu'à la jurisprudence du tribunal de première instance des communautés (TPI, 16 novembre 2006, *Peróxidos Orgánicos c./Commission*, aff. T-120/04). La chambre criminelle approuve également la chambre de l'instruction d'avoir fixé le point de départ de la prescription au jour de la dénonciation du contrat – terme ultime d'exécution dudit contrat – et non à la date de la saisine par le fournisseur d'un tribunal arbitral dès lors qu'il n'est pas établi par la société demanderesse qu'une telle saisine soit constitutive d'abus de position dominante.

2 – Action civile

Action civile – Partie civile – Constitution – Mise en mouvement de l'action publique – Conditions – Victime ayant personnellement souffert de l'infraction

Assemblée plénière, 9 mai 2008, (Bull. ass. plén., n° 1, pourvoi n° 05-87379)

Assemblée plénière, 9 mai 2008, (Bull. ass. plén., n° 1, pourvoi n° 06-85751)

Par deux arrêts rendus le 9 mai 2008, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a précisé les limites du droit de l'héritier d'agir devant la juridiction pénale en réparation du préjudice subi par son auteur du fait d'une infraction.

On sait qu'en application du principe selon lequel « toute personne victime d'un dommage, quelle qu'en soit la nature, a le droit d'en obtenir réparation de celui qui l'a causé par sa faute », la transmissibilité à l'héritier ou au légataire, continuateur de la personne du défunt, du droit patrimonial à réparation des différents chefs de préjudice matériel, physique ou moral, lorsque le défunt avait engagé l'action en réparation, a été très tôt admise. En matière civile, il n'était pas discuté, depuis un arrêt du 10 avril 1922, que l'héritier pouvait engager l'action en réparation des préjudices matériels subis par son auteur.

Seule la question de la transmission de l'action en réparation d'un préjudice moral, lorsque la victime n'a pas agi de son vivant, fut un temps résolue différemment par les chambres civiles et par la chambre criminelle de la Cour de cassation. En matière civile, il était jugé depuis un arrêt du 18 janvier 1943 que l'action en réparation du dommage moral éprouvé par la victime avant son décès est transmise à ses héritiers, dès lors que leur auteur n'a accompli avant de mourir aucun acte impliquant renonciation à agir.

En matière criminelle, il a été longtemps considéré que l'action en réparation du préjudice moral ou physique subi par le défunt présente un caractère personnel qui fait obstacle à la transmission lorsque la victime n'a pas pris l'initiative d'agir. Mais par deux arrêts rendus en chambre mixte le 30 avril 1976 (ch. mixte, 30 avril 1976, Bull. crim., 1976, n° 135, pourvoi n° 73-93014; ch. mixte, 30 avril 1976, Bull. crim., 1976, n° 136, pourvoi n° 74-90280), la Cour de cassation a admis la transmission aux héritiers de l'action en réparation du préjudice moral ou d'affection subi par la victime du fait de l'infraction, que cette dernière ait ou non engagé l'action de son vivant. Il résulte de ces décisions, d'une part, que le droit à réparation du préjudice né d'une infraction, quelle qu'en soit la nature, est un droit patrimonial, d'autre part, que l'héritier, qui recueille ce droit dans son patrimoine, peut exercer l'action en réparation qui s'y attache, même si la victime n'a pas agi de son vivant. Mais n'était alors en cause que le droit d'intervention de la partie civile, puisque dans ces deux espèces, l'action pénale avait été engagée par le ministère public.

La prérogative de mettre en mouvement l'action publique, qui est l'un des droits reconnus à la partie civile, a été refusée à l'héritier agissant pour la réparation du préjudice subi par son auteur, par un arrêt de la chambre criminelle du 27 avril 2004 (Crim., 27 avril 2004, Bull. crim., 2004, n° 96, pourvoi n° 03-87065). Cet arrêt retenait que l'action publique n'ayant été engagée ni par la victime ni par le ministère public, le demandeur ne pouvait

exercer que devant la juridiction civile le droit à réparation qui lui avait été transmis en sa qualité d'héritier.

C'est cette doctrine que l'assemblée plénière est venue consacrer (pourvoi n° 05-87379, premier arrêt) dans une espèce où l'héritier avait engagé l'action publique par voie de citation directe devant le tribunal correctionnel du chef d'abus de faiblesse commis au préjudice de son parent, alors décédé. L'arrêt attaqué avait dit son action irrecevable.

Il est certain que le droit à réparation du préjudice né d'une infraction est un droit patrimonial et que l'héritier, qui, par la fusion des patrimoines, continue la personne de son auteur et n'est pas un subrogé, peut faire valoir, du fait de son auteur, un préjudice qui répond aux exigences de l'article 2 du Code de procédure pénale.

Néanmoins, la mise en mouvement de l'action publique que l'article 1^{er}, alinéa 2, du même code confie à la partie lésée, est une prérogative propre à la victime qui a personnellement, réellement et concrètement souffert de l'infraction.

L'assemblée plénière a ainsi retenu, en rejetant le pourvoi de l'héritier, que le droit d'engager l'action publique, par sa portée et ses effets, en ce qu'il peut, en particulier, anéantir les raisons qu'avait le procureur de la République de ne pas poursuivre et, le cas échéant, de prendre une mesure alternative à la poursuite (articles 41-1 et suivants du Code de procédure pénale), est d'une nature différente de celui d'intervenir devant le juge pénal lorsque l'action publique a été engagée par le ministère public. S'agissant d'un droit personnel de la victime vraie de l'infraction, il n'est pas transmis à son héritier.

Le second arrêt (pourvoi n° 06-85751) se rapporte à une espèce où les héritiers d'une personne victime d'abus de faiblesse et décédée, avaient déposé plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction. L'irrecevabilité de cette plainte mettant en mouvement l'action publique n'avait pas été soulevée, bien qu'elle aurait pu l'être, et l'information avait été ouverte sur les réquisitions du ministère public, celui-ci ayant requis ultérieurement le renvoi devant le tribunal correctionnel de la personne mise en examen. Or, il résulte d'une jurisprudence ancienne et constante que la plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction, si elle vient à être déclarée irrecevable, vaut comme simple plainte. En outre, la cour d'appel qui avait rendu l'arrêt attaqué, n'était saisie que des seuls intérêts civils, se prononçant sur renvoi de la Cour de cassation après l'annulation d'un précédent arrêt de relaxe.

L'assemblée plénière a cassé l'arrêt de la cour d'appel qui avait dit irrecevable l'action des héritiers. Elle a rappelé que le droit à réparation de la victime de l'infraction, né dans son patrimoine, avait été transmis à ses héritiers ; que ces derniers étaient recevables à l'exercer devant la cour d'appel saisie des seuls intérêts civils et qu'il était indifférent que la victime n'ait pas engagé l'action publique de son vivant, dès lors qu'il n'était pas établi qu'elle y avait renoncé et que l'action publique avait été mise en mouvement sur les réquisitions prises par le procureur de la République devant le juge d'instruction.

Il en résulte que l'héritier, agissant en réparation du préjudice subi par son auteur du fait d'une infraction lorsque ce dernier n'a pas agi de son vivant, peut soit engager l'action devant la juridiction civile, soit se constituer partie civile par voie d'intervention devant le juge pénal.

Extinction de l'action publique – Survie de l'action civile – Conditions – Existence d'une décision préalablement rendue au fond sur l'action publique

Chambre criminelle, 5 février 2008 (pourvoi n° 07-87-207)

La chambre criminelle s'est prononcée sur la délicate articulation entre l'action civile et l'action publique à l'occasion d'une affaire où un prévenu, poursuivi devant le tribunal correctionnel pour homicide involontaire, était décédé en cours de délibéré.

Le tribunal a constaté, par jugement du 13 octobre 2006, que l'action publique était éteinte, et a renvoyé l'affaire sur intérêts civils à l'audience du 8 décembre 2006, date à laquelle il l'a mise en délibéré. Par jugement du même jour, l'assureur du prévenu a été condamné à payer diverses sommes aux parties civiles.

La cour d'appel, prononçant sur l'appel de l'assureur et sur celui d'un des ayants droit de la victime, a fixé les créances des parties civiles sans prononcer de condamnation.

Le pourvoi, formé par cet ayant droit, ne discutait que le mode de calcul du préjudice économique.

Mais, indépendamment de ce grief, l'arrêt prononçant sur l'action civile ne pouvait échapper à la censure dès lors qu'il n'avait pas été statué, préalablement, sur la culpabilité du prévenu et que l'action civile ne peut être tranchée par le juge répressif qu'accessoirement à l'action publique. Or le décès du prévenu faisait obstacle à l'examen au fond sur la prévention, qui est un préalable nécessaire à celui de l'action civile.

C'est pourquoi, sur un moyen relevé d'office, la chambre a cassé l'arrêt attaqué en énonçant que « *les tribunaux répressifs ne sont compétents pour connaître de l'action civile en réparation du dommage né d'une infraction qu'accessoirement à l'action publique; qu'il en résulte que ces tribunaux ne peuvent se prononcer sur l'action civile qu'autant qu'il a été préalablement statué au fond sur l'action publique* ».

Recevabilité – Engagement avant la prescription de l'action publique – Acte engageant l'action – Acte d'appel – Extinction de l'action publique – Survie de l'action civile – Application des règles du Code civil

Chambre criminelle, 2 avril 2008 (Bull n° 89, pourvoi n° 06-86384)

Chambre criminelle, 15 mai 2008 (Bull n° 120, pourvoi n° 07-83326)

Aux termes de l'article 10 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 23 décembre 1980 qui a mis fin au principe de la solidarité des prescriptions de l'action publique et de l'action civile, l'action civile « [ne peut plus être engagée devant la juridiction répressive après l'expiration du délai de prescription de l'action publique] ».

Dans ces deux arrêts, la chambre criminelle a précisé les conséquences de la prescription de l'action publique sur l'action civile engagée devant les juridictions répressives.

Pour bien comprendre la portée de l'arrêt du 2 avril 2008 précité, il convient de rappeler qu'en matière douanière, trois actions distinctes peuvent être portées devant la juridiction répressive : l'action publique pour l'application des peines, l'action fiscale et l'action

en paiement des droits éludés. Cette dernière action, qui a seule le caractère d'une action civile (Crim., 6 février 1997, Bull. crim., n° 52, pourvoi n° 95-83 452 ; Crim., 8 janvier 1998, Bull. crim., n° 9, pourvoi n° 97-84 996) et que l'administration tient de l'article 369-4 du Code des douanes (« *les tribunaux ne peuvent dispenser le redevable du paiement des sommes fraudées ou indûment obtenues* ») relève de la compétence de la juridiction répressive, en vertu de l'article 377 bis du Code des douanes. Aux termes du 2^e § de cet article, « *même quand elle ne prononce aucune condamnation, la juridiction répressive est compétente pour se prononcer sur les dispositions du 4 de l'article 369 du présent code* ». La chambre criminelle juge que « *selon l'article 377 bis du Code des douanes, la compétence de la juridiction répressive pour statuer sur la demande en paiement des droits éludés s'étend à tous les cas où cette juridiction ne prononce aucune condamnation* » (Crim., 22 septembre 2004, Bull. crim., n° 220).

Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 2 avril 2008, un commissionnaire en douane et un importateur, relaxés par le tribunal correctionnel du chef de contrebande, avaient été cités, par l'administration des douanes, devant la cour d'appel en paiement des droits éludés, plus de trois ans après les déclarations d'appel et donc postérieurement à la prescription de l'action publique et de l'action fiscale. L'administration des douanes se prévalant de l'article 221, alinéa 4, du Code des douanes communautaires, entendait faire juger que l'action en paiement des droits éludés n'était pas prescrite puisque trentenaire, en application de l'article 355 du Code des douanes.

Sans statuer sur cette question, d'ailleurs en l'état non tranchée par la Cour de cassation, la juridiction du second degré jugeait qu'elle n'était pas valablement saisie de l'action en paiement des droits éludés, les citations à comparaître ayant été délivrées postérieurement à la prescription des actions publique et fiscale, solution conforme à deux arrêts non publiés de la chambre criminelle (Crim., 2 décembre 1998, Bull. crim., n° 97-84 777 et Crim., 15 mai 2001, pourvoi n° 00-84 753), aux termes desquels l'action civile ne peut plus être exercée devant la juridiction répressive après l'expiration du délai de prescription de l'action publique, qu'il appartient à la partie civile d'interrompre par un acte de poursuite en faisant elle-même délivrer une citation au prévenu.

Revenant sur cette jurisprudence, la chambre criminelle censure cette analyse en relevant que la cour d'appel avait été régulièrement saisie, par la déclaration d'appel, de l'action en paiement des droits éludés engagée avant la prescription de l'action publique.

Ce faisant, la chambre criminelle apporte simplification et cohérence au sort de l'action civile devant les juridictions répressives en cas d'extinction de l'action publique. On rappellera en effet que la chambre criminelle admet, de longue date, le maintien de la compétence de la juridiction répressive pour connaître de l'action civile, en dépit de l'extinction de l'action publique en raison du décès du prévenu (Crim., 22 décembre 1958, Bull. crim., n° 762), de l'amnistie (Crim., 2 mars 1971, Bull. crim., n° 68), de l'abrogation de la loi pénale (Crim., 16 décembre 1954, Bull. crim., n° 405), dès lors du moins qu'une première décision au fond est intervenue.

Dans le second arrêt commenté du 15 mai 2008, la chambre criminelle, faisant application de sa jurisprudence du 2 avril 2008, a, au visa de l'article 10 du Code de procédure pénale, cassé un arrêt de cour d'appel qui, après avoir constaté la prescription de l'action publique,

déboutait de ses demandes la partie civile, appelante d'une décision de relaxe, en énonçant que l'action civile se prescrit selon les règles du Code de procédure pénale lorsqu'elle est portée devant les juridictions répressives. La cour de cassation constate que l'action civile se prescrivant selon les règles du Code civil, en l'espèce à expiration d'un délai de dix ans, la cour d'appel demeurerait compétente pour statuer sur une telle action.

On relèvera que depuis la loi du 17 juin 2008 relative à la réforme de la prescription en matière civile cette jurisprudence est caduque : l'article 10 du Code de procédure pénale disposant désormais que l'action civile exercée devant une juridiction répressive se prescrit selon les règles de l'action publique. La réduction de trente ans à cinq ans de la prescription civile de droit commun impliquant que, dans certains cas, elle sera plus courte que la prescription de l'action publique, le législateur n'a pas souhaité que ces dispositions aient pour conséquence d'interdire à la victime d'agir devant le juge pénal lorsque la prescription civile est acquise avant la prescription pénale.

3 – Appel correctionnel ou de police

Déclaration d'adresse par le prévenu – Citation faite à parquet sans vérification effective de l'adresse déclarée – prévenu non comparant

Chambre criminelle, 19 mars 2008 (pourvoi n° 07-85 149)

Chambre criminelle, 16 septembre 2008 (Bull. n° 184, pourvoi n° 08-81 351)

Chambre criminelle, 17 décembre 2008 (pourvoi n° 08-83 699, en cours de publication)

L'application des dispositions de l'article 503-1 du Code de procédure pénale, issues de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, suscite un contentieux important devant la chambre criminelle. Rappelons qu'en vertu de cet article, jugé conforme à l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme (Crim., 11 septembre 2007, pourvoi n° 06-88 773), le prévenu libre appelant doit déclarer une adresse (son adresse personnelle ou celle d'un tiers consentant). À cette déclaration d'adresse, l'article précité attache deux conséquences : toute citation, notification ou signification faite à la dernière adresse déclarée est réputée faite à sa personne ; le prévenu qui ne comparaît pas à l'audience sans excuse reconnue valable par la cour d'appel est jugé par arrêt contradictoire à signifier. Au visa de cet article, la chambre criminelle a jugé que ne peut être jugé par arrêt contradictoire à signifier, le prévenu appelant qui a été cité à une adresse qui n'était pas celle qu'il avait déclarée conformément à l'article 503-1 du Code de procédure pénale (Crim., 20 février 2007, Bull. crim., 2007, n° 49).

Les arrêts précités ont permis à la chambre criminelle de préciser les diligences que devait accomplir l'huissier qui se transporte à l'adresse déclarée par l'appelant afin de délivrer une citation.

Dans le premier arrêt, et conformément à sa jurisprudence antérieure (Crim., 25 avril 2006, Bull. crim., n° 107), la chambre criminelle a jugé que l'huissier qui constate que l'appelant est inconnu à l'adresse déclarée et en dresse procès-verbal n'a pas d'autre diligence à accomplir ; les articles 555 et suivants du Code de procédure pénale étant inapplicables

et l'acte délivré à l'adresse déclarée valant citation à personne. Dans ce cas, la cour doit statuer par arrêt contradictoire à signifier.

Le deuxième arrêt juge qu'il ne peut en être ainsi qu'en cas de vérification effective par l'huissier de l'adresse déclarée et que doit être jugée par défaut en application de l'article 412 du Code de procédure pénale le prévenu appelant non comparant cité à parquet après que l'huissier chargé de délivrer l'acte à l'adresse déclarée lors de l'appel s'est borné à mentionner « *identification difficile, rien sur annuaire* ».

Enfin, le troisième arrêt a traité à l'hypothèse où, après vérification effective de l'huissier, il apparaît que le destinataire de l'exploit demeure bien à l'adresse indiquée. Dans ce cas, l'huissier est tenu d'effectuer les diligences prévues par les articles 555 et suivants dudit code. Une cour d'appel ne peut dès lors statuer par décision contradictoire à signifier à l'égard de prévenus, absents à l'audience, en énonçant que ceux-ci ont été cités à l'adresse figurant dans l'acte d'appel, par exploits d'huissier délivrés à mairie, alors qu'il ne ressort pas des mentions des citations que l'huissier a adressé aux prévenus les lettres recommandées prévues par l'article 558, alinéa 3, du Code de procédure pénale.

Droit d'appel du procureur général près une cour d'appel – Délai – Délai d'appel plus long que celui ouvert aux autres parties – Convention européenne des droits de l'homme – Compatibilité (non)

Chambre criminelle, 17 septembre 2008 (Bull. n° 188, pourvoi n° 08-80598)

Par cet arrêt, la chambre criminelle a opéré un revirement de jurisprudence important.

L'article 505 du Code de procédure pénale fixe à deux mois le délai d'appel du procureur général près la cour d'appel à compter du prononcé du jugement tandis que les autres parties disposent, en vertu de l'article 498 du même code, d'un délai de dix jours à compter du prononcé du jugement contradictoire ou de sa signification.

La Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France à deux reprises pour violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison du déséquilibre entre les parties engendré par la prolongation du délai d'appel dont a bénéficié le parquet en application de l'article 505 du Code de procédure pénale, qui a mis les prévenus dans une situation de net désavantage par rapport au ministère public, contraire au principe de l'égalité des armes (CEDH, 3 octobre 2006, *Ben Naceur c./France*, requête n° 63879/00 ; CEDH, 22 mai 2008, *Gacon c./France*, requête n° 1092/04).

Consacrant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la chambre criminelle a jugé que l'article 505 du Code de procédure pénale qui ouvre au procureur général près la cour d'appel un délai d'appel plus long que celui accordé aux autres parties n'est pas compatible avec le principe de l'égalité des armes découlant de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

4 – Cassation

Pourvoi – Pourvoi du ministère public – Mémoire – Dépôt – Modalités – Dépôt au greffe de la Cour de cassation – Défaut – Sanction – Irrecevabilité

Chambre criminelle, 22 janvier 2008 (Bull. n° 16, pourvoi n° 07-86458)

Chambre criminelle, 23 janvier 2008 (Bull. n° 17, pourvoi n° 07-85900)

La loi du 5 mars 2007 relative à l'équilibre de la procédure pénale a introduit dans le Code de procédure pénale un nouvel article 585-2 dont l'objet est d'aligner les conditions de recevabilité du mémoire en demande du ministère public, lorsque ce dernier se pourvoit en cassation, sur celles du mémoire du demandeur condamné pénalement (article 585-1 du Code de procédure pénale). Jusqu'à cette réforme, la loi ne prévoyait aucun délai pour le dépôt du mémoire du procureur général demandeur au pourvoi. Si la chambre criminelle avait admis par un arrêt du 6 avril 2005 (pourvoi n° 04-82446) qu'était recevable le mémoire déposé le 1^{er} avril 2004 à l'appui d'un pourvoi formé le 23 février 2004, elle avait en revanche jugé, par un arrêt du 10 décembre 2002 (Bull. crim., 2002, n° 221), que le mémoire parvenu à la Cour de cassation neuf mois après la date de 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 des droits de l'homme.

Aux termes du nouvel article 585-2 du Code de procédure pénale, sauf dérogation accordée par le président de la chambre criminelle, le mémoire du ministère public doit parvenir au greffe de la Cour de cassation au plus tard un mois après la date du pourvoi.

Faisant application de cet article, la chambre criminelle a jugé qu'est irrecevable comme tardif le mémoire parvenu au greffe de la Cour de cassation le 11 septembre 2007, plus d'un mois après la date du pourvoi, formé le 7 août 2007 (premier arrêt) et que, de même, est irrecevable, le mémoire en demande déposé par le procureur général le 18 juillet 2007 au greffe de la juridiction qui a statué et non pas au greffe de la Cour de cassation où il n'est parvenu que le 17 août 2007, soit plus d'un mois après la date du pourvoi formé le 4 juillet 2007 (second arrêt).

5 – Enquête et instruction

Criminalité organisée – Procédure – Sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules – Régularité – Conditions – Détermination

Chambre criminelle, 13 février 2008 (Bull. n° 40, pourvoi n° 07-87458)

Chambre criminelle, 27 février 2008 (Bull. n° 53, pourvoi n° 07-88275)

Chambre criminelle, 9 juillet 2008 (Bull. n° 170, pourvoi n° 08-82091)

Chambre criminelle 13 novembre 2008 (pourvoi n° 08-85456, en cours de publication)

Par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, le législateur a introduit dans le Code de procédure pénale la possibilité de mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement

de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l'image d'une ou plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé.

Par quatre arrêts rendus en 2008, la chambre criminelle a eu l'occasion de préciser le champ d'application de ce dispositif et les conditions de sa mise en œuvre. S'agissant d'un dispositif extrêmement intrusif, qui porte une atteinte importante à la vie privée, elle a fait une application très rigoureuse des dispositions légales le régissant.

L'article 706-96 du Code de procédure pénale prévoit que la sonorisation et la fixation d'images ne sont possibles que dans les informations suivies pour un crime ou un délit prévu par l'article 706-73 du Code de procédure pénale relevant de la criminalité organisée (article 706-96 CPP). La chambre criminelle a en conséquence approuvé une chambre de l'instruction d'avoir déclaré irrégulières les opérations de sonorisation d'un parloir ordonnées par un juge d'instruction dans une information ouverte du chef de meurtre, cette infraction n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 706-73 du Code de procédure pénale (Crim., 9 juillet 2008, pourvoi n° 08-82091).

Interprétant strictement l'article 706-96 du Code de procédure pénale, la chambre criminelle a précisé les conditions de la mise en œuvre de la sonorisation et de la fixation d'images. Pour que cette mesure soit régulière, elle doit être précédée des décisions suivantes :

- une ordonnance motivée rendue par le juge d'instruction, après avis du procureur de la République, autorisant les officiers et agents de police judiciaire à mettre en place un dispositif technique ayant pour objet la sonorisation ou la fixation d'images ;
- une commission rogatoire spéciale délivrée par le juge d'instruction aux officiers de police judiciaire qu'il désigne pour y procéder ;
- si la mise en place du dispositif nécessite que les agents de police pénètrent dans un lieu privé, une autorisation spéciale délivrée par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention saisi à cette fin par le juge d'instruction, lorsqu'il est nécessaire de pénétrer dans un lieu d'habitation et que l'opération doit intervenir entre 21 heures et 6 heures.

Conformément à l'article 706-97 du Code de procédure pénale, ces décisions doivent comporter tous les éléments permettant d'identifier les véhicules ou les lieux privés ou publics visés, l'infraction qui motive le recours à ces mesures ainsi que la durée de celles-ci.

La chambre criminelle impose clairement qu'à l'ordonnance motivée d'autorisation de mise en place du dispositif de sonorisation ou de fixation d'images s'ajoute une commission rogatoire spéciale en vue de l'exécution de ladite ordonnance. Elle a ainsi censuré l'arrêt d'une chambre de l'instruction, qui pour rejeter un moyen d'annulation, pris de l'irrégularité des opérations de sonorisation effectuées, en raison de l'absence de commission rogatoire spéciale, avait relevé que les officiers de police judiciaire avaient régulièrement accompli ces actes en exécution d'une commission rogatoire antérieure générale (Crim., 13 février 2008, Bull. crim., n° 40, pourvoi n° 07-87458). La chambre criminelle considère également que l'autorisation délivrée par le juge des libertés et de la détention, saisi à cette fin par le juge d'instruction, de pénétrer dans un lieu d'habitation ne peut pas suppléer l'absence d'ordonnance motivée rendue par le juge d'instruction pour autoriser les officiers et agents de police judiciaire à mettre en place un dispositif technique ayant pour objet la sonorisation

ou la fixation d'images. Elle a ainsi censuré l'arrêt rendu par une chambre de l'instruction qui avait déclaré régulières des opérations de sonorisation, alors qu'il résultait de ses constatations que le juge d'instruction avait omis de rendre une ordonnance motivée autorisant et fixant la durée des opérations de sonorisation (Crim., 27 février 2008, Bull. crim., n° 53, pourvoi n° 07-88275). Atténuant ce formalisme, elle a toutefois admis que la mention de la durée de la mesure figurant dans la commission rogatoire puisse suppléer l'absence de cette indication dans l'ordonnance autorisant les officiers de police judiciaire à mettre en place le dispositif (Crim., 13 novembre 2008, pourvoi n° 08-85456, en cours de publication).

L'article 706-98 du Code de procédure pénale prévoit que les décisions prises en application de l'article 706-96 sont prises pour une durée maximale de quatre mois et qu'elles ne peuvent être renouvelées que dans les mêmes conditions de forme et de durée. La chambre criminelle a eu l'occasion de préciser que le renouvellement d'une autorisation de mise en place d'un dispositif de sonorisation ou de fixation d'images doit intervenir avant l'expiration de la mesure précédente. Elle a en conséquence censuré l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui avait déclaré régulière une ordonnance de renouvellement intervenue le 5 juillet 2007 alors que l'autorisation précédente avait pris fin le 23 juin 2007 (Crim., 13 novembre 2008, pourvoi n° 08-85456, en cours de publication).

Appel de la partie civile – Délai – Point de départ – Notification par lettre recommandée

Chambre criminelle, 22 mai 2008 (Bull. n° 130, pourvoi n° 07-88267)

Chambre criminelle, 28 octobre 2008 (pourvoi n° 08-82524, en cours de publication)

Dans ces deux affaires, la question posée était la suivante : la date de notification par lettre recommandée d'une ordonnance rendue par un juge d'instruction est-elle la date mentionnée par le greffier sur l'ordonnance ou bien celle apposée par les services postaux lors du dépôt de la lettre recommandée ? La question est importante puisque cette date constitue le point de départ du délai d'appel.

Dans l'arrêt du 28 octobre 2008, une information judiciaire avait été ouverte du chef d'esroquerie, à la suite d'une plainte d'une banque mettant en cause un conseiller de clientèle ayant octroyé des prêts à la consommation à des clients non solvables.

Par décision de non-admission du 12 mars 2007, le président de la chambre de l'instruction a déclaré l'appel, interjeté par la partie civile le 6 mars 2007, contre l'ordonnance du juge d'instruction ayant constaté l'extinction de l'action publique pour certains contrats de prêt et prononcé un non-lieu pour insuffisance de charges pour les autres, irrecevable en raison de sa tardiveté. Selon la décision, l'appel n'avait pas été formé dans le délai de dix jours, prévu par l'article 186, alinéa 4, du Code de procédure pénale, la notification de l'ordonnance ayant été « faite le 22 février 2007 ».

La banque a formé un pourvoi et critiqué cette décision d'irrecevabilité. Elle faisait valoir que l'appel avait été formé dans le délai de dix jours suivant la notification de l'ordonnance, qui avait eu lieu, le lundi 26 février 2007, jour de l'envoi de la lettre recommandée.

Les textes invoqués étaient les articles 186 et 183 du Code de procédure pénale relatifs au délai et aux modalités de l'appel des ordonnances du juge d'instruction :

- Le 4^e alinéa de l'article 186 :

« L'appel des parties [...] doit être formé dans les conditions et selon les modalités prévues par les articles 502 et 503, dans les dix jours qui suivent la notification ou la signification de la décision. »

- Les 2^e et 5^e alinéas de l'article 183, selon lesquels :

« [...] les décisions qui sont susceptibles de voies de recours d'une partie à la procédure ou d'un tiers conformément aux articles [...] 186 et 186-1 leur sont notifiés dans les délais les plus brefs soit verbalement, avec émargement au dossier de la procédure, soit par lettre recommandée [...] »

« [...] Dans tous les cas, mention en est portée au dossier par le greffier de la nature et de la date de la diligence faite en application du présent article ainsi que des formes utilisées. »

Dans des décisions antérieures, la chambre criminelle avait précisé que le délai d'appel courait à compter du lendemain de la notification et non de la notification elle-même et que cette notification était :

- la date d'envoi de la lettre recommandée et non la date de réception ;
- la date d'expédition et non la date de présentation.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 28 octobre 2008, les mentions portées par le greffier sur l'ordonnance faisaient état d'une expédition de la lettre, le 22 février 2007, tandis que le tampon apposé par la poste sur le bordereau du recommandé faisait apparaître un dépôt de la lettre le 26 février 2007. L'ordonnance attaquée a retenu la première date, comme point de départ du délai d'appel, alors que le moyen invoquait qu'il fallait prendre en compte la seconde. La déclaration d'appel ayant été faite le 6 mars 2007, si l'on retenait la première date, l'appel était tardif et irrecevable alors que si l'on retenait la seconde, il avait été formé dans les délais et était recevable.

La chambre criminelle, jusqu'à l'arrêt du 22 mai 2008, avait considéré que la preuve de cette expédition résultait des mentions portées par le greffier et non de celles apposées par la poste lors du dépôt du recommandé. Elle avait estimé qu'en l'absence de « *mention relative aux formes utilisées par cette notification [...] portée au dossier par le greffier [...] les récépissés postaux annexés à l'ordonnance ne sauraient y suppléer et faire la preuve de cette diligence* » (Crim., 10 mars 1992, Bull. crim., n° 106, pourvoi n° 91-85981 ; Crim., 22 octobre 1996, Bull. crim., n° 368, pourvoi n° 95-84498 ; Crim., 30 novembre 1999, Bull. crim., n° 281, pourvoi n° 98-85860 ; Crim., 30 mai 2007, Bull. crim., n° 141, pourvoi n° 07-81923).

Dans l'arrêt du 22 mai 2008, la chambre criminelle a censuré une ordonnance d'un président de chambre de l'instruction ayant déclaré irrecevable un appel contre une ordonnance de refus de restitution de scellés rendu par un juge d'instruction en retenant la seconde solution. La motivation était la suivante :

« Attendu que, pour déclarer irrecevable comme tardif, l'appel relevé par le demandeur, le 14 août 2007, de l'ordonnance de refus de restitution de scellés, l'ordonnance attaquée énonce que la décision du juge d'instruction a été notifiée à la partie civile et à son avocat le 3 août 2007, selon mention figurant en marge de ladite ordonnance ;

« Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors qu'il résulte de l'examen des pièces de la procédure que l'expédition de la lettre recommandée, qui constitue le point de départ du délai de dix jours, n'est intervenue que le lundi 6 août 2007, date de remise du pli recommandé à la poste, le président de la chambre de l'instruction a excédé ses pouvoirs [...] »

La chambre criminelle, dans l'arrêt du 28 octobre 2008, estime que cette règle s'applique également à un appel formé contre une ordonnance de non-lieu. Le délai d'appel a commencé à courir le lendemain du 26 février 2007 (date du tampon apposé par la poste) et non du 26 février 2007 (date mentionnée par le greffier sur l'ordonnance). L'appel, qui avait été interjeté dans le délai légal, a donc été déclaré, à tort, irrecevable par le président de la chambre de l'instruction. La Cour estime que « le point de départ du délai (d'appel) de dix jours, n'est intervenu que le 26 février 2007, date de remise du pli recommandé à la poste » et censure la décision de non-admission, sur le fondement des articles 183 et 186 du Code de procédure pénale.

La solution retenue, qui a vocation à s'appliquer aux différentes ordonnances rendues par le juge d'instruction, fait partir le délai d'appel à compter de la date effective d'expédition de la lettre de notification. Elle nécessite donc la vérification de cette date sur le bordereau de recommandés figurant dans le dossier d'instruction. Elle limite les rigueurs de la jurisprudence sur la computation des délais en matière pénale (qui ne prend en compte ni la date de réception, qu'elle ne peut connaître en l'absence d'avis de réception, ni la date de 1^{re} présentation du pli au destinataire). Elle assimile, en outre, deux situations comparables, celle où une personne n'est pas encore en mesure d'exercer une voie de recours et celle où elle en est privée. Elle apparaît, enfin, plus conforme à la Convention européenne des droits de l'homme.

Les arrêts du 22 mai et du 28 octobre 2008 mettent fin à la jurisprudence retenant comme point de départ pour le délai d'appel contre une ordonnance du juge d'instruction la date de notification indiquée par le greffier sur l'ordonnance. Désormais, doit être retenue la date de remise du pli recommandé à la poste.

6 – Chose jugée

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

Chambre mixte, 10 octobre 2008 (pourvoi n° 04-16 174, en cours de publication)

Par cet arrêt, la chambre mixte rappelle que seules les décisions définitives des juridictions pénales statuant au fond sur l'action publique, ont au civil, autorité à l'égard de tous,

ce qui exclut que celles qui tranchent sur un incident de procédure se voient reconnaître une telle autorité.

Régulièrement réaffirmé depuis le XIX^e siècle, le principe jurisprudentiel de l'autorité absolue de la chose jugée au pénal sur le civil veut que ce qui a été définitivement jugé par le juge répressif quant à l'existence du fait incriminé, sa qualification, la culpabilité ou l'innocence de ceux auxquels le fait est imputé s'impose au juge civil et ait effet à l'égard de tous (Civ., 7 mars 1855, Bull. civ., n° 31 ; prem. ch. civ., 2 mai 1984, Bull. 1984, I, n° 144, pourvoi n° 83-10264 ; deux. ch. civ., 3 mai 2006, Bull. 2006, II, n° 112, pourvoi n° 05-11339 ; Com., 5 novembre 1991, Bull. 1991, IV, n° 330 ; Soc., 13 juillet 1994, Bull. 1994, V, n° 238). Il a pour but d'éviter que le juge pénal, qui a statué sur la culpabilité d'un individu, ne soit démenti par le juge civil.

En raison des atteintes qu'une telle autorité est susceptible de porter au principe de la contradiction, la jurisprudence veille à limiter son application. S'agissant des décisions des juridictions d'instruction, qui ont un caractère provisoire et qui ne prononcent pas sur la culpabilité, elles ne sont revêtues d'aucune autorité au civil (req., 31 mars 1855, S. 1855. I. 296, D. 1885. I. 188 ; deux. ch. civ., 12 novembre 1997, Bull., 1997, II, n° 261).

Toutefois, dès lors qu'à la différence des autres décisions rendues par la chambre de l'instruction, celles qui prononcent sur la régularité d'un acte de procédure s'imposent à la juridiction de jugement, devait-il en être de même à l'égard du juge civil ? Telle est la question inédite tranchée par l'arrêt de la chambre mixte.

En l'espèce, à la suite d'écoutes téléphoniques opérées à la demande d'un juge d'instruction sur la ligne d'un tiers, deux avocats ont été poursuivis au disciplinaire pour violation du secret professionnel, au vu de procès-verbaux dont la chambre de l'instruction avait admis la validité. Devant la juridiction ordinaire, puis en appel, ils ont invoqué le caractère déloyal et illicite de l'interception et de la transcription de leurs propos. La cour d'appel a rejeté cette argumentation en raison de l'autorité de chose jugée attachée à l'arrêt de la chambre de l'instruction, juridiction devant laquelle, faute d'être parties à la procédure d'information, ils n'avaient pu intervenir.

Conférer une autorité absolue de chose jugée à la décision de la chambre de l'instruction avait pour effet d'interdire aux demandeurs au pourvoi de faire examiner la régularité des moyens de preuve fondant les poursuites disciplinaires, en violation non seulement du principe de la contradiction mais aussi du droit à un procès équitable reconnu par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui impliquent, l'un comme l'autre, la faculté pour une partie de prendre connaissance des observations et des pièces produites par l'autre et de les discuter (CEDH, 26 juin 1993, *Ruiz Mateos c./Espagne*).

Cette solution portait également atteinte au respect de la vie privée et de la correspondance, dès lors que l'ingérence dans un droit reconnu par l'article 8 de la Convention précitée ne peut avoir lieu que si, prévue par la loi, elle est nécessaire et fait l'objet d'un contrôle efficace, ce qui nécessite, selon la jurisprudence dégagée par la Cour européenne, que toute personne dont les propos ont été interceptés puisse être en mesure de faire contrôler que les écoutes poursuivent un but légitime et nécessaire dans une société démocratique (CEDH,

24 août 1998, *Lambert c./France*, req. n° 23618/94; CEDH, 20 mars 2005, *Matheron c./France*, req. n° 57752/00; CEDH, 18 mars 2008, *Picart c./France*).

Tout en se limitant à réaffirmer que seules les décisions statuant sur la culpabilité ont autorité de chose jugée au civil, l'arrêt de la chambre mixte se situe dans le prolongement des décisions, qui, depuis la fin du XIX^e siècle, ont écarté l'application du principe de l'autorité *erga omnes* de la chose jugée au pénal sur le civil, aux tiers n'ayant pas eu la possibilité de se défendre devant la juridiction répressive (Civ., 9 mai 1898, Bull. civ., 1898, n° 79; Civ., 26 janvier 1932, DH 1932, p. 147; Civ., 14 août 1940, *Gaz. Pal.* 1940-2, jurispr. p. 127; deux. ch. civ., 11 juillet 1956, Bull., 1956, II, n° 447; Ass. plén., 12 juillet 2000, Bull. 2000, Ass. plén., n° 6).

B – Droit pénal général

Responsabilité pénale – Personne morale – Conditions – Commission d'une infraction pour le compte de la société par l'un de ses organes ou représentants – Indication de l'identité de l'auteur des manquements – Nécessité – Exclusion – Cas

Chambre criminelle, 25 juin 2008 (pourvoi n° 07-80261).

Cet arrêt constitue une nouvelle illustration de la règle dégagée par la chambre criminelle selon laquelle la responsabilité pénale d'une personne morale peut être engagée en raison de la commission d'une infraction alors même que l'auteur de l'infraction n'est pas identifié, dès lors que le juge peut acquérir la certitude que l'infraction a été commise dans tous ses éléments par un organe ou un représentant.

On sait que l'article 121-2 du Code pénal, qui définit les conditions dans lesquelles une infraction commise par une personne physique peut être imputée à une personne morale, exige que l'infraction poursuivie ait été caractérisée dans tous ses éléments, matériel et intellectuel, à l'encontre d'un organe ou d'un représentant.

La chambre criminelle a néanmoins précisé que l'identification de l'auteur de l'infraction n'est pas nécessaire lorsqu'il est possible de déduire des circonstances de l'espèce que l'infraction n'a pu être commise que par un organe ou un représentant. Il en est ainsi notamment lorsque qu'est reprochée à la personne morale une faute d'imprudence ou de négligence consistant en la violation d'une disposition législative ou réglementaire s'imposant à elle. En effet, dans ce cas, on sait « *que le devoir de faire respecter la réglementation méconnue pesait nécessairement sur un organe ou un représentant de la personne morale : soit le dirigeant, soit, en cas de délégation de pouvoirs, le délégataire, lequel peut être considéré comme un représentant au sens de l'article 121-2 du Code pénal* » (voir *Rapport Cour de cassation 1998*, p. 303; Crim., 1^{er} décembre 1998, Bull. crim., 1998, n° 325, pourvoi n° 97-80560).

Ainsi posée d'abord en matière non intentionnelle, cette jurisprudence a été également consacrée en matière intentionnelle. Dans un arrêt du 21 mars 2000 (Bull. crim., 2000, n° 128, pourvoi n° 98-84714), la chambre criminelle a admis qu'une cour d'appel ait pu imputer à une société la violation de l'article 29 de la loi du 3 août 1995 portant amnistie, pour avoir

produit au cours d'une instance prud'homale un document rappelant une sanction disciplinaire amnistiée sans qu'ait été identifié l'organe ou le représentant de la personne morale fautif, dès lors que ce document « *avait nécessairement été produit par le représentant de cette société devant le conseil de prud'hommes et qu'une telle production, effectuée en connaissance de cause, caractérisait l'infraction en tous ses éléments en la personne de son représentant* ». Il a été jugé de même dans un cas d'usage de fausses attestations au cours d'une instance judiciaire (Crim., 24 mai 2000, Bull. crim., 2000, n° 203, pourvoi n° 99-83414).

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 25 juin 2008, une société productrice de conserves de légumes et vendant des produits sous les marques d'un distributeur, avait répondu, pour deux campagnes annuelles, à des appels d'offres et s'était vu imposer par une filiale d'une centrale d'achat des prix de vente supérieurs à ceux qu'elle avait proposés, la différence étant reversée sous forme de ristournes différées ou de paiement de prestations de services par ladite société. Un contrôle opéré par la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ayant relevé l'absence de réalité des prestations rémunérées, la société productrice et la centrale d'achat ont été poursuivies respectivement des chefs de faux et complicité.

Déclarées en appel pénalement responsable des chefs précités, les sociétés faisaient valoir devant la Cour de cassation que la cour d'appel avait omis de rechercher si les infractions de faux et complicité avaient été commises par l'un de leurs organes ou représentants. Dans la lignée de sa jurisprudence précitée, la chambre criminelle rejette le pourvoi en déduisant des énonciations de l'arrêt selon lesquelles « *l'application combinée dans les contrats de commande de la ristourne différée et des clauses d'accord de coopération n'a d'autre but que de permettre à la société productrice de récupérer auprès de la centrale d'achat le supplément de prix facturé par celle-ci, et de se constituer ainsi des marges arrières* » que « *les infractions retenues s'inscrivent dans le cadre de la politique commerciale des sociétés en cause et ne peuvent, dès lors, avoir été commises, pour le compte des sociétés, que par leurs organes ou représentants* ».

C – Droit pénal spécial

1 – Homicide et blessures involontaires.

Faute – Faute caractérisée – Article 121-3 du Code pénal – Personne physique n'ayant pas directement causé le dommage – Application – Maire
Chambre criminelle, 22 janvier 2008 (pourvoi n° 07-83877)
Chambre criminelle, 10 juin 2008 (pourvoi n° 07-87134)

Le contentieux de la responsabilité pénale des décideurs publics en matière d'infractions non intentionnelles s'est enrichi de deux nouveaux arrêts qui illustrent également l'examen, approprié, par les juges du fond, de l'intensité de la faute commise et la conscience, par son auteur, du risque encouru par autrui.

La première affaire concerne l'accident subi par une personne qui voulait se baigner dans un étang municipal, et qui a heurté, en plongeant, un muret, dont la présence n'était

pas signalée. Ce muret séparait deux bassins, recouverts par de l'eau et était dans le prolongement du ponton d'où la victime s'est élancée.

La cour d'appel a déclaré le maire de la commune coupable de blessures involontaires en retenant que l'attention de ce dernier avait été attirée, à la suite d'un précédent accident survenu peu de temps avant, sur la disparition d'une ligne d'eau installée pour indiquer cet obstacle aux baigneurs et sur le risque de blessures graves qui pouvait en résulter en cas de plongeon, et qu'il s'était limité à faire commander une nouvelle ligne d'eau, en omettant d'accomplir les diligences qui s'imposaient alors qu'il disposait des compétences, des pouvoirs et des moyens nécessaires.

Le pourvoi, formé par l'intéressé, a été rejeté par la chambre criminelle, qui a considéré qu'il était suffisamment établi que le prévenu avait contribué à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage sans prendre les mesures permettant de l'éviter, et qu'il avait commis ainsi une faute caractérisée au sens de l'article 121-3 du Code pénal.

Dans la seconde espèce, un garçon, âgé de 9 ans, avait été blessé lors d'un jeu organisé, pour la première fois, à l'occasion d'une fête municipale d'une commune du Maine-et-Loire, consistant, pour des enfants, à faire passer des taurillons dans un cerceau au moment où les animaux se lançaient dans une arène.

Le garçon avait été percuté par un taurillon et avait été victime d'un traumatisme de la rate.

À la suite de la plainte du père de l'enfant, le maire de la commune a été poursuivi pour blessures involontaires.

La chambre criminelle a approuvé les motifs de l'arrêt qui a déclaré le prévenu coupable, selon lesquels *« l'élu s'est borné à déléguer à deux associations locales l'organisation de la manifestation qui devait attirer plus de 10 000 personnes dans une localité de 2 500 habitants ; il est désintéressé du programme prévu et a négligé d'examiner, avec les organisateurs et les services de secours, les questions de sécurité relevant des pouvoirs de police dont il disposait »*.

Cette décision peut être rapprochée d'un précédent du 11 juin 2003 (Bull. crim., 2003, n° 121) relatif à la délégation, par un maire, de l'organisation d'un événement festif au cours duquel un accident s'était produit.

Lien de causalité – Cause certaine – Nécessité

Chambre criminelle, 14 mai 2008 (Bull. n° 112, pourvoi n° 08-80202)

Avant de déclarer un prévenu coupable d'homicide, quelle que soit la gravité des faits poursuivis, le juge doit s'assurer que le lien de causalité entre la faute et le dommage est certain.

C'est ce qu'illustre cet arrêt prononcé en matière médicale.

Une patiente a présenté des signes d'angoisse après avoir subi une liposuccion qui a été pratiquée par un médecin généraliste. Celui-ci lui a fait administrer vingt milligrammes de Tranxene® par voie intraveineuse. Peu après l'injection, la patiente est tombée dans le coma puis elle est décédée.

Le médecin a été renvoyé du chef d'homicide involontaire devant le tribunal correctionnel qui l'a relaxé et le jugement, dont les parties civiles ont relevé appel, a été confirmé par les juges du second degré qui ont relevé que si le décès était en rapport avec l'injection de Tranxene®, il existait une incertitude sur le point de savoir si la complication résultait d'une hypersensibilité de la malade à ce produit ou d'une interaction avec d'autres produits du même type qui lui auraient été précédemment prescrits.

La cour d'appel a considéré que l'absence d'analyse préopératoire et l'injection postopératoire de Tranxene®, en l'absence d'intervention d'un anesthésiste réanimateur, ne suffisaient pas à établir à la charge du médecin, une faute entretenant un lien de causalité certain avec le décès.

Ces motifs ont été approuvés par la chambre criminelle.

Lien de causalité – Causalité directe et indirecte – Applications

Chambre criminelle, 1^{er} avril 2008 (pourvoi n° 07-81 509)

Cet arrêt mérite d'être remarqué, en ce qu'il approuve, dans le domaine médical également, une décision qui retient, cumulativement, à l'occasion de la survenance d'un même dommage, l'existence de deux fautes, l'une en relation indirecte avec celui-ci, l'autre, en relation directe.

Une enfant est décédée à la suite d'une intoxication à l'eau provoquée une perfusion d'une solution isotonique de sérum glucose à 5 % mise en place, dans l'après-midi, par une infirmière d'un centre hospitalier et qui croyait exécuter la prescription « perf GV » inscrite par le médecin, qui signifiait en réalité « garder la veine », sachant qu'une précédente perfusion avait été posée dans la matinée, à la suite de l'ablation des amygdales et des végétations que l'enfant avait subie.

L'infirmière, comme le médecin, ont été déclarés coupables d'homicide involontaire, mais la cour d'appel a opéré, à bon droit, une distinction entre les fautes commises par les prévenus.

S'agissant du praticien, elle a retenu qu'il avait commis une faute caractérisée en relation indirecte avec le décès, en ne formulant pas, avec toute la clarté indispensable, la prescription relative à la perfusion, alors qu'il n'ignorait ni le danger de l'administration à un enfant de la solution de sérum glucose à 5 % ni les obligations réglementaires interdisant à un infirmier d'accomplir ce type d'acte sans la prescription, qualitative et quantitative du médecin.

Concernant l'infirmière, les juges du second degré ont estimé que son comportement était constitutif d'une faute d'imprudence et de négligence qui avait directement causé la mort de la jeune patiente, en ne demandant pas au médecin ce que signifiait la mention « perf GV », sur laquelle elle s'était méprise et en administrant dans un court délai, et en grande quantité, un produit inapproprié, qui ne correspondait pas à celui qui était perfusé, et qu'elle avait constaté, à l'arrivée de l'enfant dans le service.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par les prévenus en considérant que la juridiction du second degré avait justifié sa décision.

2 – Mise en danger d'autrui

Risques causés à autrui – Éléments constitutifs – Violation délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence – Obligation particulière de sécurité ou de prudence – Exclusion – Cas

Chambre criminelle, 18 mars 2008 (Bull. n° 67, pourvoi n° 07-83 007)

Aux termes de l'article 223-1 du Code pénal, le délit de mise en danger d'autrui suppose la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, dont les contours peuvent être difficiles à définir.

Cette difficulté se retrouve également lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'application de l'article 121-3, alinéa 2, qui incrimine la violation d'une telle obligation.

La chambre a jugé que les articles R. 4127-32 et R. 4127-33 du Code de la santé publique n'édicte pas une obligation particulière de sécurité et de prudence, en ce qu'ils prévoient, respectivement, que le médecin qui a accepté de répondre à une demande, « *s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents* » et que ce praticien « *doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés* ».

3 – Presse

Presse – Injures publiques envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap – Exclusion – Cas

Chambre criminelle, 12 novembre 2008 (pourvoi n° 07-83 398, en cours de publication)

Dans cet arrêt, la chambre criminelle a eu à se prononcer sur l'infraction, prévue par l'article 33, alinéa 4, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, d'injures publiques envers un groupe de personnes en raison de leur orientation sexuelle.

La loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) a introduit, dans la loi sur la presse, ce délit d'injures publiques « *envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap* ».

À la suite de son adoption, un article a été publié, dans un journal au mois de janvier 2005, sous le titre « *Indignation et mobilisation après les propos du député [...] sur l'homosexualité. CV persiste et signe [...]* ». Cet article reproduisait les propos suivants, tenus par celui-ci lors d'un entretien avec un journaliste : « *Est-ce que j'ai appelé à une quelconque violence ? Mes propos ne sont pas discriminatoires car je ne m'en prends pas à une ethnie ou une race mais à un comportement. Je porte un jugement moral que j'ai parfaitement le droit d'émettre. L'homosexualité n'est pas une fatalité. L'homme est libre. C'est un comportement qu'il faut soit quitter, soit assumer. Si on l'assume, ça doit être dans la discrétion et non en s'affichant comme membres d'une communauté réclamant des droits particuliers et une reconnaissance*

particulière sur le plan social. J'accepte le comportement, je refuse l'identité de groupe. C'est une ineptie de prétendre qu'il y a comportement de groupe. Je précise encore que je n'ai aucune agressivité à leur encontre. Simplement, je considère qu'ils ne forment ni un groupe ni une communauté. Ce sont des comportements individuels qui ne doivent pas jouir d'une reconnaissance à travers les termes intégrés de la loi. Je n'interdis rien, je ne demande aucune stigmatisation, aucune punition. Simplement que ça reste un comportement individuel, le plus discret possible [...]. Je n'ai pas dit que l'homosexualité était dangereuse, j'ai dit qu'elle était inférieure à l'hétérosexualité. Si on la poussait à l'universel, ce serait dangereux pour l'humanité. Il y a un modèle social qui est celui du mariage hétérosexuel et de l'éducation des enfants [...] S'ils étaient représentants d'un syndicat, je les recevrais volontiers. Mais là, ils ne représentent rien, aucun intérêt social. Pour moi, leur comportement est un comportement sectaire [...]».

Trois associations ont fait citer le député devant le tribunal correctionnel pour injures publiques envers un groupe de personnes en raison de leur orientation sexuelle, sur le fondement de l'article 33, alinéa 4, de la loi du 29 juillet 1881 modifié par la loi du 30 décembre 2004 pour ces propos ainsi que pour un passage, paru dans un autre journal quelques jours plus tard, dans lequel il avait déclaré : « *Je n'ai aucune raison, matériellement de m'excuser [...]. Il y a une interprétation inexacte de mes propos lesquels ne pouvaient être offensants. Je ne change rien à ceux-ci et mon opposition a toujours porté sur les comportements et non sur les personnes que je respecte, d'autant plus que, contrairement à beaucoup, j'ai affirmé la liberté du choix homosexuel. Je critique les comportements, je dis qu'ils sont inférieurs moralement [...]* ».

Le tribunal comme la cour d'appel ont retenu que les propos poursuivis constituaient des injures en raison de l'orientation sexuelle et ont condamné le prévenu à une amende de 3 000 euros ainsi qu'à des dommages-intérêts au profit des associations constituées parties civiles.

Dans son arrêt, la cour d'appel a relevé :

« Attendu [...] qu'en réponse à une question du journaliste qui lui rappelait qu'il avait parlé d'hyperbole à propos de son affirmation l'homosexualité est une menace pour la survie de l'humanité, il répondait qu'il n'avait pas dit que l'homosexualité était dangereuse mais qu'elle était inférieure à l'hétérosexualité, et que si on la poussait à l'universel, ce serait dangereux pour l'humanité; que ces propos sont contraires à la dignité des personnes qu'ils visent en considérant que l'homosexualité est une menace pour la survie de l'humanité, même s'il se place d'un point de vue philosophique et sont de nature à inciter à la haine, à la violence ou à la discrimination; qu'en effet, il s'agit d'une présentation tendancieuse de l'homosexualité qui était de nature à susciter chez les lecteurs des réactions de rejet, Christian V. précisant qu'il y a un modèle social qui est celui du mariage hétérosexuel et de l'éducation des enfants; que comme l'a relevé le tribunal en stigmatisant le comportement homosexuel comme ne pouvant être qu'exclu ou vécu dans la clandestinité, il a manifesté, de manière outrageante, son intolérance envers les personnes qui ont fait choix d'une orientation sexuelle;

Que bien plus souligner l'infériorité morale de l'homosexualité rentre dans le champ d'application de l'article 33 susvisé dès lors que les fondements philosophiques de ce jugement de valeur ne s'inscrivaient pas dans un débat de pensée, mais dans une

réponse destinée à être insérée dans un organe de presse s'adressant à un large public qui ne permettait pas de découvrir les fondements et les nuances de la pensée de Christian V. agrégé de philosophie et qui s'exprimait en tant qu'homme politique [...]»

La chambre criminelle a censuré l'arrêt de la cour d'appel, sur le fondement des articles 29 de la loi du 29 juillet 1881 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, et dit que ces propos ne constituaient pas l'infraction prévue par l'article 33, alinéa 4, de la loi sur la presse. Après avoir rappelé qu'en matière de presse, elle exerce son contrôle sur le sens et la portée des propos poursuivis et que les restrictions à la liberté d'expression sont d'interprétation étroite, la Cour énonce que si ces propos, *« qui avaient été tenus, dans la suite des débats et du vote de la loi du 30 décembre 2004, ont pu heurter la sensibilité de certaines personnes homosexuelles, leur contenu ne dépasse pas les limites de la liberté d'expression »*.

La Cour de cassation dénie ainsi aux propos poursuivis un caractère injurieux au regard du contexte particulier dans lequel ils ont été prononcés et de l'interprétation large qui doit être donnée à la liberté d'expression garantie par l'article 10 de Convention européenne des droits de l'homme.

L'article 10 de la Convention pose, en effet, dans son § 1 le principe de « la liberté d'opinion » et de « la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées ». Dans son § 2, elle prévoit que *« L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité du territoire ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire »*.

L'article 29, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1881, qui incrimine l'injure, la définit comme *« Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait »*.

Cet arrêt de la chambre criminelle peut être rapproché de décisions, rendues par la Cour de cassation et par la Cour européenne des droits de l'homme, dans le domaine de la liberté d'expression.

La chambre criminelle a ainsi rendu deux décisions, en 2006 et 2007, à propos d'injures publiques en raison de l'appartenance à une religion (article 33, alinéa 3, de la loi sur la presse). Dans ces décisions, elle a estimé que le caractère injurieux des propos n'était pas établi au motif que si l'écrit litigieux *« a pu heurter la sensibilité de certains catholiques [...], son contenu ne dépasse pas les limites admissibles de la liberté d'expression [...]»*.

Dans la première affaire (arrêt du 14 février 2006, Bull. crim., 2006, n° 42, pourvoi n° 05-81 932), il s'agissait de la distribution d'un prospectus annonçant une manifestation sur l'information et la prévention du Sida, organisée par une association et intitulée « La nuit de la Sainte Capote ». Ce prospectus comportait un dessin représentant, en buste, une religieuse, associée à l'image d'un angelot muni d'un arc et d'une flèche, et de deux préservatifs, l'ensemble étant accompagné de la légende : *« Sainte Capote protège nous »*. La

chambre criminelle a censuré l'arrêt qui avait déclaré les prévenus coupables du délit d'injure publique en raison de l'appartenance à une religion.

La seconde affaire (arrêt du 2 mai 2007, Bull. crim., 2007, n° 115, pourvoi n° 06-84 710) concernait un dessin paru dans un journal représentant le « Christ en gloire », nu, portant un préservatif, vers lequel se dirigeaient les regards d'un groupe d'évêques, dont l'un, blanc, déclarait à un autre, noir : « lui-même aurait sans doute utilisé un préservatif ! ». La chambre criminelle, après avoir précisé que le dessin illustrait un débat « Sur la nécessité de protéger du Sida et entend frapper le lecteur sur le fléau que le virus représente notamment en Afrique », a approuvé l'arrêt qui avait débouté l'association constituée partie civile de ses demandes.

La Cour européenne des droits de l'homme, de son côté, interprète les restrictions à la liberté d'expression en appliquant les deux principes suivants :

- elle les admet, de façon limitée, dans les débats politiques (*Brasiliere c./France*, 11 avril 2006, n° 71343/01 ; *Castells c./Espagne*, 23 avril 1992, req. n° 11798/85) ou d'intérêt général (*Sürek c./Turquie*, 8 juillet 1999, req. n° 6682/95 ; *Brasiliere* précité) ;
- elle vérifie, de manière stricte, que l'ingérence est « nécessaire dans une société démocratique » après avoir contrôlé qu'elle était prévue par la loi et visée au § 2 de l'article 10.

S'agissant de ce contrôle de proportionnalité de l'ingérence, la Cour de Strasbourg opère une distinction entre les faits et les jugements de valeur. Elle estime que si les premiers peuvent se prouver, les seconds, bien que ne se prêtant pas à une démonstration de leur exactitude, peuvent, toutefois, se révéler excessifs (CEDH, 24 février 1997, *De Haes et Gijssels c./Belgique*, Rec. 1997-I, p 236 § 47, et *Jérusalem c./Autriche*, § 43).

La cour d'appel, dans l'arrêt attaqué, avait relevé que les propos litigieux étaient « *offensants et contraires à la dignité des personnes visées en ce qu'ils tendaient à souligner l'infériorité morale de l'homosexualité alors que les fondements philosophiques de ce jugement de valeur ne s'inscrivaient pas dans un débat de pensée* ». La Cour de cassation, qui approuve l'arrêt sur le caractère choquant des propos (ayant « *pu heurter la sensibilité des certaines personnes homosexuelles* »), le censure, toutefois, sur l'appréciation du caractère injurieux au sens de l'article 29 de la loi sur la presse. Elle indique, en effet, qu'ils ont été tenus à la suite de débats parlementaires et ne dépassent pas les limites de la liberté d'expression. Elle ne leur reconnaît donc pas un caractère excessif de nature à les ériger en infraction pénale au sens de la loi du 29 juillet 1881 en raison de l'interprétation étroite qui doit être donnée aux restrictions à la liberté d'expression garantie par la Convention européenne des droits de l'homme et du contexte particulier de débats publics dans lesquels ils ont eu lieu.

4 – Droit pénal économique et financier

Blanchiment – Éléments constitutifs – Élément légal – Infraction originaire – Caractérisation – Étendue – Portée

Chambre criminelle, 20 février 2008 (Bull n° 43, pourvoi n° 07-82 977)

Cet arrêt tranche, pour la première fois, la question de savoir si les poursuites du chef de blanchiment de fraude fiscale sont soumises aux dispositions de l'article L. 228 du Livre

des procédures fiscales (LPF) et donc à l'existence d'une plainte préalable de l'administration fiscale, après avis conforme de la Commission des infractions fiscales.

À l'appui de son pourvoi, le prévenu condamné du chef précité se prévalait d'un arrêt du 14 décembre 2000 (Bull. crim. 2000, n° 381, pourvoi n° 99-87 015) dans lequel la chambre criminelle avait jugé qu'encourt la cassation l'arrêt de la cour d'appel qui déclare un prévenu coupable de recel de fraude fiscale sans caractériser le délit principal de fraude fiscale, faute d'avoir constaté l'existence d'une plainte préalable de l'administration et de la procédure fiscale antérieure.

Dans l'arrêt commenté, la chambre criminelle infirme cette jurisprudence en approuvant la cour d'appel d'avoir retenu que l'article 324-1 du Code pénal, incriminant le blanchiment, n'impose pas que des poursuites aient été préalablement engagées ni qu'une condamnation ait été prononcée du chef du crime ou du délit ayant permis d'obtenir les sommes d'argent blanchies mais qu'il suffit que soient établis les éléments constitutifs de l'infraction principale ayant procuré les sommes litigieuses. Il est vrai que le caractère distinct et autonome de l'infraction de blanchiment commande une telle solution qui devrait s'imposer également en matière de recel de fraude fiscale.

Prise illégale d'intérêts – Prise d'intérêt dans une opération dont l'agent public a l'administration ou la surveillance – Pouvoirs de préparation ou de proposition de décisions prises par d'autres

Assemblée plénière, 4 juillet 2008, (Bull. ass. plén., n° 2, pourvoi n° 00-87 102)

Un officier supérieur de l'armée de terre, chef d'unités logistiques chargées de la formation informatique des personnels, ayant à ce titre qualité pour passer avec des entreprises, dont il avait le libre choix, des marchés « sur factures », dispensant du recours à la procédure des appels d'offres, a, sous le couvert d'une activité libérale de conseil, interposé des sociétés et associations dispensatrices de formation dans lesquelles il était directement ou indirectement intéressé.

Saisie, sur le fondement des articles 626-1 et suivants du Code de procédure pénale, par une décision du 28 février 2008 de la commission de réexamen d'une décision pénale, ayant fait droit à la demande de réexamen du pourvoi formé le 19 octobre 2000 par Michel Louis contre un arrêt de la cour d'appel de Paris, 9^e chambre, en date du 16 octobre 2000, qui, pour faux, usage et prise illégale d'intérêts, l'a condamné à trois mois d'emprisonnement avec sursis et 100 000 francs d'amende, l'assemblée plénière a approuvé la décision de condamnation, conforme à la jurisprudence de la chambre criminelle.

Un officier supérieur des armées, chef d'un service ou d'une unité, a, au sens de l'article 175 ancien du Code pénal, applicable en l'espèce, devenu l'article 432-12 du Code pénal, la qualité, d'ailleurs largement entendue, de personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public.

L'intérêt pris ou conservé peut être matériel ou moral, direct ou indirect. Enfin, la surveillance ou l'administration de l'opération n'impliquent pas l'existence d'un pouvoir de décision et peuvent s'entendre de simples pouvoirs de préparation ou de proposition de décisions

prises par d'autres (Crim., 14 décembre 2005, Bull. crim. 2005, n° 333, pourvoi n° 05-83 898) voire du simple pouvoir d'émettre un avis en vue de décisions prises par d'autres (Crim., 9 mars 2005, Bull. crim. 2005, n° 81, pourvoi n° 04-83 615)

L'assemblée plénière approuve la cour d'appel qui condamne, des chefs de faux et usage, le prévenu qui, pour justifier le paiement de prestations fictives, émet une fausse facture à l'ordre d'un tiers, moyennant une rétrocession partielle de son montant.

Il est, en effet constant qu'une facture dont la délivrance est obligatoire doit mentionner la nature exacte de la prestation facturée et l'identité réelle des prestataire et bénéficiaire. Elle est destinée à justifier l'opération en comptabilité.

Il s'en déduit que la passation dans les livres et comptes d'écritures afférentes à des factures fausses ou fictives porte atteinte à leur force probatoire (dans le même sens, Crim., 15 février 1996, pourvoi n° 95-80 767).

5 – Circulation routière

Titulaire du certificat d'immatriculation redevable pécuniairement – Titulaire personne morale – Représentant légal – Exonération – Conditions – Détermination

Chambre criminelle, 26 novembre 2008 (pourvoi n° 08-83 003, en cours de publication)

Par cet arrêt, la chambre criminelle a fixé les causes d'exonération de la responsabilité pécuniaire du représentant légal d'une société, en cas d'excès de vitesse commis avec l'un des véhicules de la société.

L'article L. 121-1 du Code de la route pose le principe de la responsabilité personnelle du conducteur d'un véhicule pour les infractions commises par lui dans la conduite de son véhicule.

Par dérogation à cette disposition, l'article L. 121-2 du Code de la route dispose que le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule est responsable pécuniairement des infractions à la réglementation sur le stationnement des véhicules ou sur l'acquiescement des péages pour lesquelles seule une peine d'amende est encourue, à moins qu'il ne rapporte la preuve d'un événement de force majeure ou qu'il ne fournisse des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction.

De son côté, l'article L. 121-3 du Code de la route prévoit que le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule est redevable pécuniairement de l'amende encourue pour des contraventions à la réglementation sur les vitesses maximales autorisées, sur le respect des distances de sécurité entre les véhicules, sur l'usage de voies et chaussées réservées à certaines catégories de véhicules et sur les signalisations imposant l'arrêt des véhicules, à moins qu'il n'établisse l'existence d'un vol, de tout autre événement de force majeure ou qu'il n'apporte tous éléments permettant d'établir qu'il n'est pas l'auteur véritable de l'infraction.

L'alinéa 3 de l'article L. 121-3 du Code de la route dispose que les deuxième et troisième alinéas de l'article L. 121-2 sont applicables dans les mêmes circonstances. Or, aux termes de l'article L. 121-2, alinéa 3, lorsque le certificat d'immatriculation du véhicule est établi au nom d'une personne morale, la responsabilité pécuniaire prévue au premier alinéa [de l'article L. 121-2] incombe, sous les mêmes réserves, au représentant légal de cette personne morale.

La chambre criminelle a déduit de la combinaison des articles L. 121-2 et L. 121-3 du Code de la route que le représentant légal d'une personne morale est redevable pécuniairement de l'amende encourue pour les contraventions à la réglementation sur les vitesses maximales autorisées, commises avec un véhicule immatriculé au nom de cette personne morale, à moins qu'il n'établisse l'existence d'un événement de force majeure ou qu'il ne fournisse des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction. Pour elle, les cas d'exonération de la responsabilité pécuniaire du représentant légal d'une société en cas d'excès de vitesse commis avec l'un des véhicules de la société sont ceux prévus par l'article L. 121-2, alinéa 1, du Code de la route. Cette analyse se fonde sur une interprétation littérale des textes, l'article L. 121-3 renvoyant à l'article L. 121-2, alinéa 3, qui dispose que lorsque le certificat d'immatriculation du véhicule est établi au nom d'une personne morale, la responsabilité pécuniaire prévue au premier alinéa [de l'article L. 121-2] incombe, sous les mêmes réserves, [celles de l'article L. 121-2, alinéa 1] au représentant légal de cette personne morale.

Titulaire du certificat d'immatriculation redevable pécuniairement – Exonération – Conditions – Preuve qu'il n'est pas l'auteur véritable de l'infraction – Modes de preuve – Détermination – Portée

Chambre criminelle, 1^{er} octobre 2008 (pourvoi n° 08-82 725, en cours de publication)

Par cet arrêt, la chambre criminelle a approuvé une cour d'appel qui, pour renvoyer des fins de la poursuite le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule poursuivi sur le fondement de l'article L. 121-3 du Code de la route pour excès de vitesse, retient que l'intéressé verse une attestation d'un témoin établissant qu'au moment des faits, il se trouvait en un autre lieu.

En l'espèce, contrairement à ce qui était soutenu par le moyen, la cour d'appel n'a pas méconnu les dispositions de l'article 537 du Code de procédure pénale qui dispose que les procès-verbaux dressés par les officiers et agents de police judiciaire font foi jusqu'à preuve contraire des contraventions qu'ils constatent et que cette preuve contraire ne peut être rapportée que par écrit ou témoins, dès lors que le procès-verbal d'infraction ne constatait pas l'identité du conducteur du véhicule.

Permis de conduire – Annulation – Effets – Titulaire d'un autre permis de conduire délivré à l'étranger – Interdiction de conduire en France

Chambre criminelle, 14 mai 2008 (Bull. n° 111, pourvoi n° 08-80841)

Par cet arrêt, la chambre criminelle a approuvé une cour d'appel qui, pour condamner un prévenu ayant la double nationalité française et israélienne, titulaire d'un permis de

conduire français et d'un autre délivré par les autorités de l'État d'Israël, retient, notamment, que l'invalidation du permis de conduire français entraîne nécessairement l'interdiction du droit de conduire en France, quand bien même le prévenu serait titulaire d'un permis délivré par un autre État ou d'un permis international.

Conduite après usage de stupéfiants ou de plantes classées comme stupéfiants – Éléments constitutifs – Détermination

Chambre criminelle, 12 mars 2008 (Bull. n° 61, pourvoi n° 07-83476)

Par cet arrêt, la chambre criminelle a jugé que l'article L. 235-1 du Code de la route, même s'il figure au chapitre V dudit code intitulé « Conduite sous l'influence de substances ou plantes classées comme stupéfiants », incrimine le seul fait de conduire un véhicule après avoir fait usage de stupéfiants dès lors que cet usage résulte d'une analyse sanguine. Elle a rejeté le moyen tiré de ce que l'article 235-1 du Code de la route, issu de la loi n° 2003-87 réprimant la « conduite sous l'influence de substances ou plantes classées comme stupéfiants », ne s'applique que s'il est établi que le prévenu était lors de la conduite du véhicule sous l'influence d'une substance classée comme stupéfiant.

D – Intérêts civils

Loi du 21 décembre 2006 – Tiers responsable – Recours du tiers payeur – Assiette – Applications diverses

Chambre criminelle, 5 février 2008 (Bull. n° 31, pourvoi n° 07-83327)

Chambre criminelle, 4 mars 2008 (pourvoi n° 07-81889)

Chambre criminelle, 24 juin 2008 (pourvoi n° 08-80125)

Chambre criminelle, 24 juin 2008 (Bull. n° 160, pourvoi n° 07-87465)

Chambre criminelle, 24 juin 2008 (Bull. n° 163, pourvoi n° 07-86848)

*Chambre criminelle, 4 novembre 2008 (pourvoi n° 08-80495,
en cours de publication)*

L'article 25 de la loi du 21 décembre 2006, qui a modifié les articles 31 de la loi du 5 juillet 1985 et L. 376-1 du Code de la Sécurité sociale, prévoit que les recours subrogatoires des tiers payeurs contre les personnes tenues à réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne s'exercent désormais poste par poste sur les seules indemnités qui réparent les préjudices qu'ils ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel.

La chambre criminelle a déjà rappelé, conformément aux avis du 29 octobre 2007 (Bull. 2007, avis, n° 10 et 11) que la mise en œuvre de ces nouvelles dispositions s'impose, y compris aux événements survenus antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi, dès lors que le montant de l'indemnité due à la victime n'a pas été définitivement fixé et qu'il en est de même lorsque le recours est exercé par la caisse de sécurité sociale dans une action engagée par la victime d'un accident du travail sur le fondement des articles L. 454-1, L. 455-1 ou L. 455-1-1 du Code de la Sécurité sociale.

En conséquence, elle censure la décision des juges du fond qui, après avoir évalué le préjudice de la victime soumis à recours, déduisent, globalement, la créance du tiers payeur (Crim., 5 février 2008, pourvoi n° 07-83 327 ; Crim., 24 juin 2008, pourvoi n° 08-80 125).

Elle veille également au respect du principe du contradictoire en prescrivant la réouverture des débats lorsque la décision a été mise en délibéré avant la publication de la loi, pour être prononcée postérieurement à celle-ci (Crim., 4 mars 2008, pourvoi n° 07-81 889).

Les juges ne peuvent donc faire application d'office des dispositions modifiées sans avoir invité les parties de présenter leurs observations (Crim., 4 novembre 2008, pourvoi n° 08-80 495, en cours de publication). Au cas d'espèce, le prévenu et son assureur avaient fait valoir, vainement, que la somme revenant à la victime était identique, quelle que soit la méthode d'imputation de la créance du tiers payeur (globale ou poste par poste).

Loi du 21 décembre 2006 contraint, en outre, les juges du fond à évaluer, en tous ses éléments, même ceux qui sont réparés par les allocations versées par le tiers payeur, le préjudice résultant, pour la victime, de l'atteinte à son intégrité physique, avant de procéder, ensuite, à l'imputation, poste par poste, de la créance du tiers payeur (Crim., 24 juin 2008, pourvoi n° 07-87 465).

Elle les oblige également à déterminer sur quel poste doit s'imputer cette créance et, le cas échéant, si celle-ci a un caractère indemnitaire.

La question s'est posée concernant le capital décès servi à l'ayant droit de la victime en application de l'article L. 361-1 du Code de la Sécurité sociale.

Au cas particulier, une cour d'appel, statuant sur les conséquences dommageables d'un accident mortel de trajet, était saisie de conclusions des parents de la victime demandant la fixation de leur préjudice matériel, constitué par des frais d'obsèques et, dans le même temps, d'une demande de l'assureur du véhicule de l'auteur de l'accident tendant à la déduction de ce chef de préjudice, notamment, du capital décès servi par la sécurité sociale.

Les juges du second degré ont fait droit à la demande de l'assureur et leur arrêt a été cassé, sur pourvoi des ayants droit de la victime, au motif que « *le capital, versé en application de l'article L. 376-1 du Code de la Sécurité sociale, n'indemnise pas les frais funéraires* » (Crim., 24 juin 2008, Bull. crim., n° 163, pourvoi n° 07-86 848).

E – Sécurité sociale

Assurances sociales – Tiers responsable – Recours des tiers payeurs – Indemnité forfaitaire – Recouvrement – Modalités
Chambre criminelle, 19 février 2008 (Bull. n° 42, pourvoi n° 07-86 114)

L'ordonnance du 24 janvier 1996, qui a modifié l'article L. 376-1 du Code de la Sécurité sociale, a institué au profit de la caisse d'assurance-maladie une indemnité destinée à compenser les frais qu'elle engage pour obtenir, auprès du tiers responsable, le remboursement des prestations versées à la victime.

Le montant de cette indemnité, forfaitaire, est égal à un tiers des sommes dont le remboursement a été obtenu.

S'agissant des modalités du recouvrement de cette indemnité, le texte renvoie aux règles applicables aux cotisations de sécurité sociale.

L'article L. 133-4 du Code de la Sécurité sociale permet ainsi au directeur de l'organisme d'assurance-maladie, après une mise en demeure infructueuse, de délivrer au débiteur une contrainte qui, à défaut d'opposition devant le tribunal des affaires de sécurité sociale, comporte tous les effets d'un jugement.

Un pourvoi a posé la question de savoir si l'existence d'une telle procédure privait d'objet la demande en paiement de l'indemnité forfaitaire présentée par une caisse de sécurité sociale à l'occasion de l'exercice de son recours subrogatoire.

Une cour d'appel avait répondu par l'affirmative, en déboutant l'organisme social de sa demande en paiement de l'indemnité de gestion, après lui avoir alloué une somme sur le fondement de l'article 475-1 du Code de procédure pénale, aux motifs que « l'article L. 376-1 [...] dispose que l'indemnité allouée de ce chef est recouvrée comme en matière de cotisation de sécurité sociale » et que « les organismes sociaux ne sont recevables à intervenir devant les juridictions civiles qu'en tant qu'ils sont subrogés dans les droits de la partie civile. Ils ne peuvent réclamer devant ces juridictions le remboursement de frais qu'ils ont exposés, à l'exception, depuis la loi du 21 décembre 2006, des frais irrépétibles faisant l'objet des dispositions de l'article 475-1 du Code de procédure pénale ».

La chambre criminelle a cassé cet arrêt, en jugeant que les dispositions de l'article L. 376-1 du Code de la Sécurité sociale, qui autorisent la caisse de sécurité sociale à recouvrer l'indemnité forfaitaire selon les règles et sous les garanties et sanctions prévues pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale, ne font pas obstacle à ce que le juge alloue cette indemnité à la caisse lorsqu'il condamne le tiers responsable au remboursement des prestations servies.

Elle rejoint ainsi la position du Conseil d'État exprimé dans un avis du 28 mars 2001 (req. n° 228598, publié au *Recueil Lebon*).

Cet arrêt constitue un infléchissement par rapport à sa décision du 9 mai 2007 (Bull. crim. 2007, n° 118, pourvoi n° 07-80894). Mais, dans la précédente espèce, à l'inverse de la présente, la caisse primaire d'assurance-maladie n'avait pas relevé appel du jugement qui l'avait déboutée de sa demande d'indemnité forfaitaire, et elle en avait malgré tout sollicité le paiement en appel, au risque d'aggraver le sort du prévenu.



CINQUIÈME PARTIE

ACTIVITÉ DE LA COUR

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE



1

Statistiques année 2008

Tableau 1.1 - REPARTITION DU CONTENTIEUX CIVIL ET PENAL EN 2008

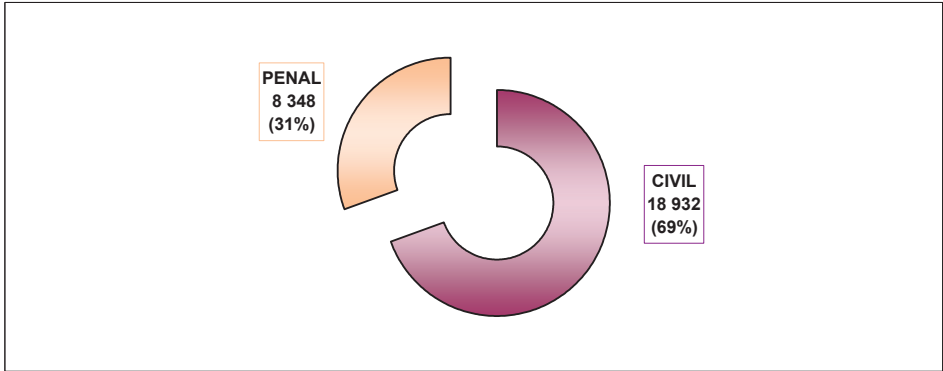


Tableau 1.2 - EVOLUTION DU STOCK GENERAL - ANNEE 2008

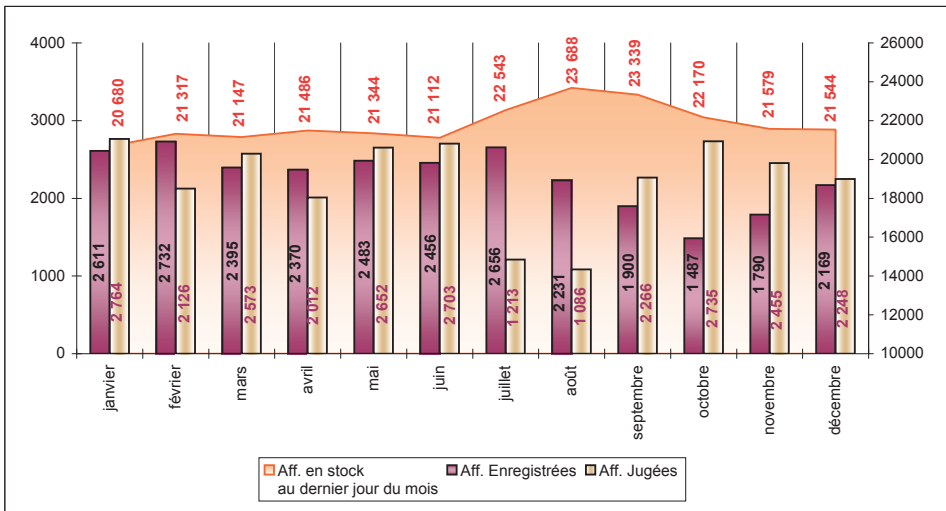


Tableau 1.3 - REPARTITION DU CONTENTIEUX CIVIL, COMMERCIAL ET SOCIAL EN 2008 PAR CATEGORIE D'AFFAIRES

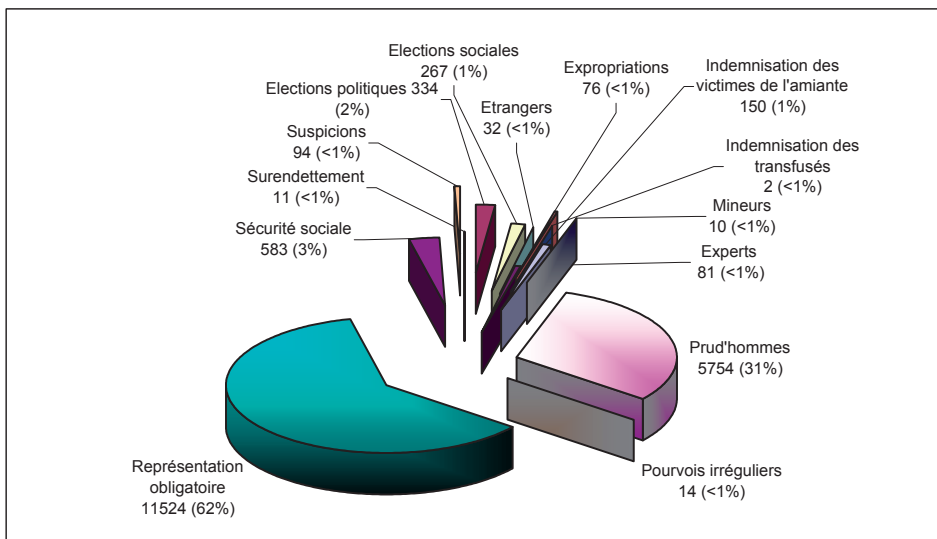


Tableau 1.4 - REPARTITION DES DOSSIERS CIVILS JUGES EN 2008 PAR CATEGORIE DE DECISIONS

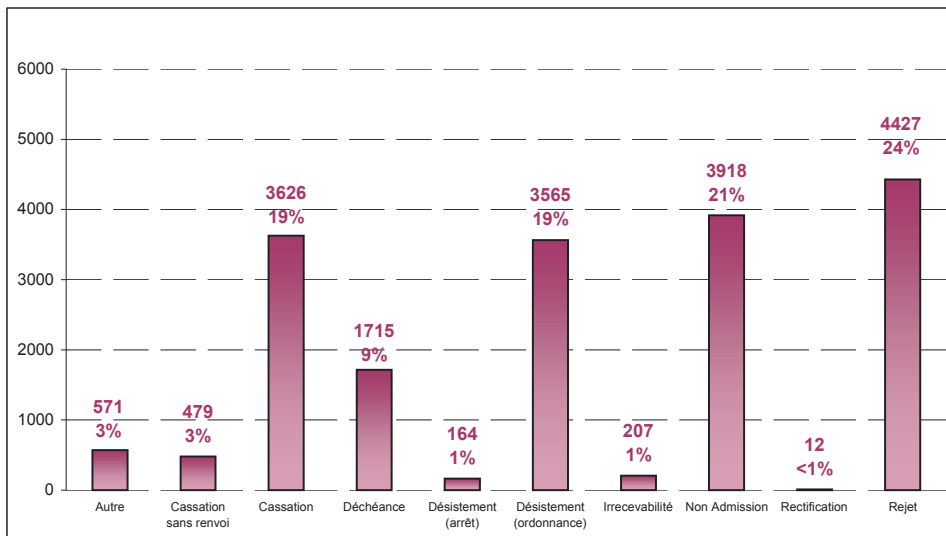


Tableau 1.5 - EVOLUTION DU STOCK DES AFFAIRES CIVILES - ANNEE 2008

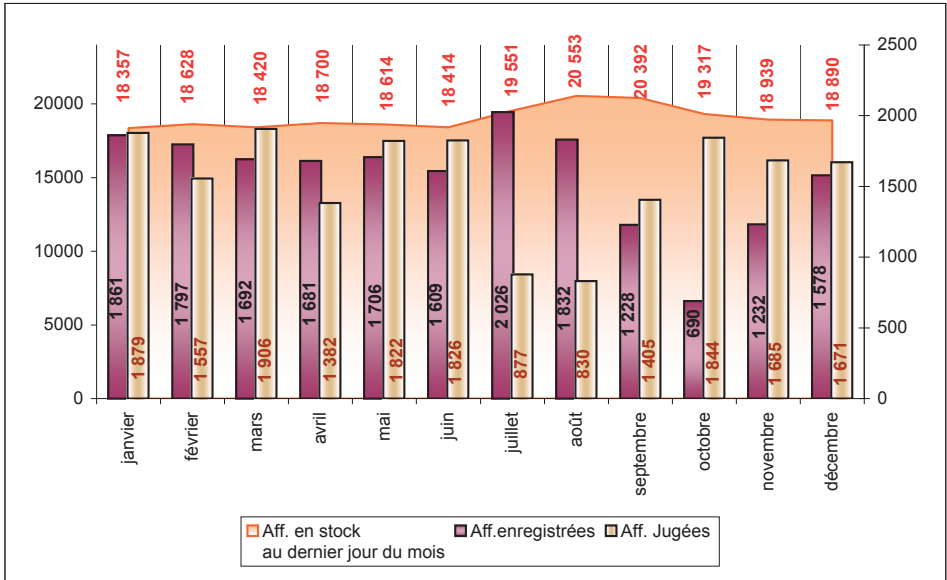
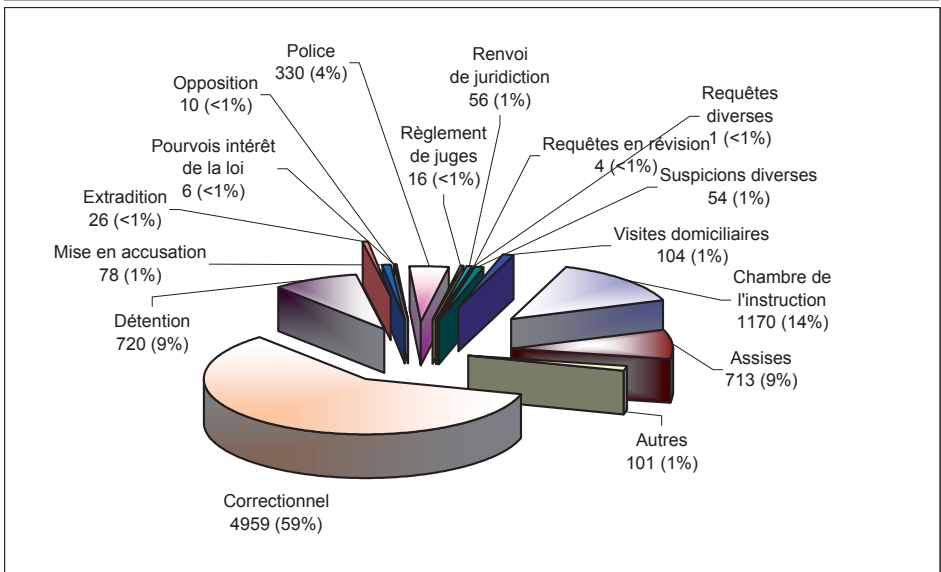


Tableau 1.6 - REPARTITION DU CONTENTIEUX PENAL EN 2008 PAR CATEGORIE D'AFFAIRES



**Tableau 1.7 - REPARTITION DES DOSSIERS PENAUX JUGES EN 2008
PAR CATEGORIE DE DECISIONS**

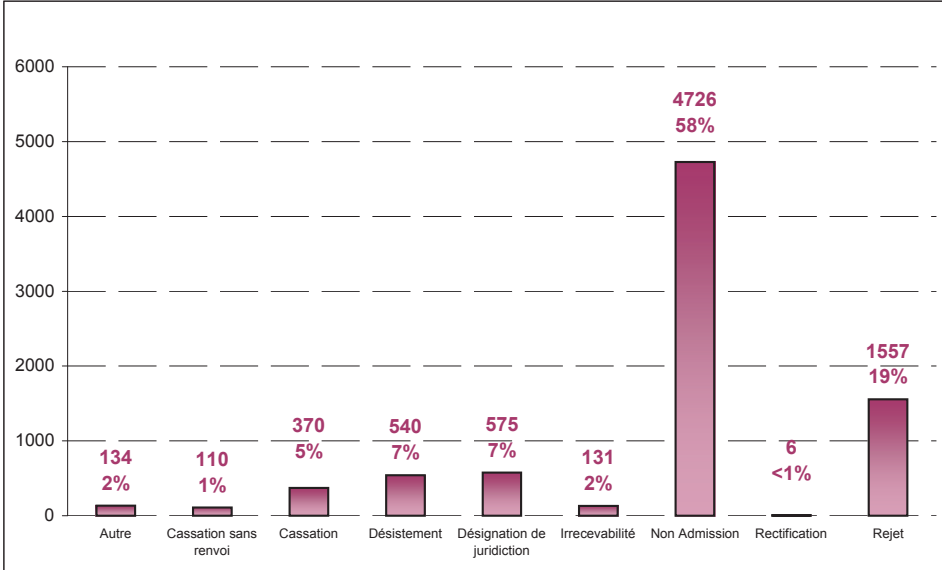
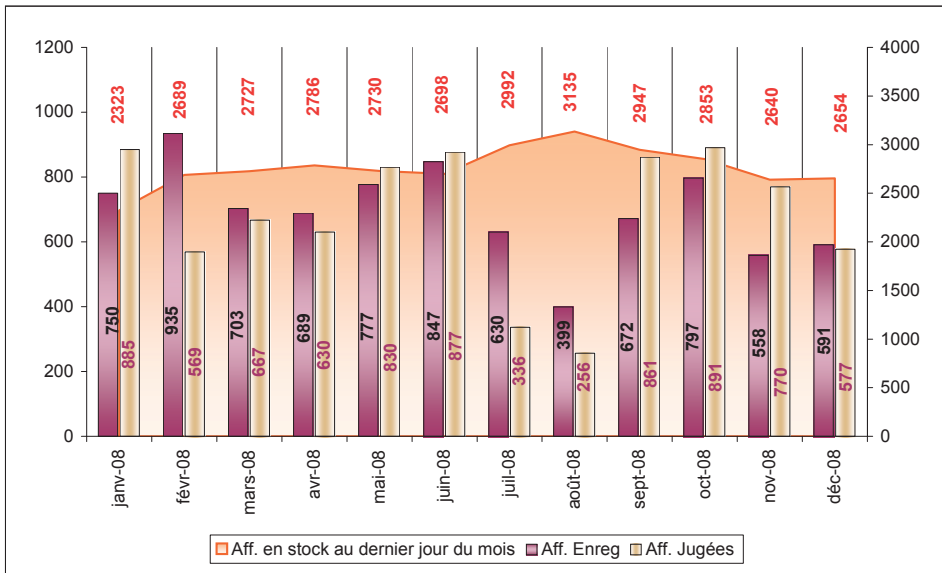


Tableau 1.8 - EVOLUTION DU STOCK DES AFFAIRES PENALES - ANNEE 2008

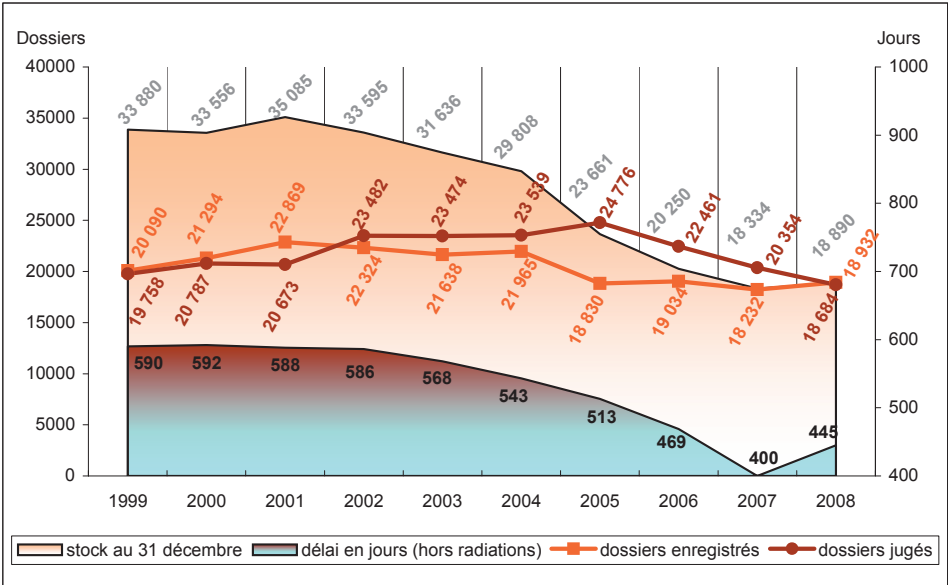




2

Évolution du stock et de la durée des affaires civiles et pénales

**Tableau 2.1 - STOCK, FLUX ET DELAI DU CONTENTIEUX CIVIL
SOU MIS A LA COUR DE CASSATION**



Le délai réel de traitement des affaires terminées en 2008 est allongé artificiellement du fait des péremptions d'office (portant sur des affaires particulièrement anciennes) prononcées sur le fondement de l'article 1009-2 du code de procédure civile modifié par le décret 2008-484 du 22/05/2008.

Le graphique réel des délais hors péremptions est le suivant :

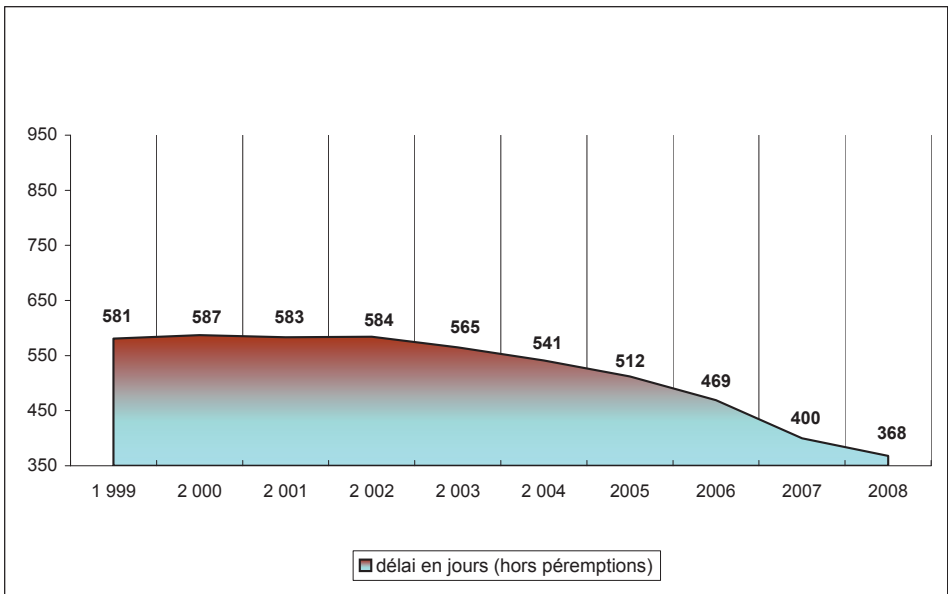


Tableau 2.2 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES CIVILES (en jours)

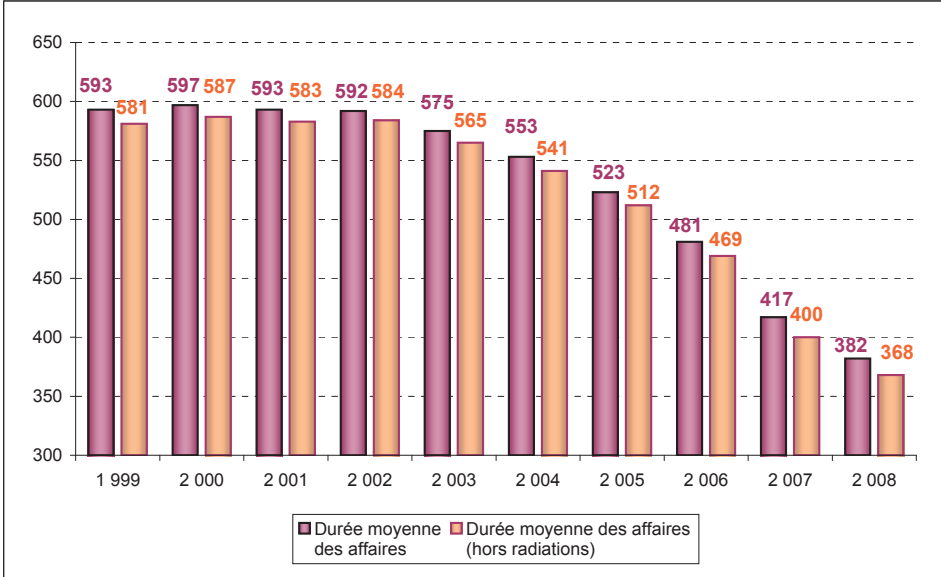
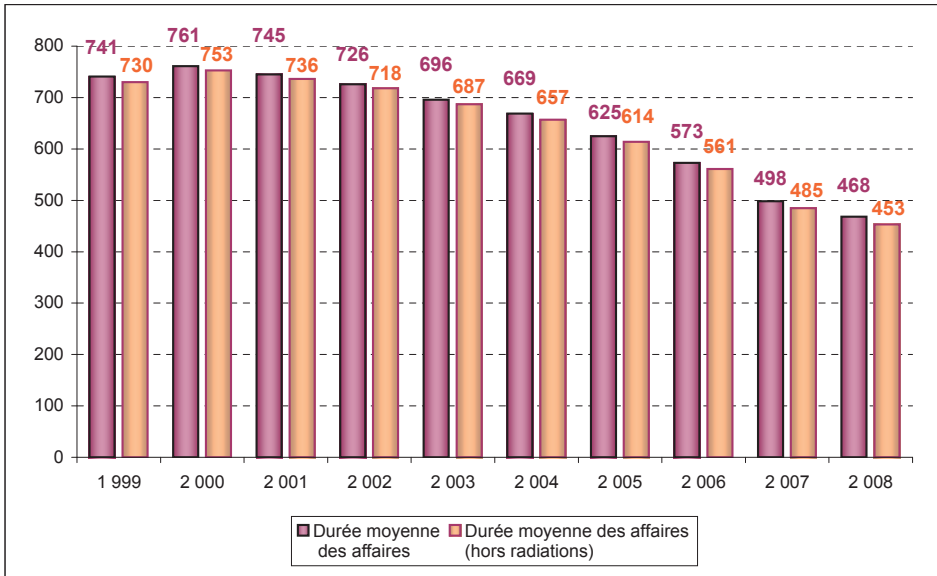


Tableau 2.3 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRET (en jours) - CHAMBRES CIVILES



**Tableau 2.4 - STOCK, FLUX ET DELAI DU CONTENTIEUX PENAL
SOU MIS A LA COUR DE CASSATION**

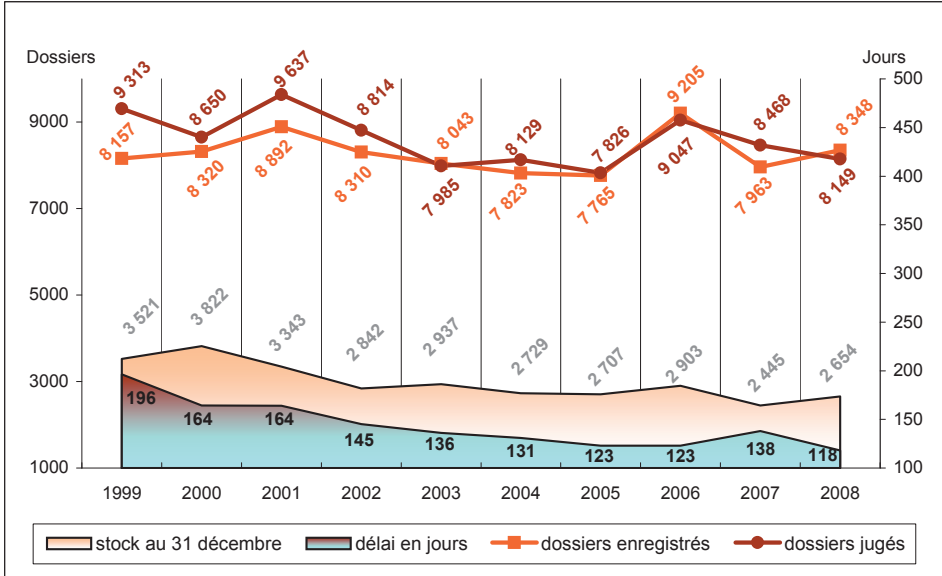


Tableau 2.5 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRE CRIMINELLE



**Tableau 2.6 - PROCEDURE DE RADIATION (ART. 1009-1 DU CPC)
REQUETES ET DECISIONS 1009-1**

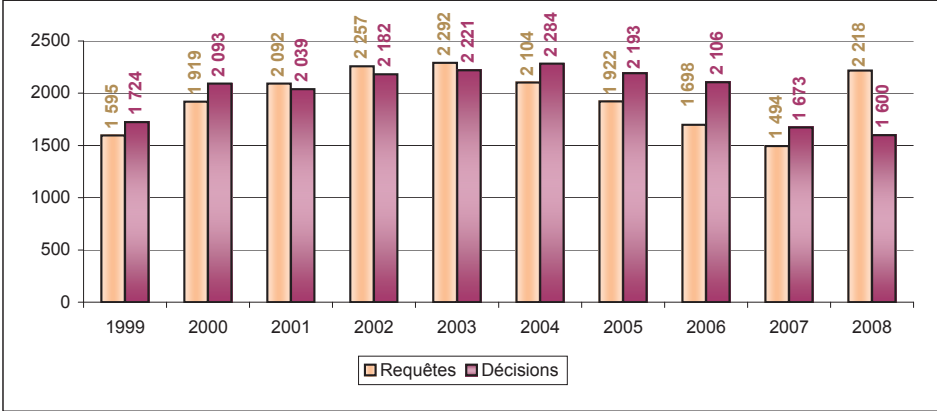


Tableau 2.7 - REPARTITION DES REQUETES 1009-1 EN 2008

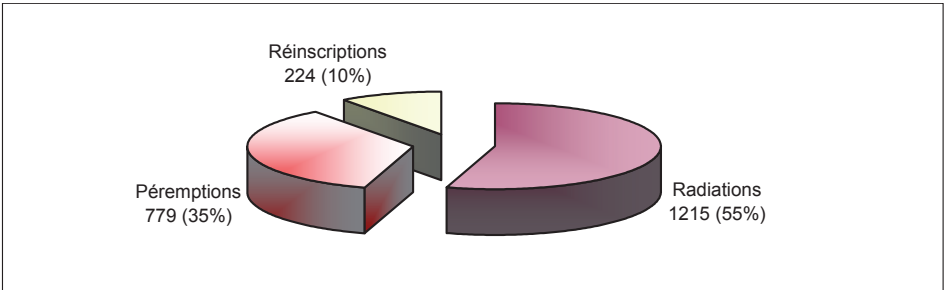
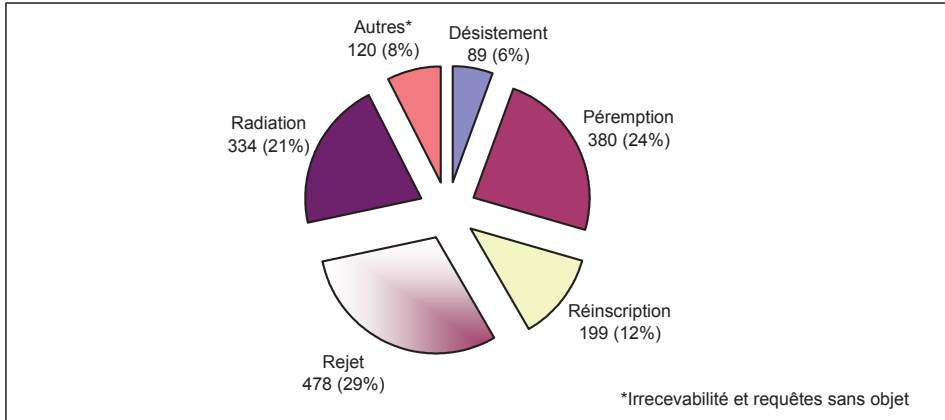


Tableau 2.8 - REPARTITION DES DECISIONS 1009-1 EN 2008





3

**Appréciation par
chambre de l'activité
civile, commerciale et
sociale et en matière
criminelle**

**Tableau 3.1 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2008
PAR LA PREMIERE CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIE DE DECISIONS**

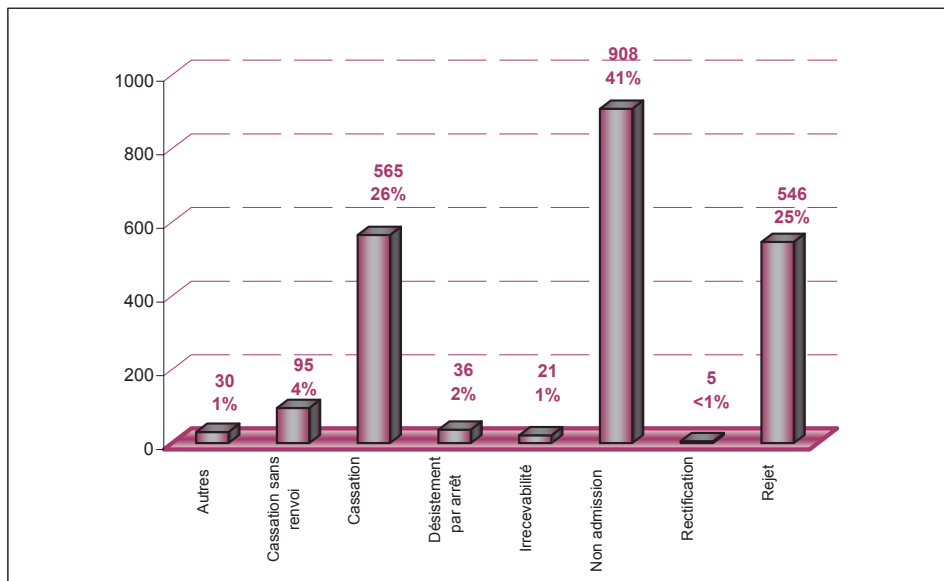
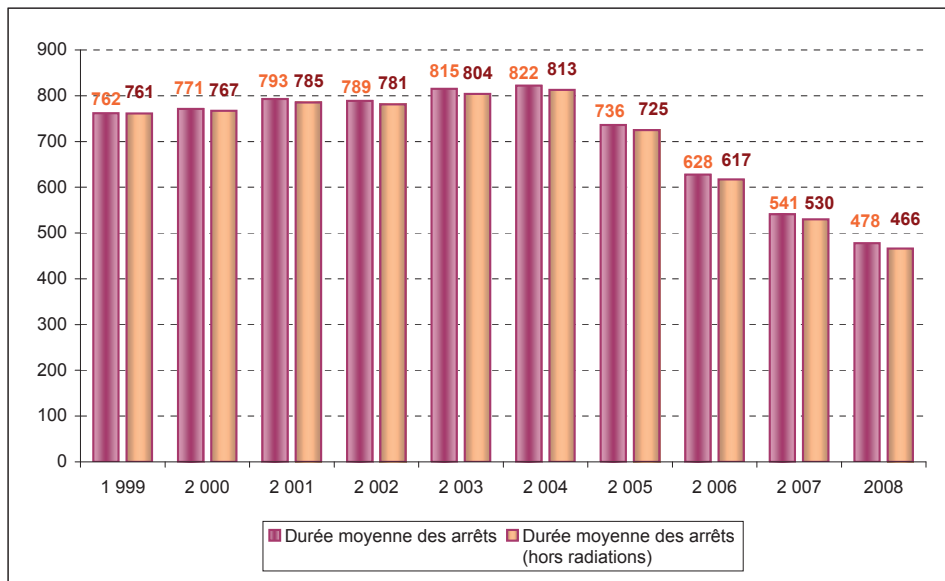


Tableau 3.2 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - PREMIERE CHAMBRE CIVILE



**Tableau 3.3 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRÊT (en jours)
PREMIERE CHAMBRE CIVILE**



La répartition des principales décisions de la première chambre civile (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

Cassation	31%
Rejet	26%
Non-admission	43%

Cette chambre a jugé 2206 affaires par arrêt en 2008, soit une diminution de 13% par rapport à 2007 (2 539 affaires).

Elle a réduit la durée moyenne de traitement de ces affaires, cette durée (hors radiations) passant de 530 jours en 2007 à 466 jours en 2008, soit un gain de 64 jours.

**Tableau 3.4 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2008
PAR LA DEUXIEME CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIE DE DECISIONS**

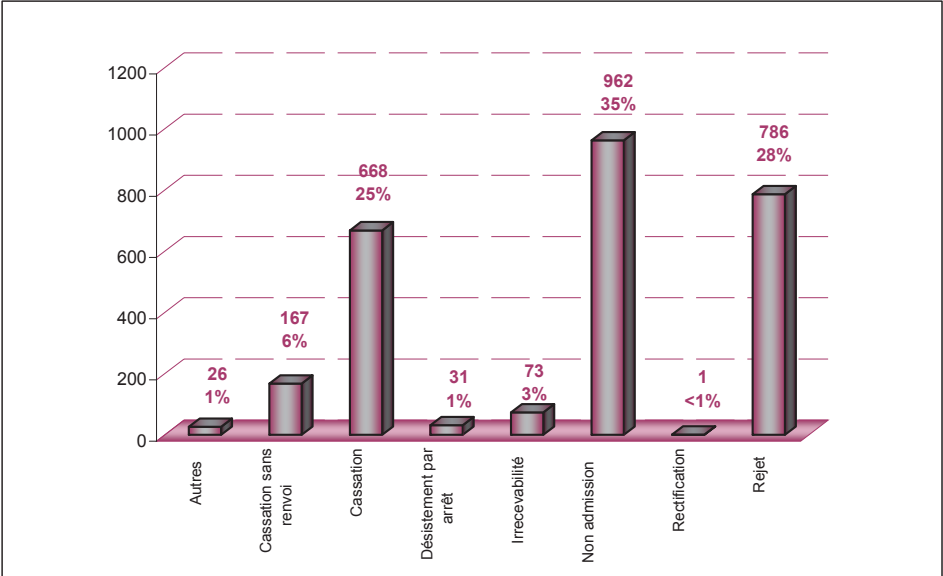
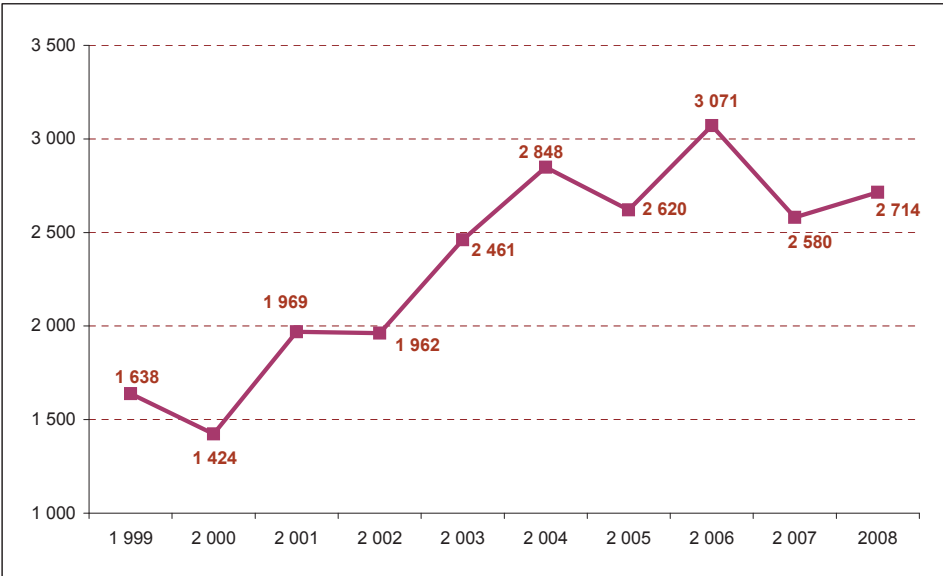
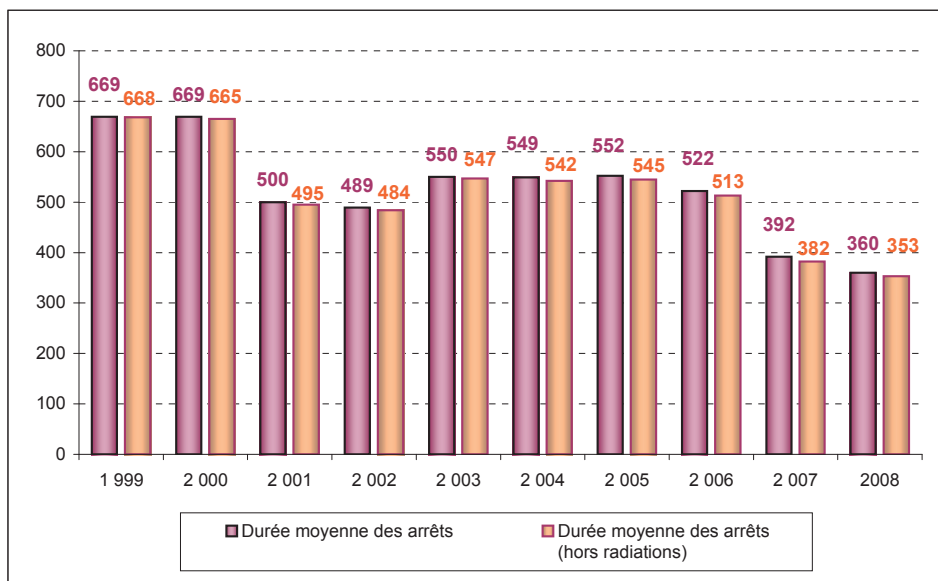


Tableau 3.5 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEEES - DEUXIEME CHAMBRE CIVILE



**Tableau 3.6 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRÊT (en jours)
DEUXIEME CHAMBRE CIVILE**



La répartition des principales décisions de la deuxième chambre civile (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

Cassation	32%
Rejet	30%
Non-admission	37%

Cette chambre a jugé 2714 affaires par arrêt en 2008, ce qui marque une augmentation de 5 % par rapport à 2007 (2580 affaires).

La durée moyenne de traitement de ces affaires a diminué par rapport à 2007, cette durée (hors radiations) passant de 382 en 2007 à 353 en 2008, soit un gain de 29 jours.

**Tableau 3.7 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2008
PAR LA TROISIEME CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIE DE DECISIONS**

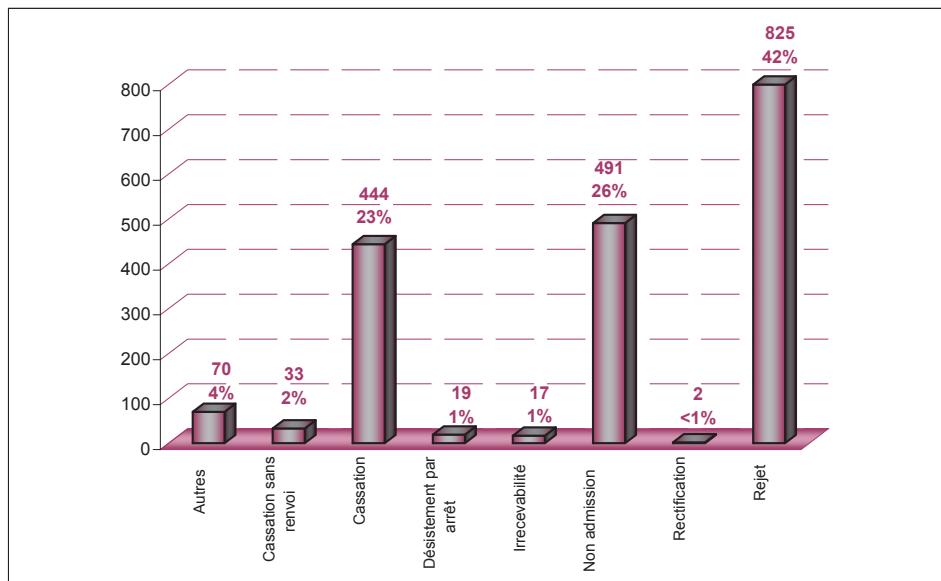
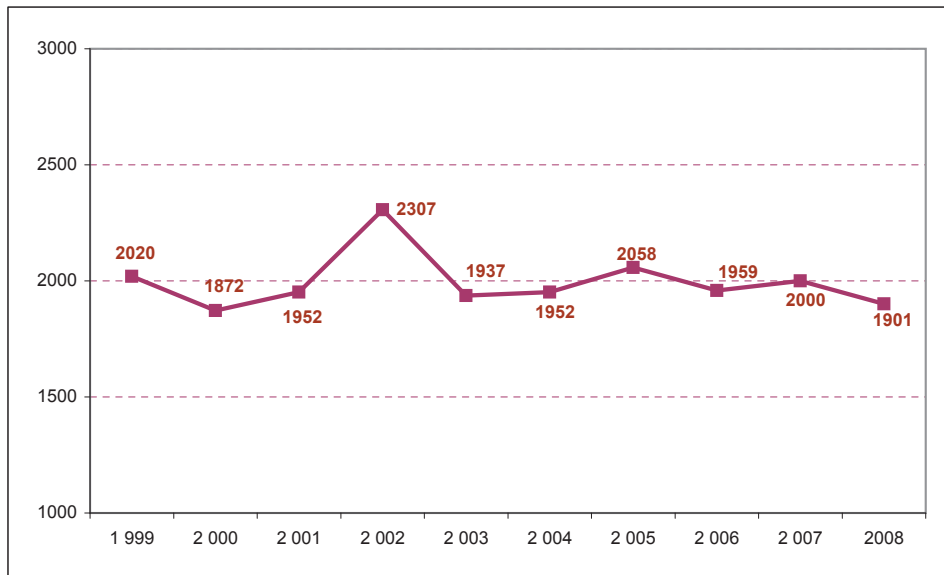
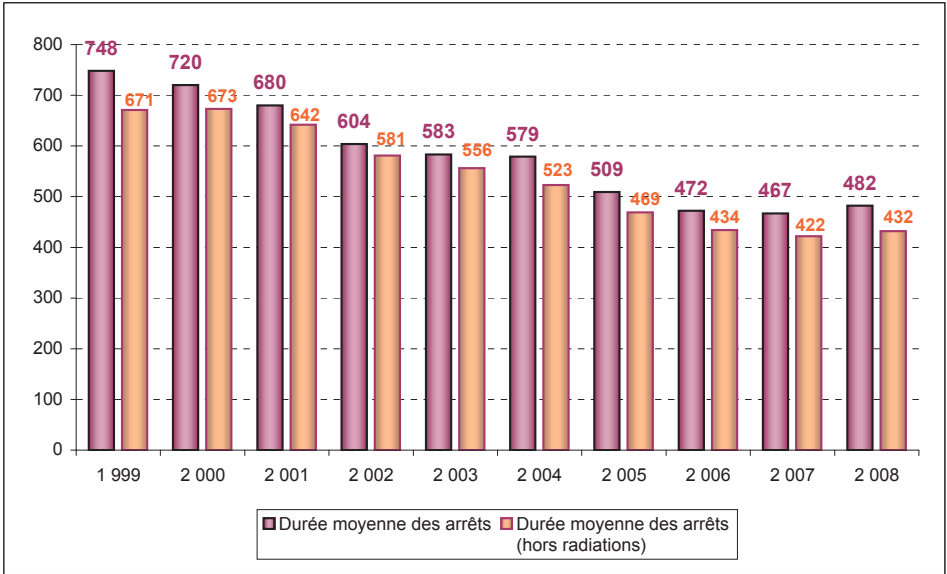


Tableau 3.8 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGÉES - TROISIEME CHAMBRE CIVILE



**Tableau 3.9 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRÊT (en jours)
TROISIEME CHAMBRE CIVILE**



La répartition des principales décisions de la troisième chambre civile (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

Cassation	27%
Rejet	46%
Non-admission	27%

Cette chambre a rendu 1901 affaires par arrêt en 2008, soit une diminution de 5% par rapport à 2007 (2000 affaires).

La durée moyenne de traitement de ces affaires (hors radiations) a augmenté, passant de 422 jours à 432 jours, soit un allongement de 10 jours.

**Tableau 3.10 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2008
PAR LA CHAMBRE COMMERCIALE PAR CATEGORIE DE DECISIONS**

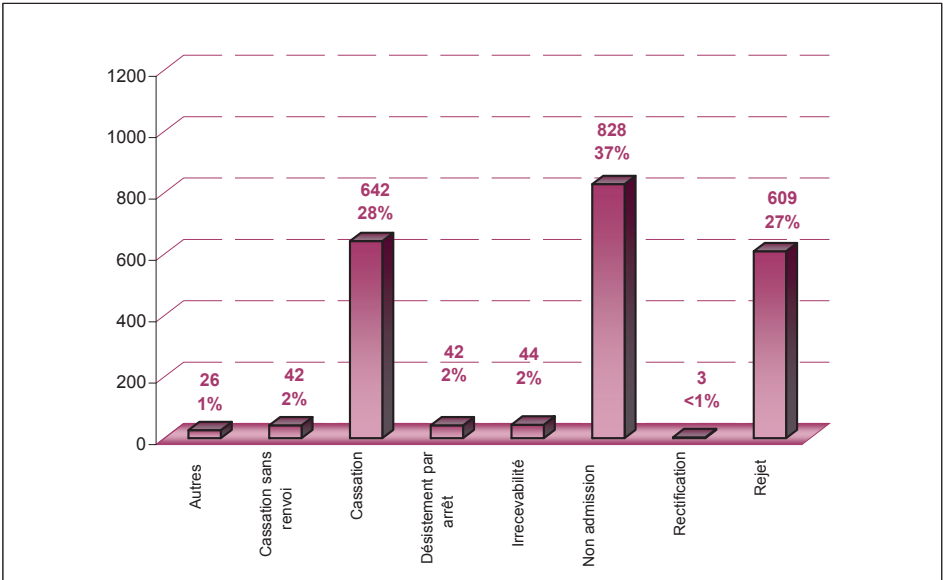
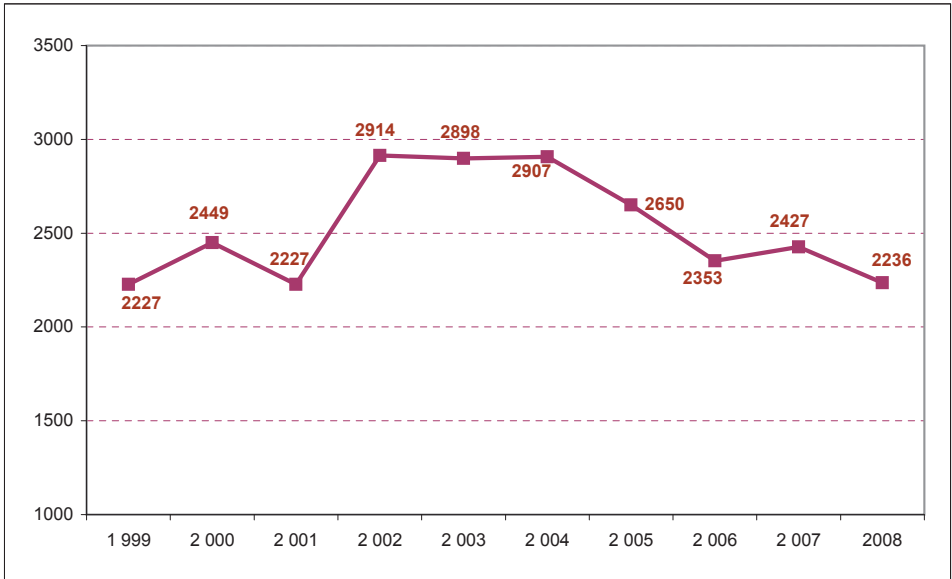
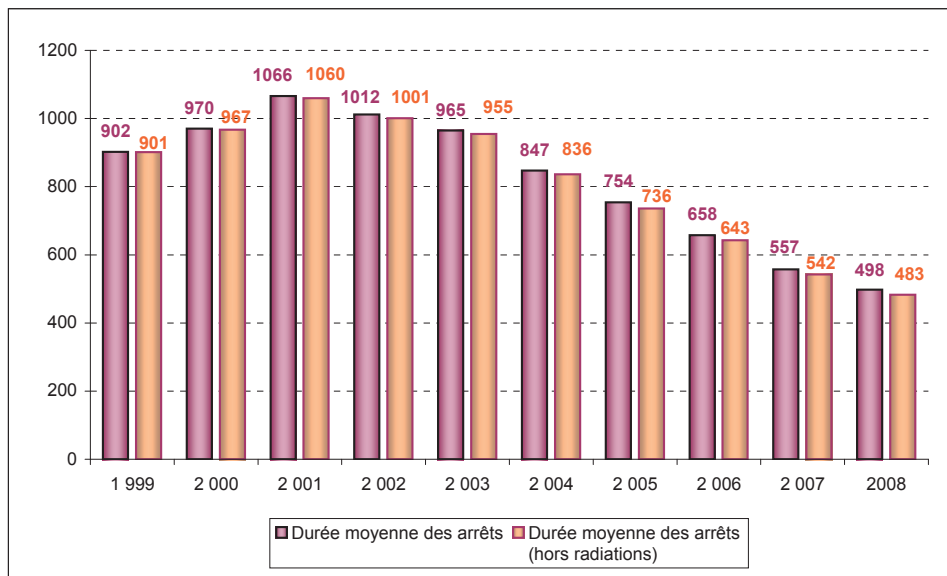


Tableau 3.11 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - CHAMBRE COMMERCIALE



**Tableau 3.12 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRÊT (en jours)
CHAMBRE COMMERCIALE**



La répartition des principales décisions de la chambre commerciale (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

Cassation	32%
Rejet	29%
Non-admission	39%

Cette chambre a jugé 2236 affaires par arrêt en 2008, soit une diminution de 8% par rapport à 2007 (2427 affaires).

Elle a diminué la durée moyenne de traitement de ces affaires (hors radiations), celle-ci étant de 483 jours en 2008 contre 542 jours en 2007, soit un gain de 59 jours.

**Tableau 3.13 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2008
PAR LA CHAMBRE SOCIALE PAR CATEGORIE DE DECISIONS**

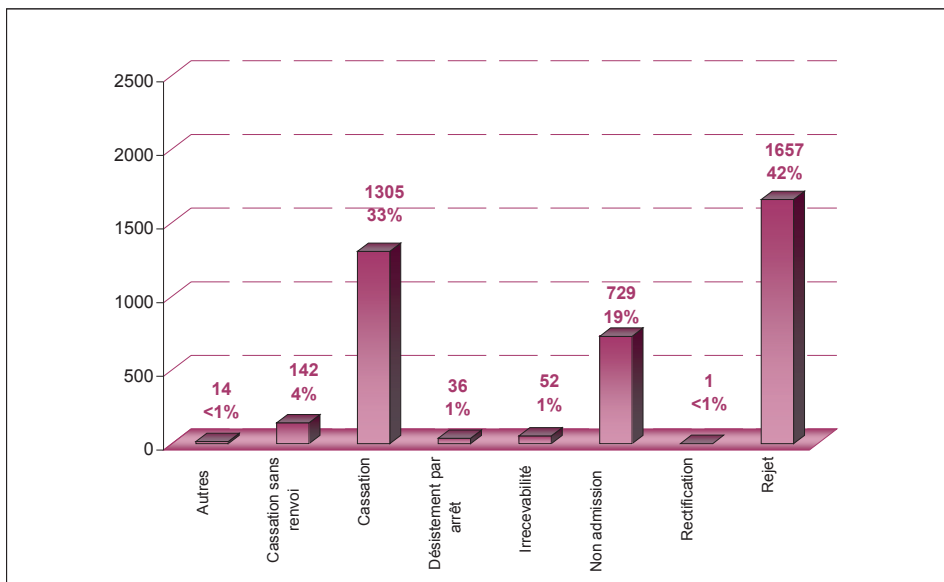
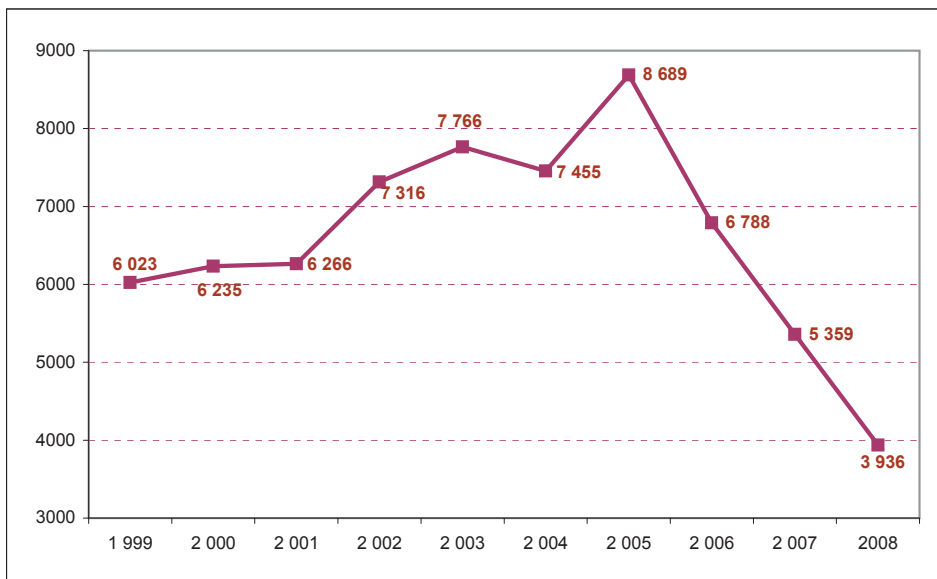
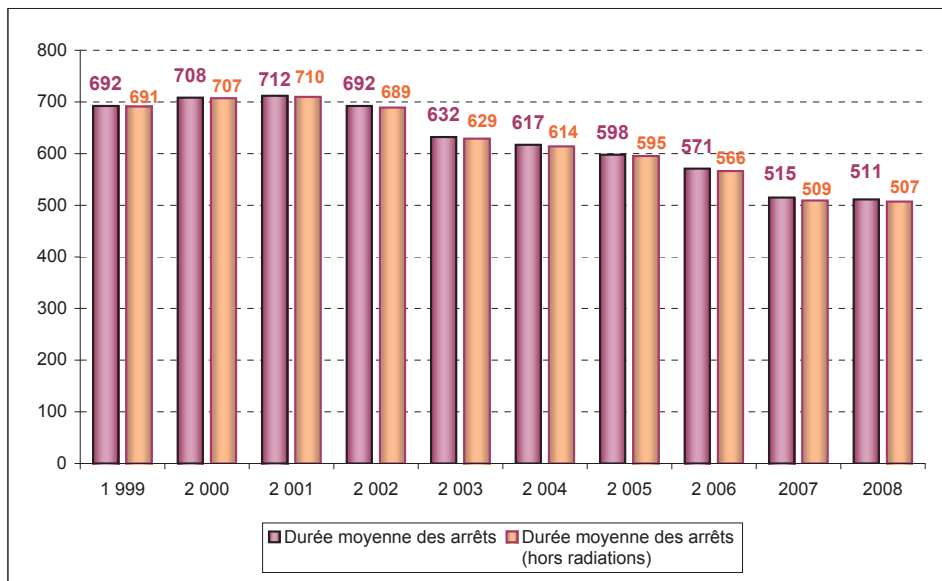


Tableau 3.14 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGÉES - CHAMBRE SOCIALE



**Tableau 3.15 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRÊT (en jours)
CHAMBRE SOCIALE**



La répartition des principales décisions de la chambre sociale (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

Cassation	38%
Rejet	43%
Non-admission	19%

Cette chambre a jugé 3936 affaires par arrêt en 2008, soit une diminution de 27% par rapport à 2007 (5359 affaires).

Elle a légèrement diminué la durée moyenne de traitement de ces affaires (hors radiations), celle-ci étant de 507 jours en 2008 contre 509 jours en 2007, soit un gain de 2 jours.

**Tableau 3.16 - REPARTITION DES DOSSIERS PENAUX JUGES EN 2008
PAR CATEGORIE DE DECISIONS**

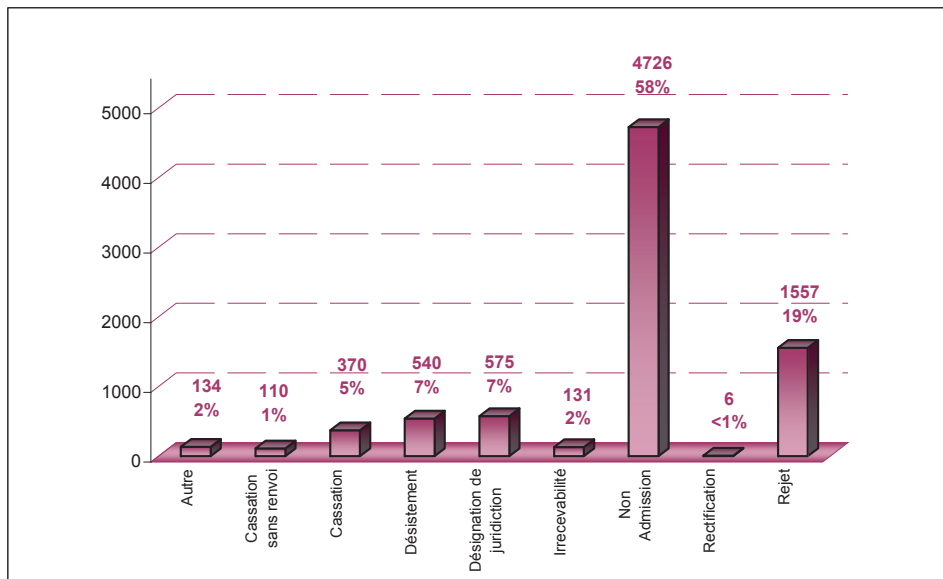


Tableau 3.17 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - CHAMBRE CRIMINELLE

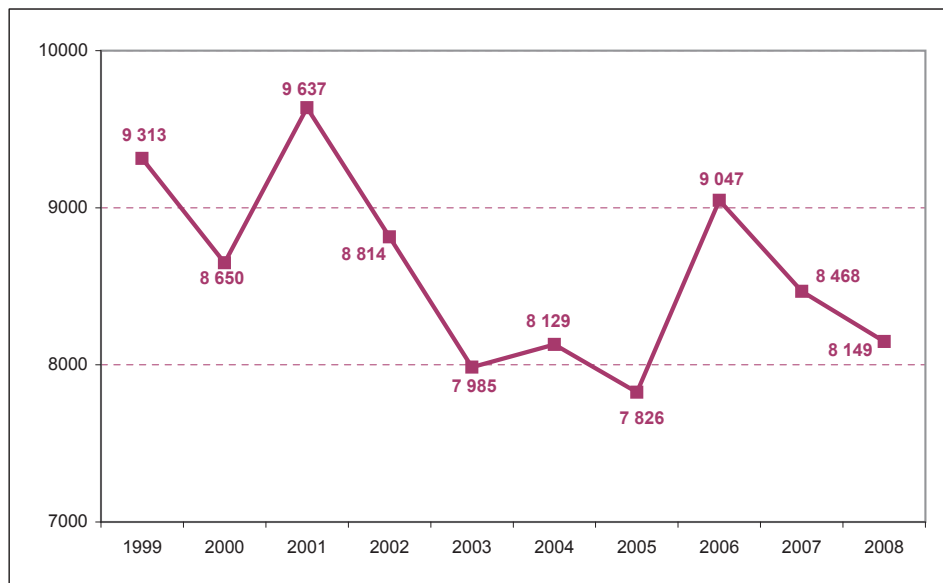
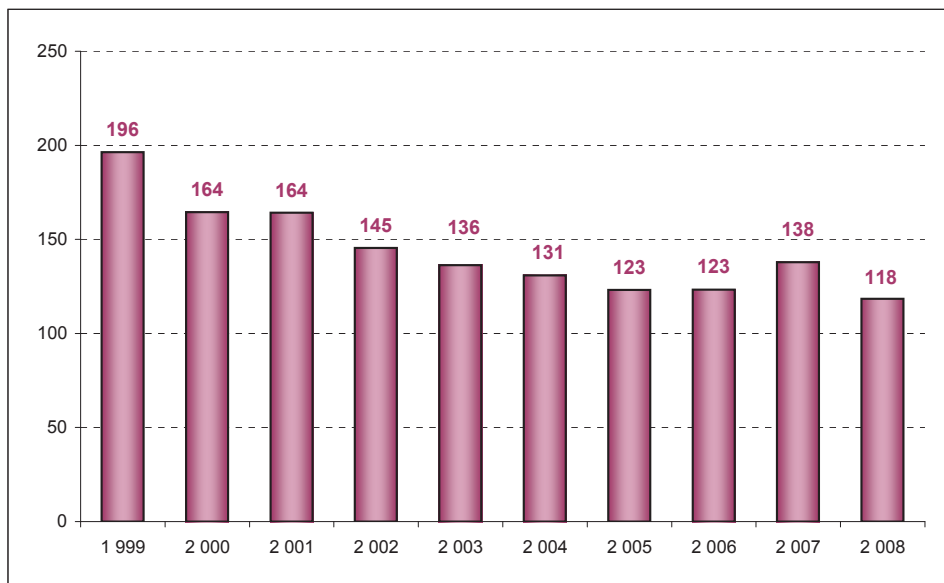


Tableau 3.18 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRE CRIMINELLE



La répartition des principales décisions de la chambre criminelle (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

Cassation	7%
Rejet	25%
Non-admission	68%

Cette chambre a jugé 8149 affaires en 2008, soit une diminution de 4 % par rapport à 2007 (8468 affaires).

La durée moyenne de traitement des affaires terminées a sensiblement diminué par rapport à 2007 (138 jours) pour descendre à 118 jours en 2008.

Appréciation par chambre de l'activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle

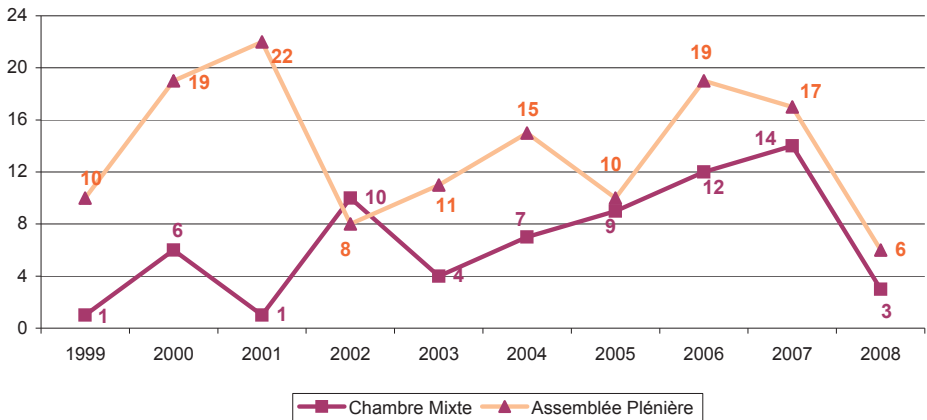
**Tableau 3.19 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES
ASSEMBLEE PLENIERE ET CHAMBRE MIXTE**

Chambre	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Ass. Plénière (Pourvois en matière civile)	8	17	18	5	8	14	7	18	14	3
Ass. Plénière (Pourvois en matière pénale)	2	2	4	3	3	1	3	1	3	3
Total	10	19	22	8	11	15	10	19	17	6

Chambre	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Chambre Mixte (Pourvois en matière civile)	1	4	1	10	4	7	9	12	14	3
Chambre Mixte (Pourvois en matière pénale)		2								
Total	1	6	1	10	4	7	9	12	14	3

Total général	11	25	23	18	15	22	19	31	31	9
----------------------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	----------

**Tableau 3.20 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES
ASSEMBLEE PLENIERE ET CHAMBRE MIXTE**



Observations générales sur la statistique de la Cour de cassation

L'observation de la statistique de la Cour de cassation révèle trois tendances, à savoir une hausse du nombre des affaires enregistrées, une légère augmentation du stock des affaires en cours et une évolution des méthodes d'examen des dossiers.

1. – Une hausse du nombre des affaires enregistrées

1.1. – Une hausse modérée de 3,98 % du nombre des affaires enregistrées (tableaux 2.1. et 2.4.)

Le nombre cumulé des affaires enregistrées en matière civile et pénale, qui avait connu une baisse sensible de 2006 à 2007, passant de 28 239 à 26 195 (-7,2 %), a connu pour l'année 2008 **une hausse modérée de 3,98 %**, atteignant le nombre cumulé des affaires enregistrées de **27 280**.

Le nombre des affaires enregistrées connaît ainsi ces dernières années des variations non linéaires : après une forte période de recul entre 2004 et 2005 (-14,5 %), une hausse de 6 % entre 2005 et 2006, une nouvelle baisse sensible de 2006 à 2007 de 7,2 %, c'est de nouveau une légère augmentation de 3,98 % qui est enregistrée de 2007 à 2008.

Relevons qu'au cours de la période courant de 1999 à 2008, il n'y a qu'en 2005 (26 595 affaires enregistrées) et en 2007 (26 195) qu'un nombre d'affaires enregistrées inférieur à celui de 2008 (27 280) a été constaté, la hausse relevée en 2008 apparaissant dès lors modérée.

1.2. – qui s'accompagne d'une très légère augmentation du nombre des affaires pénales enregistrées par rapport au nombre des affaires civiles (tableau 1.1.)

La part des affaires pénales, en raison des dossiers nouveaux enregistrés, est passée de 30 % en 2007, à 31 % en 2008.

Rappelons qu'en 2007, cette proportion s'était stabilisée à 30 %, après avoir connue une forte augmentation de 27 % à 33 % de 2005 à 2006 (inchangé depuis 2002).

Ce taux, qui marque une très légère augmentation par rapport à l'année 2007, reste toutefois inférieur à celui enregistré en 2006, qui atteignait 33 %.

Cette très légère augmentation du nombre des affaires pénales par rapport au nombre des affaires civiles s'explique par une augmentation plus significative des affaires enregistrées en matière pénale qu'en matière civile.

1.3. – s'expliquant par une augmentation plus importante des affaires enregistrées en matière pénale (tableau 2.2, 2.4. et 1.6),

En matière pénale, le nombre des affaires enregistrées, qui avait connu une nette diminution de 13,4 % de 2006 (9 205 affaires) à 2007 (7 963 affaires), enregistre une **augmentation de 4,62 % en 2008**, pour atteindre un total de 8 348 affaires.

Cette augmentation intervient au terme d'une légère augmentation non linéaire de 2 % de 1999 (8 157 affaires) à 2008 (8 348 affaires).

Plus précisément, l'augmentation avait été de 8,26 % entre 1999 et 2001, suivie d'une baisse de 13 % de 2001 à 2005 et d'une nouvelle progression de 18 % de 2005 à 2006, pour connaître enfin une nette diminution de 13,4 % de 2006 à 2007.

Au final, l'augmentation enregistrée touche principalement la matière correctionnelle. En effet, on relève une hausse de 10,57 % du contentieux correctionnel (soit 4 959 affaires correctionnelles en 2008 pour 4 435 en 2007), correspondant à 59 % du contentieux de la chambre criminelle en 2008, alors qu'il représentait 56 % en 2007.

Parmi les autres contentieux, seul celui des cours d'assises connaît une légère hausse de 4,91 % de 2007 à 2008 soit 9 % du contentieux total (713 affaires).

Les autres contentieux diminuent : -3,61 % en matière de détention (720 dossiers en 2008 contre 746 dossiers en 2007), soit 9 % du contentieux total, -12,56 % s'agissant du contentieux des chambres de l'instruction (1 170 dossiers en 2008 contre 1 317 en 2007), soit 14 % du contentieux total.

1.4. – et une augmentation moins significative des affaires enregistrées en matière civile (tableau 2.1. et 1.3.).

En matière civile, le nombre des affaires enregistrées est passé de 18 232 en 2007 à 18 932 en 2008, **soit une hausse de 3,70 %**.

Ce contentieux, en constante diminution entre 2001 et 2005 (22 869 affaires à 18 830 soit -17,66 %), avait connu une légère augmentation en 2006 (19 034 affaires enregistrés), soit +1 %, avant de connaître une nouvelle baisse de 4,2 % (18 232 affaires en 2007).

Cette évolution peut s'expliquer notamment par une hausse du contentieux prud'homal de 1,22 % (soit 5 754 affaires enregistrées en 2008 contre 5 684 affaires en 2007), ce qui tranche après la baisse sensible enregistrée de 2006 (6 382 affaires) à 2007, soit -11 %.

Il semble que les effets ressentis de l'extension de la représentation obligatoire à la matière prud'homale¹ depuis 2005, qui permet en amont de limiter le

1. La représentation obligatoire en matière civile a été étendue par le décret 2002-836 du 20 août 2004 au contentieux prud'homal, aux dossiers d'autorité parentale, de surendettement et aux actions exercées contre le fonds d'indemnisation des victimes contaminées, par le décret 2002-1215 du 17 novembre 2004 aux procédures relatives aux étrangers en situation irrégulière et par le décret 2004-1420 du 23 décembre 2004 aux affaires d'expropriation pour cause d'utilité publique.

nombre de pourvois, grâce aux conseils donnés aux justiciables par les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, aient atteint leur terme.

2. – Une légère augmentation du stock des dossiers en cours (tableau 2.1. et 2.4.)

Le stock général de la Cour, de 20 779 dossiers en 2007, est passé à 21 544 en 2008 (18 890 dossiers au pénal et 2 654 dossiers au civil), soit une hausse de 3,55 %.

Rappelons que le stock général de la Cour, de 23 153 dossiers en 2006, est passé à 20 779 en 2007, soit une baisse de plus de 10 %. Il était de 32 537 dossiers en 2004 et de 26 368 en 2005.

Dans un contexte de hausse des affaires enregistrées, cette légère augmentation du stock intervient malgré une activité soutenue de l'ensemble des chambres de la Cour, mais qui s'explique de manière principale par la hausse du nombre des affaires enregistrées, supérieur au nombre des affaires jugées.

En effet, en 2008, le nombre des affaires enregistrées est de 27 280 alors que le total des affaires jugées est de 26 833 (en baisse par rapport au nombre des affaires jugées en 2007 de 28 822).

Il y a lieu toutefois de relever que le nombre des affaires jugées en 2008 (26 833 dossiers) reste supérieur au nombre des affaires enregistrées l'année précédente (26 195 dossiers).

Dès lors, l'activité de l'ensemble des chambres de la Cour n'a pas permis de compenser la hausse des affaires enregistrées, le différentiel des affaires enregistrées sur les affaires jugées s'établissant à 1,67 %.

Il y a lieu toutefois de relever une baisse du délai d'examen des procédures, permettant un examen en flux continu des procédures.

2.1. Chambres civiles (tableau 1.5 et 2.1.)

2.1.1. Un nombre des affaires enregistrées légèrement supérieur au nombre des affaires terminées

Le nombre des affaires terminées en 2008 par les chambres civiles est de 18 684 alors qu'il était de 20 354 en 2007, soit une baisse de 8,94 % du nombre des affaires jugées.

Le différentiel entre les affaires enregistrées et les affaires jugées s'établit à 1,33 % dans les chambres civiles (18 684 dossiers jugés pour 18 932 dossiers enregistrés).

En 2007, le nombre des affaires terminées était de 20 354 pour un nombre de dossiers enregistrés de 18 232, soit un différentiel des affaires jugées sur les affaires enregistrées de plus de 10 %. Il convient de souligner toutefois que le nombre des affaires jugées en 2008 (18 684) reste supérieur au nombre de dossiers enregistrés en 2007 (18 232).

2.1.2. – L'augmentation du nombre des affaires en instance (tableau 2.1.)

L'activité des chambres de la Cour n'a pas permis de compenser la hausse des affaires enregistrées.

Aussi, le stock, de 18334 en 2007, est passé à 18890 dossiers en 2008, soit une hausse de 2,94%.

Rappelons que le stock était de 20250 procédures en 2006, l'année 2007 ayant dès lors enregistré une baisse de 9% par rapport à 2006.

Cette légère augmentation du stock marque l'arrêt de la constante diminution constatée depuis 2001 (35085 dossiers).

2.1.3. – La réduction des délais de jugement (tableaux 2.1., 2.2. et 2.3.)

La réduction des délais de traitement des affaires civiles, s'agissant des délais moyens généraux (hors radiation), s'est poursuivie de manière sensible en 2008 puisqu'il est de 368 jours, alors qu'il était de 400 jours en 2007, soit une baisse de 8,70%.

Depuis 2000 (587 jours), la baisse est de 37,30%.

Pour les affaires terminées par un arrêt, le délai est passé de 485 jours en 2007 à 453 en 2008, soit une baisse de 7,06%.

L'ensemble des chambres civiles de la Cour (à l'exception de la troisième chambre qui connaît une très légère augmentation) enregistre une baisse de la durée moyenne de traitement des affaires terminées par un arrêt (hors radiations) :

- pour la première chambre, la durée moyenne est passée de 530 jours en 2007 à 466 jours en 2008, soit -13,73% (tableau 3.3.);
- pour la deuxième chambre, la durée moyenne est passée de 382 en 2007 à 353 en 2008, soit -8,22% (tableau 3.6.);
- pour la troisième chambre, la durée moyenne est passée de 422 jours en 2007 à 432 jours en 2008, soit +2,31% (tableau 3.9.);
- pour la chambre commerciale, la durée moyenne est passée de 542 jours en 2007 à 483 jours en 2008, soit -12,22% (tableau 3.12.);
- pour la chambre sociale, la durée moyenne est passée de 509 jours en 2007 à 507 jours en 2008, soit -0,39% (tableau 3.15.).

2.1.4. – La satisfaction des indicateurs de performance que la Cour de cassation s'est fixée dans le cadre de l'exécution du budget de l'année 2008

La cible que s'est fixée Cour pour l'indicateur mesurant le délai moyen des procédures en matière civile est de seize mois, soit 480 jours. Le délai moyen général (hors péremption) constaté en 2008 étant de 368 jours (445 jours pour l'ensemble des affaires terminées par un arrêt y compris celles, particulièrement anciennes, ayant fait l'objet de péremption), les indicateurs de performance que la Cour de cassation s'est fixée pour l'année 2008 apparaissent satisfaisants.

Le décret du 22 mai 2008 qui a réduit les délais dont les parties disposent pour rédiger leurs mémoires, ramenant celui-ci de cinq mois à quatre mois pour le mémoire ampliatif et de trois mois à deux mois pour le mémoire en défense, et ne s'appliquant qu'aux pourvois formés à compter de sa date d'entrée en vigueur, n'a pas encore produit ses effets sur les affaires en état d'être jugé en 2008.

En ce qui concerne l'objectif de neuf mois fixé pour l'indicateur mesurant l'ancienneté moyenne du stock des affaires, et dont la cible est de 8,5 mois, cette durée s'est établie au 31 décembre 2008 à 8,43 mois.

2.2. – Chambre criminelle

2.2.1. – Un nombre des affaires enregistrées supérieur au nombre des affaires jugées (tableau 2.4.)

Le nombre des affaires jugées en 2008 par la chambre criminelle est de 8 149 alors qu'il était de 8 468 en 2007, soit une baisse 3,91 %.

Dans le même temps, le nombre d'affaires enregistrées, qui était de 7 963 en 2007, est passé à 8 348 en 2008, soit une augmentation de 4,61 %.

Le différentiel entre les affaires enregistrées et les affaires jugées s'établit en 2008 à 2,44 % (8 149 dossiers jugés pour 8 348 dossiers enregistrés).

Rappelons qu'en 2007, le nombre des affaires jugées était de 8 468 pour un nombre de dossiers enregistrés de 7 963, soit un différentiel de 6 % des affaires jugées sur les affaires enregistrées.

2.2.2. – Une hausse des affaires en instance

L'activité de la chambre criminelle n'a pas permis de compenser la hausse des affaires enregistrées, le nombre des affaires jugées étant inférieur au nombre d'affaires enregistrées.

Aussi, le stock, de 2 445 en 2007, est passé à 2 654 dossiers en 2008, soit une hausse de 7,87 %.

2.2.3. – Une forte baisse des délais de traitement (tableau 2.5.)

Le délai de traitement des affaires devant la chambre criminelle est passé de 138 jours en 2007 à 118 jours en 2008, enregistrant une forte baisse des délais de traitement de 16,95 %.

Rappelons que 2006 à 2007, une très légère augmentation avait été constatée (de 123 jours en 2006).

Ces délais de traitement devant la chambre criminelle permettent de respecter les prévisions des indicateurs de performance que la Cour de cassation s'est fixée en 2008 (131 jours).

3. – L'évolution des méthodes d'examen des dossiers

3.1. – Les désistements et les déchéances (tableaux 1.4. et 1.7.)

Un pourvoi peut faire l'objet d'un désistement lorsque le demandeur renonce à son recours ou à une déchéance lorsqu'il n'y donne pas suite par le dépôt d'un mémoire ampliatif.

En matière civile, le nombre de désistements a atteint le nombre de 3 729 en 2008 alors qu'il était de 3 801 en 2007 soit une diminution de 1,93 %, et le nombre de déchéances est passé de 1 878 en 2007 à 1 715 en 2008, soit une diminution de 9,50 %.

En matière pénale, le nombre de désistements est passé de 557 en 2007 à 540 en 2008, soit une légère baisse de 3,15 %.

3.2. – Les arrêts

L'évolution des méthodes d'examen des dossiers, après la mise en œuvre de la loi du 25 juin 2001 permettant de déclarer un pourvoi non admis, a conduit à une diminution des procédures jugées en formation de section ou plénière de chambre, au profit d'un examen par une formation restreinte qui statue « *lorsque la solution du pourvoi s'impose* » ou déclare non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation (article L. 431-1 du Code de l'organisation judiciaire).

3.2.1. – En matière civile, une augmentation des affaires jugées en formation de section

17,10 % des procédures terminées par un arrêt en 2008 l'ont été en formation de section pour un total de 2 220 14 % en 2007 (2 016 dossiers), 16 % en 2006 (2 801 dossiers), 18 % en 2005 (3 463 dossiers) et 18 % en 2004 (3 184 dossiers).

52,77 % des procédures terminées par un arrêt en 2008 l'ont été en formation restreinte (hors non admission) pour un total de 6 853 54 % en 2007 (7 997 dossiers), 52 % en 2006 (8 761 dossiers), 46 % en 2005 (8 545 dossiers) et 49 % en 2004 (8 830 dossiers).

30,13 % des procédures terminées par une décision en 2008 l'ont été par une décision de non-admission prononcée par une formation restreinte pour un total de 3 913, 32 % en 2007 (4 728 dossiers), 32 % en 2006 (5 430 dossiers), 36 % en 2005 (8 545 dossiers) et 33 % en 2004 (5 940 dossiers).

De manière particulière, en matière prud'homale, le taux de cassation s'est stabilisé au cours de l'année 2008 à 38 %, soit le même taux enregistré pour l'année 2007. Toutefois, le taux de non-admission, qui était passé de 2006 à 2007, de 34 à 28 % a atteint le taux de 19 %.

Ces taux, s'agissant notamment de la baisse du taux de non-admission, sont à rapprocher de l'extension de la représentation obligatoire à la matière prud'homale qui assure pour le demandeur au pourvoi une garantie qualitative dans la présentation des moyens en cassation.

3.2.2. – En matière pénale, une augmentation des affaires ayant fait l'objet d'une décision de non-admission

3,12 % des procédures terminées par un arrêt en 2008 l'ont été en formation ordinaire pour un total de 226 dossiers, 3 % en 2007 (216 dossiers), 4 % en 2006 (273 dossiers), 5 % en 2005 (375 dossiers).

32,64 % des procédures terminées par un arrêt en 2008 l'ont été en formation restreinte (hors non-admission) pour un total de 2365 dossiers, 38 % en 2007 (2884 dossiers), 37 % en 2006 (3018 dossiers), 40 % en 2005 (2751 dossiers).

64,24 % des procédures terminées par une décision en 2008 l'ont été par une décision de non-admission prononcée par une formation restreinte pour un total de 4654 dossiers, 59 % en 2007 (4396), 59 % en 2006 (4803 dossiers), 55 % en 2005 (3796 dossiers).

3.3. – Les assemblées plénières et les chambres mixtes

En 2008, 6 procédures ont été examinées par l'assemblée plénière de la Cour de cassation (contre 17 en 2007 et 19 en 2006).

3 procédures ont été examinées par les chambres mixtes de la Cour (contre 14 en 2007 et 12 en 2006).

Conclusion

En matière civile, malgré une légère augmentation du stock des affaires, la Cour poursuit son action de diminution des délais de jugements. Celle-ci devrait encore s'amplifier avec la mise en œuvre du décret du 22 mai 2008 qui a réduit les délais de dépôt des mémoires des parties, réforme qui produira ses pleins effets à compter de 2009.

En matière pénale, et ainsi que cela a été relevé dans le rapport pour l'année 2007, le nombre des dossiers examinés par la chambre criminelle ne pourra être réduit que par l'effet de l'extension de la représentation obligatoire par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, qui assurerait au demeurant pour le demandeur au pourvoi une garantie qualitative dans la présentation des moyens en cassation.

Cette extension fait l'objet d'une proposition de la Cour de cassation.



4

Avis de la Cour

LES AVIS (articles L. 441-1 à L. 441-4 et R. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire)

Au cours de l'année 2008, la Cour de cassation a été saisie de huit demandes d'avis en matière civile et de six demandes d'avis en matière pénale.

Elle a examiné au cours de cette même année douze demandes d'avis dont une formulée au titre de l'année 2007.

Le nombre d'avis rendus avait été de dix-sept en 2007, quatorze en 2006, onze en 2005, quatre en 2004, deux en 2003, huit en 2002, huit en 2001, seize en 2000, quatorze en 1999, vingt en 1998, seize en 1997 et onze en 1996.

La refonte du Code de l'organisation judiciaire issue de l'ordonnance n° 2006-676 du 8 juin 2006 a modifié la numérotation de certains des textes de référence en matière d'avis, qui figurent désormais aux articles L. 441-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire. L'entrée en vigueur du décret n° 2008-522 du 2 juin 2008 portant refonte de la partie réglementaire du Code de l'organisation judiciaire a emporté l'abrogation des anciennes dispositions de l'article L. 151-3 du Code de l'organisation judiciaire, qui figurent désormais à l'article R. 441-1 de ce même code.

Le décret n° 2008-522 du 2 juin 2008 a également modifié l'article 1031-1 du Code de procédure civile, désormais complété par un troisième alinéa prévoyant que la saisine pour avis ne fait pas obstacle à ce que le juge ordonne des mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires.

Demeurent inchangées les autres dispositions des articles 1031-1 à 1031-7 du Code de procédure civile et L. 706-64 à L. 706-70 du Code de procédure pénale qui régissent le déroulement de la procédure.

Les avis en matière civile

DROIT DE LA FAMILLE

Voir, *infra*, « Procédure civile ».

INDEMNISATION DES VICTIMES

Fonds de garantie des victimes de l'amiante

Offre d'indemnisation et déduction des prestations sociales

Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, institué par l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001, a

pour mission la réparation des préjudices subis par les personnes ayant obtenu la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante, ou ayant subi un préjudice résultant d'une exposition à l'amiante sur le territoire français, et des préjudices subis par les ayants droit de ces victimes.

Lorsque les conditions de l'indemnisation sont réunies, le fonds est tenu de présenter au demandeur, dans les six mois de la demande d'indemnisation, une offre d'indemnisation indiquant l'évaluation retenue pour chaque chef de préjudice. L'article 53 IV de la loi du 23 décembre 2000 précise que le montant des indemnités est proposé « *compte tenu des prestations énumérées à l'article 29 de la loi n° 85-677 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, et des indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs du chef du même préjudice* ».

Le fonds, dont l'intervention n'est pas subsidiaire, dispose d'un recours subrogatoire, après paiement de l'indemnité, à l'encontre de la personne responsable du dommage ainsi que des personnes ou organismes tenus d'en assurer la réparation totale ou partielle.

La formation pour avis a été conduite à se prononcer sur la portée, au regard du dispositif d'offre d'indemnisation des victimes de l'amiante, de la réforme du recours des tiers payeurs introduite par l'article 25 de la loi du n° 2006-1640 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007.

Selon cette dernière disposition, les recours subrogatoires des caisses contre les tiers s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel.

Dans son avis émis le 6 octobre 2008 (avis n° 0080009P), la formation pour avis a retenu que l'article 53 IV de la loi du 23 décembre 2000 impose au fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante de faire à la victime une offre pour chaque chef de préjudice, en tenant compte des prestations énumérées à l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985 pour le montant qui résulte, poste par poste, de l'application de l'article 31, alinéa 1^{er} et 3, de cette loi, dans sa rédaction issue de l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006.

PROCÉDURE CIVILE ET VOIES D'EXÉCUTION

Procédure civile

Effets de l'appel en matière de divorce accepté

La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 a profondément modifié le régime du divorce accepté, désormais régi par les articles 233 et 234 du Code civil. Depuis cette modification législative, ce divorce ne repose plus sur un double aveu, par les époux, de faits rendant intolérable le maintien de la vie commune, mais sur leur simple acceptation du principe de la rupture du mariage, sans considération des faits à l'origine de cette rupture.

Afin d'accroître l'efficacité de ce mode de rupture de la vie conjugale, la loi du 26 mai 2004 a notamment prévu que l'acceptation des époux, recueillie par le juge, n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel. Le juge prononce le divorce et statue

sur ses conséquences, s'il a acquis la conviction que chacun des époux, assisté d'un avocat, a librement donné son accord.

Dans une affaire où un époux avait interjeté un appel non limité à l'encontre d'une décision prononçant le divorce au visa des articles 233 et 234 du Code civil, et définissant les conséquences du divorce au regard des enfants et des intérêts pécuniaires des époux, s'est posée la question de savoir si cet appel pouvait remettre en cause le prononcé du divorce, ou si celui-ci devait être considéré comme définitivement prononcé et ayant mis fin notamment au devoir de secours.

La formation pour avis, dans un avis rendu le 9 juin 2008 (avis n° 0080004P), a énoncé que l'appel général d'un jugement prononçant un divorce sur le fondement des articles 233 et 234 du Code civil, même si l'acceptation du principe de la rupture du mariage ne peut plus être remise en cause, sauf vice du consentement, ne met pas fin au devoir de secours et ce, dès lors que cette décision n'acquiert force de chose jugée qu'après épuisement des voies de recours.

Procédures civiles d'exécution

Territorialité de la « postulation » en matière de saisie immobilière

La formation pour avis a eu à se prononcer sur l'articulation entre les règles prises pour l'application de l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006 réformant la saisie immobilière, et celles régissant l'intervention des avocats exerçant dans les ressorts des tribunaux de grande instance de la région parisienne.

L'article 5, alinéa 2, de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires pose le principe de la territorialité de la postulation, mission consistant pour un avocat à accomplir au nom et pour le compte d'un plaideur les actes de la procédure, en disposant que les avocats exercent cette activité « *exclusivement devant le tribunal de grande instance dans le ressort duquel ils ont établi leur résidence professionnelle* ». Une dérogation est prévue aux termes de l'article 1^{er}, III, de la loi du 31 décembre 1971, modifié par la loi n° 84-1211 du 29 décembre 1984, permettant aux avocats des ressorts des tribunaux de grande instance de Paris, Nanterre, Bobigny et Créteil de postuler devant chacune de ces juridictions. La même disposition exclut cependant de ce système, dit de multipostulation, les procédures de saisie immobilière, de partage et de licitation.

Le décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble, pris pour l'application de l'ordonnance du 21 avril 2006, prévoit en ses articles 49 et suivants une intervention obligatoire du juge de l'exécution à l'occasion d'une audience d'orientation. Lors de cette audience, le juge vérifie, après avoir entendu les parties présentes ou représentées, que les conditions de la saisie sont réunies, et statue sur les éventuelles contestations et demandes incidentes. Il détermine, enfin, les modalités de poursuite de la procédure, en autorisant la vente amiable à la demande du débiteur ou en ordonnant la vente forcée.

Au cours d'une procédure de saisie immobilière, un créancier inscrit avait par deux fois déclaré sa créance auprès au greffe du tribunal de grande instance de Nanterre, la première

sous la constitution d'un avocat inscrit au barreau de Paris, puis une seconde fois sous celle d'un avocat inscrit au barreau des Hauts-de-Seine, afin de couvrir l'éventuelle nullité de la première déclaration.

À l'occasion de la contestation, par un autre créancier inscrit, de la validité de la première comme de la seconde de ces deux déclarations de créances consécutives, la formation pour avis a été amenée à préciser, dans un avis rendu le 16 mai 2008 (avis n° 0080003P) que le juge de l'exécution se trouve tenu de trancher les contestations relatives à la validité des déclarations de créance soulevées à l'audience d'orientation, soulignant par là que les créanciers ont la qualité de parties à la procédure de saisie immobilière.

La formation pour avis a indiqué, d'autre part, que la saisie immobilière et la distribution du prix constituent les deux phases d'une même procédure.

Elle a précisé, enfin, que les dispositions de la loi du 31 décembre 1971 relatives à la postulation demeurent en vigueur, de sorte que les déclarations de créance prévues aux articles 46 et 47 du décret du 27 juillet 2006 doivent, comme tous les actes de procédure en matière de saisie immobilière, être effectuées par un avocat inscrit au barreau du tribunal de grande instance devant lequel la vente est poursuivie, sans que puissent s'appliquer, en la matière, les règles autorisant la multipostulation.

Procédure de la saisine pour avis^(*)

La formation pour avis a eu l'occasion de rappeler un certain nombre de règles de fond et de forme qui conditionnent sa saisine et semblent encore méconnues par certaines juridictions.

Aux termes de l'article 1031-1 du Code de procédure civile, lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité, et recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point. Dès lors qu'il résulte du jugement qui saisit la Cour de cassation pour avis et du dossier transmis que cette procédure de consultation des parties et du ministère public n'a pas été respectée, la demande d'avis est irrecevable (avis n° 0080012P du 24 novembre 2008).

Il a aussi été rappelé que, lorsque la Cour de cassation a déjà statué sur la question de droit sur laquelle son avis est sollicité, il n'y a pas lieu à avis (avis n° 0080001P et n° 0080002P du 7 avril 2008, n° 0080007P et 0080008P du 29 septembre 2008, n° 0080010P et 0080011P du 6 octobre 2008), de même lorsque la question posée est en réalité sans objet (Avis n° 0080006P du 20 juin 2008).

Enfin, la formation pour avis a eu l'occasion de préciser le domaine d'application de la procédure d'avis. Elle a indiqué que ne relève pas de la procédure d'avis, une demande portant sur la compatibilité des fonctions de juge correctionnel appelé à statuer sur les intérêts civils et de juge délégué aux victimes, au regard des dispositions de l'article préliminaire du Code de procédure pénale relatives au caractère équitable de la procédure pénale et à l'équilibre des droits des parties. Une telle demande suppose, en effet, l'examen préalable

et concret de la nature et de l'étendue des mesures qui, le cas échéant, ont été prises par ce magistrat, en qualité de juge délégué aux victimes, avant de statuer sur les intérêts civils.

La formation pour avis a toutefois précisé, à cette occasion, que la qualité de juge délégué aux victimes ne ferait pas en soi obstacle à ce que ce magistrat statue sur les intérêts civils (avis n° 0080005P du 20 juin 2008).

Les avis en matière pénale

DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE

Circulation routière

Permis de conduire

Le dispositif sur le permis de conduire à points, créé par la loi du 10 juillet 1989, prévoit un mécanisme d'information du titulaire du permis des circonstances de nature à entraîner une perte de points.

L'article L. 223-3 du Code de la route dispose ainsi que lorsque le titulaire du permis de conduire est avisé qu'une des infractions entraînant retrait de points a été relevée à son encontre, il est informé du nombre de points dont le retrait est encouru du fait de l'infraction commise, de l'existence d'un traitement automatisé de ces points et de la possibilité pour lui d'exercer un droit d'accès aux informations le concernant.

L'article R. 223-3 du Code de la route précise, quant à lui, que ces informations préalables au retrait effectif des points sont mentionnées sur le document remis ou adressé au titulaire du permis de conduire par le service verbalisateur.

Une seconde information intervient, aux termes de l'article L. 223-3, lorsque le retrait de points devient effectif, l'intéressé en étant alors avisé par lettre simple.

Après avoir indiqué, dans un précédent avis du 30 avril 2007, que l'information donnée au conducteur **après** que le retrait de points est devenu effectif n'est pas une formalité substantielle conditionnant la validité de la procédure (Avis n° 0070003P), la formation pour avis a eu l'occasion de préciser que l'information **préalable**, prévue par les articles L. 223-3, alinéa 1 et 2, et R. 223-3, I, du Code de la route est, quant à elle, une formalité substantielle qui conditionne la légalité de chaque retrait administratif de points du permis de conduire.

Juge délégué aux victimes

Impartialité fonctionnelle

Voir, *supra*, procédure de saisine pour avis^(*).



5

**Service de
documentation
et d'études de la
Cour de cassation**

TAUX DE PUBLICATION DE 1999 à 2008 des chambres civiles et criminelle

Année	Chambres civiles												Chambre criminelle					
	1ère chambre		2ème chambre		3ème chambre		Chambre commerciale		Chambre sociale		Pénal							
	Total	Publiés	Total	Publiés	Total	Publiés	Total	Publiés	Total	Publiés	Total	Publiés						
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%	7075	321	5%
2006	2807	557	20%	2886	382	13%	1810	259	14%	2206	269	12%	4785	395	8%	5974	319	5%
2006	2807	557	20%	2886	382	13%	1810	259	14%	2206	269	12%	4785	395	8%	5974	319	5%
2007	2401	398	17%	2431	278	11%	1821	233	13%	2248	268	12%	3760	220	6%	6558	308	5%
2008	2104	288	14%	2583	276	11%	1774	216	12%	2101	213	10%	2788	254	9%	6368	259	4%

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.

ACTIVITÉ 2008 DU SERVICE DE DOCUMENTATION ET D'ÉTUDES

En 2008, le service de documentation et d'études (SDE) s'est particulièrement consacré à l'approfondissement des relations avec les cours d'appel et à la mise en valeur de la jurisprudence de ces cours. Inscrites dans le rôle régulateur du droit impartie à la Cour de cassation, ces actions se sont développées dans deux directions complémentaires : l'amélioration des outils documentaires informatiques et l'approfondissement des relations avec les juges du fond. Les missions traditionnelles du service ont, par ailleurs, été poursuivies et pour certaines améliorées.

Depuis plusieurs années, le SDE s'est attaché à enrichir les contenus du site intranet de la Cour de cassation, accessibles à tous les magistrats de l'ordre judiciaire, à tous les fonctionnaires du ministère de la Justice. En 2008, les rubriques « Méthodologie » et « Cours et tribunaux », plus particulièrement dédiées aux cours d'appel et à leur jurisprudence, ont été améliorées.

La rubrique « Méthodologie » met à la disposition des juridictions du fond des recommandations en matière civile et matière pénale. Pratiques et simples d'utilisation, elles sont présentées sous la forme de fiches méthodologiques. Doivent, notamment, être signalées en matière civile, les fiches relatives à « la rédaction des arrêts » ; « la recevabilité de l'appel » ; « la procédure orale » ; l'autorité de la chose jugée des jugements civils » ; « l'astreinte » et, en matière pénale, les fiches « le contentieux de la détention provisoire » et « le mandat d'arrêt européen ». Toutes les fiches méthodologiques comportent désormais des liens hypertextes qui conduisent aux arrêts et textes cités et ces références sont, en matière civile actualisées.

Les fiches méthodologiques sont destinées à harmoniser les pratiques des magistrats et à favoriser l'adaptation des décisions des juges du fond aux solutions jurisprudentielles dégagées par la Cour de cassation. Elles visent également à prévenir les pourvois et les cassations dites « disciplinaires », sans préjudice du « droit de rébellion » reconnu aux cours d'appel.

La rubrique « Cours et tribunaux » est consacrée aux relations du SDE avec les cours d'appel. Elle contient : les éléments techniques pour la transmission, en vue de leur diffusion sur Jurinet et Légifrance, des décisions présentant un intérêt particulier des cours et tribunaux ; la documentation relative au réseau des correspondants du SDE dans les cours d'appel et Jurica, la base de jurisprudence des décisions des cours d'appel. Créée en application du décret n° 2005-13 du 7 janvier 2005, et désormais prévue par l'article R. 433-3 du Code de l'organisation judiciaire, Jurica est accessible depuis mars 2008 à l'ensemble des magistrats.

Dans un premier temps, Jurica a été alimentée par un dispositif technique mis à disposition des cours d'appel par le service informatique de la Cour de cassation. Aujourd'hui un logiciel, « Wincica », assure la transmission automatique des décisions des cours d'appel. Jurica contient plus de 340 000 décisions.

Un formulaire permet des recherches par termes ou par les données administratives des décisions. Grâce à la consultation de Jurica, il est désormais possible de comparer le traitement de contentieux d'une cour à l'autre, voire d'une chambre à l'autre, de consulter les arrêts rendus par d'autres cours d'appel, notamment sur le fondement de lois nouvelles. Des recherches peuvent être effectuées sur des domaines sensibles de contentieux par exemple : la réparation du préjudice corporel, les conséquences financières du divorce.

Jurica assure un partage de la jurisprudence entre les juges et son utilisation facilite le travail quotidien des magistrats. Tout en laissant à chacun sa liberté de jugement, elle fournit à chaque juge une vision objective de la jurisprudence qui lui permet de se déterminer en pleine connaissance de ce qui a pu être décidé par d'autres sur les mêmes questions. Elle sert ainsi les principes de sécurité juridique et d'égalité des citoyens devant la loi qui exigent des juges la recherche d'une harmonisation de l'application de la loi, y compris dans ses implications purement factuelles. Jurica devrait également contribuer à la qualité des décisions de justice.

L'approfondissement des relations avec les cours d'appel s'est naturellement concrétisé par l'animation du réseau des correspondants du SDE dans les cours d'appel pour la mise en valeur de la jurisprudence des cours d'appel.

Constitué en 2005, ce réseau des correspondants du SDE dans les cours d'appel impulse et coordonne les opérations de collecte et de sélection de la jurisprudence des cours d'appel. Un programme d'actions destinées à la valorisation des décisions a été établi en coordination avec les magistrats du réseau.

Les efforts en matière de sélection des arrêts présentant un intérêt particulier seront poursuivis. L'objectif est de mieux mettre en exergue les arrêts de cours d'appel tranchant des questions de droit importantes, en retenant des critères de sélection comparables à ceux utilisés par la Cour de cassation pour distinguer les arrêts publiés aux bulletins des chambres, de ceux simplement diffusés. L'intérêt de cette distinction tient aux modalités de diffusion des arrêts des cours d'appel. En effet, les arrêts présentant un intérêt juridique particulier qui « font jurisprudence » doivent, *via* Jurinet, accessible sur la base intranet de la Cour de cassation, faire l'objet d'une large diffusion sur Légifrance, les autres arrêts étant simplement conservés dans Jurica. L'enjeu est d'améliorer l'accès des citoyens au droit.

Outre leur diffusion sur Jurinet et Légifrance, 285 décisions de cours et tribunaux sélectionnées par thèmes, ont été publiées, en 2008, au Bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC). À l'avenir, les critères de sélection seront déterminés par les membres du réseau et les magistrats du SDE. L'accent sera mis sur la veille jurisprudentielle lors de l'application de lois nouvelles. Pourront par exemple être sélectionnées les décisions des tribunaux de grande instance appliquant la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, les décisions relatives aux élections professionnelles et au contentieux électoral. Une adresse structurelle de messagerie facilite les échanges entre les correspondants et le SDE. Des formations à l'utilisation des bases de jurisprudence et des outils documentaires réalisés à la Cour de cassation ont été délivrées dans plusieurs cours d'appel.

À la demande des premiers présidents de cours d'appel, des études de la jurisprudence des cours d'appel, sur des thèmes choisis par les magistrats des cours et tribunaux, ont été rédigées par les cellules du SDE. Il s'agit d'études portant sur l'application des accords collectifs prévoyant la poursuite du contrat de travail par le nouveau titulaire du marché, la garantie des vices cachés dans les ventes immobilières, la répartition des compétences entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants en matière de droit de visite et d'hébergement des grands parents, l'application de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 modifiant la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, la responsabilité de l'agent immobilier mandataire, le sursis à statuer : exception de procédure ou incident d'instance, le préjudice esthétique, responsabilité et opérations boursières. Ces études sont diffusées sur le site intranet de la Cour de cassation.

Les missions traditionnelles du SDE de diffusion de l'information juridique ont été poursuivies.

Dans le domaine du droit européen, la veille bimestrielle de l'Observatoire du droit européen comporte désormais une rubrique consacrée au droit comparé et à la coopération judiciaire. En complément de cette veille, pour en faciliter l'exploitation par les magistrats, tous les arrêts la Cour de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales cités font l'objet d'une indexation. L'étude relative à la liberté d'expression et aux droits de la personnalité, réalisée en 2006, a été actualisée. Une rubrique actualité du droit européen est diffusée par mailing aux magistrats de la Cour de cassation et sur le site intranet où, depuis septembre, l'Observatoire dispose pour ses publications d'une rubrique dédiée. En 2007, 42 demandes de recherche en droit européen avaient été présentées à l'observatoire. Elles ont, en 2008 nettement augmenté, leur nombre s'élevant à 78.

Les autres cellules du service ont réalisé 607 recherches et notes pour les magistrats de la Cour et des autres juridictions.

Pour ce qui concerne le BICC, 61 notes et communiqués destinés à améliorer la compréhension des arrêts ont été publiés. Ils visent notamment à préciser le point de droit traité par l'arrêt, à indiquer un éventuel revirement de jurisprudence ou la position adoptée par la Cour de cassation en présence d'une divergence d'appréciation des juges du fond, à mettre l'accent sur un arrêt appliquant une loi nouvelle ou affirmant un principe.

Sur Jurinet, des liens hypertexte ont été créés entre les arrêts rendus depuis le début de l'année 2000 et les communiqués dont ils font l'objet ou les commentaires qui en ont été publiés, pour les décisions les plus importantes, au rapport annuel de la Cour.

Dans le cadre de la formation continue déconcentrée de l'École nationale de la magistrature, quatre stages de formation à l'utilisation des outils informatiques documentaires et à la recherche de jurisprudence sont dirigés par le SDE. Des formations ponctuelles d'actualisation des méthodes d'utilisation des bases documentaires juridiques sont également délivrées aux magistrats de la Cour de cassation.

Les bulletins des arrêts des chambres civiles, de la chambre criminelle et du droit du travail sont désormais disponibles au format PDF et diffusés sur les sites internet et intranet

de la Cour de cassation. Afin de faciliter l'accès des juridictions aux publications de la Cour, ces dernières sont depuis septembre 2008 diffusées sur le site intranet de la Cour.

Sur le site internet, l'ergonomie de la page d'accueil a été modifiée pour améliorer l'accès aux publications de la Cour et à la jurisprudence. La compréhension de la jurisprudence devrait être plus aisée grâce à la mise en ligne d'un document relatif à la hiérarchisation des arrêts de la Cour de cassation. L'augmentation des visites du site internet s'est poursuivie, cette année le nombre de pages lues s'élevant à 20 061 037. Le nombre d'abonnés au BICC en ligne est d'environ 35 000. Plus de 275 000 utilisateurs reçoivent les arrêts et avis diffusés par les flux RSS du site.

La conservation, la diffusion, le partage, la publication et l'exploitation des décisions de la Cour de cassation sont les missions traditionnelles du SDE ; les mêmes objectifs pour les arrêts des cours d'appel s'y ajoutent. Intégrées dans la mission d'unification du système juridique appartenant à la Cour de cassation, ces actions contribuent à la création d'un pôle national de jurisprudence.



6

Bureau d'aide juridictionnelle

A - ÉVOLUTION DE L'ACTIVITÉ DU BUREAU D'AIDE JURIDICTIONNELLE DE 1999 à 2008

Années	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Affaires restant à examiner au 01/01	5 331	6 571	4 746	3 933	1 907	1 446	2 362	2 763	2 436	2 467
Affaires reçues	11 136	10 555	10 130	10 125	9 478	10 056	10 698	10 829	10 315	9 170*
Décisions intervenues dans l'année	9 452	11 843	10 417	12 151	9 939**	9 140**	10 297**	11 156**	10 284**	8 736**
Suppléments d'information	431	514	507	297	223	151	128	115	103	139
Affaires restant à examiner au 31/12	6 571	4 746	3 933	1 907	1 446	2 362	2 763	2 436	2 467	2 901

*dont requêtes diverses (contestations, retraits, rétroactivités) : 26 et retours après admission du recours : 53

**Ce total ne comporte plus les décisions de supplément d'instruction

B - DECISIONS INTERVENUES DANS L'ANNEE

Années	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Rejets	5 278	4 816	4 337	5 808	4 150	3 494	3 666	4 028	3 728	3 708
Admissions	1 726	2 097	2 451	2 385	1 936	1 879	2 171	2 471	2 343	2 104
Irrecevabilité et autres	2 448	4 930	3 629	3 958	3 853	3 767	4 460	4 657	4 213	2 924
Total	9 452	11 843	10 417	12 151	9 939	9 140	10 297	11 156	10 284	8 736

AIDE JURIDICTIONNELLE 2008

Le nombre des **saisines** et, par voie de conséquence, celui des **décisions rendues**, ont légèrement diminué par rapport à l'année précédente, au cours de laquelle une décrue, avait également été observée. Il est encore trop tôt pour savoir si cette baisse s'inscrit dans une tendance de longue durée. On peut seulement observer qu'elle va, pour le moment, à contre-courant de l'évolution constatée dans les chambres de la Cour, où la courbe s'est infléchie dans le sens de la hausse.

Le nombre des **recours** devant le premier président a, par contre, fortement augmenté (1938 au lieu de 1593), ce qui peut s'expliquer par le fait que le décret du 26 juillet 2007 a ajouté aux recours contre les décisions rejetant les demandes d'aide juridictionnelle en l'absence de moyen sérieux de cassation, les recours contre les décisions déclarant ces demandes irrecevables pour cause de ressources supérieures aux plafonds légaux.

Le décret susvisé a également institué un régime de **caducité** des demandes, lorsque les requérants ne produisent pas, dans le délai qui leur est imparti, les documents qui leurs sont demandés et qui sont nécessaires à l'examen de leurs dossiers. Les décisions de caducité, non susceptibles de recours, ont été au nombre de 890 en 2008.

Le décret n° 2008-1324 du 15 décembre 2008 relatif à la prise en charge au titre de l'aide juridictionnelle des frais non couverts par un dispositif de protection juridique va conduire le bureau à systématiser l'interrogation des demandeurs sur le point de savoir s'ils ont souscrit un contrat d'**assurance de protection juridique**, celle-ci devant, dans l'affirmative, exclure le bénéfice de l'aide juridictionnelle. Ce principe de subsidiarité de l'aide juridictionnelle est déjà la norme en Allemagne, aux Pays-Bas et en Suède, où, il est vrai, l'assurance contre le risque de contentieux est plus développée qu'en France.



7

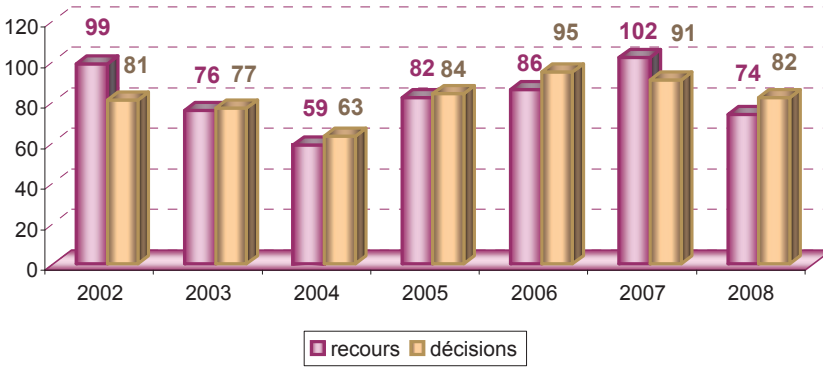
**Commission
nationale
de réparation
des détentions**

COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS
STATISTIQUES - ANNÉE 2008

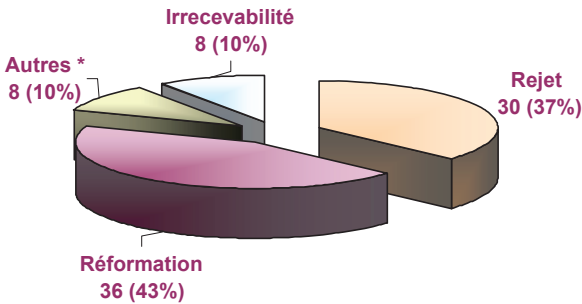
Cours d'appel - Tribunal Supérieur d'appel	Nb de recours enregistrés	Nb de décisions	Sens de la décision					
			Rejet	Réformation		Irrecevabilité	Autres*	
				partielle	totale			
AGEN								
AIX EN PROVENCE	10	6	3	2				1
AMIENS	6	6		4			2	
ANGERS		1	1					
BASSE-TERRE								
BASTIA	1							
BESANCON								
BORDEAUX	4	8		7	1			
BOURGES	3	3	2				1	
CAEN	1	1	1					
CHAMBERY								
COLMAR								
DIJON	3	3	2		1			
DOUAI	4	6	2	1			1	2
FORT-DE-France		5	2	1	1		1	
GRENOBLE		1	1					
LIMOGES	1	2		2				
LYON	3	4	2		1		1	
MAMOUDZOU								
METZ	1	1		1				
MONTPELLIER	1	1		1				
NANCY	2	1	1					
NIMES	1							
NOUMEA		2	2					
ORLÉANS	2	1					1	
PAPEETE								
PARIS	11	11	3	6				2
PAU	1	2	1	1				
POITIERS								
REIMS								
RENNES	3	3	3					
RIOM	1	1	1					
ROUEN	4	1	1					
ST DENIS DE LA REUNION		1	1					
TOULOUSE	5	7	1	3	1			2
VERSAILLES	6	4		2			1	1
TOTAL	74	82	30 (37%)	31 (38%)	5 (6%)	8 (10%)	8 (10%)	

* désistements, expertises.

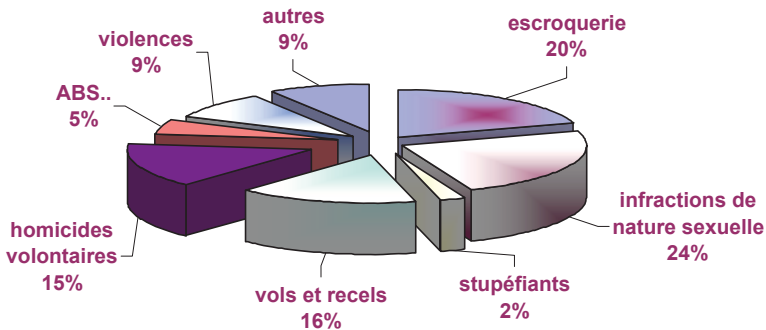
**Commission nationale de réparation des détentions
de 2002 à 2008**



Répartition des décisions par catégorie - année 2008



Répartition des requêtes par infraction poursuivie - année 2008



ACTIVITÉ 2008 DE LA COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS

I – ÉTUDE STATISTIQUE DES RECOURS ET DES DÉCISIONS

La commission a enregistré 75 recours en 2008, ce qui représente, après quatre années de hausse consécutive, une diminution sensible (-26 %) par rapport à l'an dernier, au cours duquel 102 appels avaient été reçus.

Parallèlement, la proportion des recours exercés contre les décisions des premiers présidents a diminué, passant de 14,1 % à 12,9 %, étant relevé que le nombre de ces décisions est, en revanche, en augmentation (665 contre 644), sans qu'il soit possible d'avancer une explication satisfaisante à cette situation¹.

36 % des recours ont porté sur les décisions de quatre premiers présidents (soit, par ordre décroissant, Paris, Aix-en-Provence, Bordeaux et Amiens).

82 décisions ont été prononcées en 2008, contre 91 en 2007 (4 étaient en cours de délibéré au 31 décembre 2008 pour être prononcées au 26 janvier 2009) et 10 d'entre elles ont été publiées.

L'examen statistique des recours et des décisions fait apparaître une grande stabilité par rapport à l'année précédente qui, elle-même, se rapprochait de l'année antérieure.

La majorité des appels a été formée par les demandeurs (72 %, contre 70 % en 2007), l'agent judiciaire du Trésor ayant exercé un recours, seul ou conjointement, dans 26 % des affaires (28 % en 2007).

Comme l'année dernière, seul un recours a été introduit par un procureur général.

Les décisions prononcées sur le fond ont concerné 80 hommes, dont un mineur, et 2 femmes (88 hommes, et 3 femmes en 2007) la moyenne d'âge des demandeurs étant de 36, 6 ans au moment de leur incarcération (38 ans en 2007).

La durée moyenne des détentions indemnisées a été de 343 jours (324 jours en 2007).

Le placement sous écrou a été motivé, dans 48 % des cas, par des crimes ou des délits contre les personnes (infractions de nature sexuelle, violences, homicides involontaires) (46 % en 2007) et, à hauteur de 36 %, par des infractions contre les biens (vols, recels, abus

1. Voir sur ce point, le rapport annuel la commission de suivi de la détention provisoire 2007, p. 44 à 46.

de biens sociaux) (19 % en 2007), étant noté que la proportion des infractions à la législation sur les stupéfiants a sensiblement diminué (2 % en 2008 contre 18 % en 2007).

La moyenne des indemnités allouées a été, pour le préjudice matériel, de 7 309 euros (8 177 euros en 2007), soit un total de 402 029 euros (contre 637 810 euros en 2007), tandis que la moyenne de celles octroyées au titre du préjudice moral a été de 24 588 euros (22 700 euros en 2007) soit un total de 1 352 364 euros (1 770 600 euros en 2007).

La somme globale s'est donc élevée à 1 754 393 euros (2 408 410 euros en 2007)².

La part des rejets est passée de 29 % à 37 % en un an et, corrélativement, celle des réformations a régressé, passant de 69 % à 44 %, ce qui tend à démontrer une plus grande harmonie entre la jurisprudence de la commission et celle des premiers présidents.

En revanche, alors qu'aucune irrecevabilité n'avait été prononcée en 2007, 10 % des recours ont été déclarés irrecevables en 2008.

Il s'agit pour la plupart, de recours tardifs ou formés par lettre recommandée, et non déposés aux greffes des premiers présidents, par des demandeurs qui avaient pourtant été dûment informés des délais et des modalités à respecter.

Le délai moyen de jugement d'une affaire a été de 7,66 mois (6,45 mois l'année dernière), cet allongement étant principalement imputable au traitement des dossiers avec expertise.

Au 31 décembre 2008, 21 dossiers étaient en cours d'instruction (dont 2 étaient en cours d'expertise).

II – ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE

Plusieurs affaires ont permis à la commission nationale de préciser le périmètre du droit à réparation.

A – L'étendue du droit à réparation

1 – Le droit à réparation reconnu par l'article 149 du Code de procédure pénale

La commission a été saisie par des demandeurs, qui, après avoir été placés en détention provisoire à l'occasion d'une information judiciaire, ont été remis en liberté après l'annulation du réquisitoire introductif et de la procédure subséquente.

2. Ce chiffre inclut les indemnités allouées, au titre du préjudice moral et matériel, par les premiers présidents, lorsque les recours ont été rejetés, et celles octroyées par la commission nationale, après réformation.

L'agent judiciaire du Trésor et l'avocat général se sont opposés à leurs demandes en réparation de leur préjudice en faisant valoir que l'article 149 du Code de procédure pénale ne prévoit de réparation qu'au profit de personnes qui ont 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'acquiescement et non en cas d'annulation d'une procédure, laquelle, si elle exclue une telle décision, ne fait pas obstacle à une reprise éventuelle des poursuites.

La commission a constaté que l'annulation de l'information empêchait les requérants d'obtenir une décision de non-lieu de relaxe ou d'acquiescement à leur profit, et que cette hypothèse n'avait pas été prévue par la loi.

Après consultation des travaux parlementaires³, elle a estimé que l'intention du législateur avait été de conférer à toute personne qui n'avait pas été déclarée coupable définitivement, le droit d'obtenir la réparation du préjudice que lui avait causé la détention provisoire, quelle que soit la cause de la non-déclaration de culpabilité et, en conséquence, elle a déclaré leurs recours recevables⁴.

2 – Le droit à réparation reconnu par d'autres textes

L'article 626 du Code de procédure pénale permet à une personne reconnue innocente à la suite de l'annulation de sa condamnation par la Cour de révision de solliciter la réparation du préjudice matériel et moral que lui a causé la condamnation, suivant la procédure prévue par les articles 149-2 à 149-4. La commission a été saisie, dans le passé, de deux demandes sur ce fondement⁵.

Pour la première fois, cette année, un demandeur a agi en application de l'article 626-7 du Code de procédure pénale.

Il résulte en effet des dispositions de cet article, combinées avec celles de l'article 626, que la personne reconnue innocente à l'issue d'une procédure de réexamen d'une décision pénale définitive, consécutive au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, a droit à réparation intégrale du préjudice matériel et moral que lui a causé la condamnation.

La juridiction nationale a fait droit partiellement à sa demande, en rejetant les prétentions relatives aux dommages éventuels résultant de la procédure pénale et au fonctionnement défectueux du service de la justice, qui ne relèvent pas de ce texte⁶.

3. Voir *JO des débats du Sénat*, p. 6306, séance du 21 novembre 2000.

4. *Pisa*, 21 janvier 2008, 07 CRD 067, 07 CRD 068, 07 CRD 069.

5. *Pierrot*, 11 juin 2004, 03 CRD 075; *Masse*, 5 décembre 2005, 05 CRD 026.

6. *Pascolini*, 17 novembre 2008, 08 CRD 024.

B – Les limites du droit à réparation

1 – Les limites issues de la loi du 9 mars 2004

Depuis la loi du 9 mars 2004, aucune réparation n'est due pour la période pendant laquelle une personne placée en détention provisoire est incarcérée, dans le même temps, pour une autre cause⁷.

La juridiction nationale a déjà jugé que cette nouvelle exception légale n'est pas applicable à une demande formée antérieurement à la date de publication de la loi sur le fondement d'un droit à réparation reconnu au droit alors en vigueur, conformément à l'article 2 du Code civil qui prévoit que la loi « n'a point d'effet rétroactif »⁸.

Dans une nouvelle affaire, un demandeur placé en détention provisoire qui avait été incarcéré concomitamment en exécution d'une peine d'emprisonnement, soutenait que cette circonstance ne devait pas être prise en considération dès lors qu'il avait subi cette détention avant l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004, et que celle-ci était dépourvue d'effet rétroactif.

Mais la commission a écarté cette argumentation, en estimant, conformément à sa jurisprudence antérieure, que c'est la date de la requête qui devait être prise en compte et que, celle-ci ayant été déposée postérieurement à la publication de la loi, la période pendant laquelle il avait été détenu concurremment en exécution d'une peine d'emprisonnement devait être déduite.

Cette décision présente un autre intérêt en ce qu'il a été admis que pouvaient être déduits de la durée de la détention provisoire subie concurremment à l'exécution de la peine mise à exécution, l'ensemble des réductions de peine et grâce dont le demandeur avait bénéficié⁹.

2 – Les limites qui résultent d'une condamnation partielle

Le juge de la réparation a été, à nouveau, confronté à la situation d'un demandeur qui, placé en détention provisoire du chef de plusieurs infractions, n'a bénéficié que d'une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement partiel.

La jurisprudence habituelle le conduit, dans cette hypothèse, à ne réparer que le préjudice résultant de la durée de la détention provisoire qui est supérieure à celle autorisée pour l'infraction ayant donné lieu à condamnation.

La question qu'elle suscite, et que n'a pas manqué de poser un demandeur, est celle de savoir si le placement en détention provisoire aurait été ordonné du seul chef des infractions ayant donné lieu à condamnation.

7. *Rogozinski*, 1^{er} avril 2005, 04 CRD 045; *Titeux*, 25 février 2008, 07 CRD 079.

8. *Leriche*, 15 juillet 2004, 03 CRD 068.

9. *Mansouri*, 21 janvier 2008, 07 CRD 058.

En l'espèce, l'intéressé avait été placé et maintenu en détention provisoire des chefs d'assassinat et de trafic de stupéfiants, pendant trois ans, sept mois et sept jours.

Il avait été acquitté du crime d'assassinat mais condamné pour l'infraction à la législation sur les stupéfiants à six mois d'emprisonnement avec sursis simple.

Il a sollicité la réparation du préjudice causé par la totalité de la détention provisoire subie en faisant valoir que celle-ci n'avait été justifiée que par les poursuites du chef d'assassinat.

Le premier président a fait droit à sa demande.

Il a estimé « *au vu de la situation faite dans la même procédure à ses co-prévenus condamnés à la même peine [pour le trafic de stupéfiants] et dont aucun n'a (vait) subi de détention provisoire, il (était) légitime de considérer que la totalité de la détention provisoire (était) en relation avec les seuls faits d'assassinat pour lesquels il a (vait) été acquitté* ».

Sur le recours formé conjointement par l'agent judiciaire du Trésor, la commission nationale a réformé cette décision en ramenant à un an, sept mois et sept jours la détention indemnisable dès lors que la durée de détention maximale autorisée pour les faits délictuels pour lesquels le requérant avait été condamné était de deux ans, et « *qu'il n'appartient pas à la commission de s'interroger sur la probabilité d'un placement en détention (du demandeur) dans l'hypothèse où celui-ci aurait été mis en examen pour les seuls délits* »¹⁰.

Cette jurisprudence a été confirmée par la suite.

Ainsi, la juridiction nationale a rejeté la demande en réparation présentée par un demandeur qui, placé et maintenu en détention provisoire des chefs d'agression sexuelle et de violences aggravées, a été relaxé du premier de ces délits et condamné pour le second, en considérant que la détention provisoire effectuée n'avait pas excédé la durée maximale que la loi autorise pour les violences aggravées et qu'il ne résultait d'aucune mention expresse des décisions successives du juge des libertés et de la détention et de la chambre de l'instruction, qu'il ne lui appartenait pas d'interpréter, que ceux-ci aient entendu exclure cette infraction de leur motivation¹¹.

3 – Les limites tenant à la qualification initiale des faits

Dans le prolongement de la décision Pires¹² la commission a jugé que l'article 149 du Code de procédure pénale ne prévoit pas la réparation du préjudice subi par une personne qui a fait l'objet d'une détention provisoire à la suite de sa mise en examen sous la qualification d'un délit qui autorise cette mesure de sûreté et qui, après disqualification des faits, est condamnée pour avoir commis une infraction pour laquelle la loi interdit son incarcération.

10. *Duchiron*, 17 mars 2008, 07 CRD 080

11. *Nasarre*, 14 avril 2008, 07 CRD 089

12. *Pires*, 14 décembre 2005, 05 CRD 053

En l'espèce, la demanderesse avait été mise en examen des chefs de corruption passive et d'infraction à la législation sur les stupéfiants et placée en détention provisoire pendant 80 jours, avant que le juge d'instruction dise n'y avoir lieu à suivre du chef de la seconde infraction et qu'il requalifie les faits de corruption passive en violation du secret professionnel.

La requérante, condamnée pour ce délit à trois mois d'emprisonnement avec sursis, a saisi le premier président d'une requête en réparation de son préjudice en faisant valoir que l'infraction pour laquelle elle avait été déclarée coupable ne permettait pas son placement en détention provisoire.

La commission nationale a confirmé la décision d'irrecevabilité qui lui a été opposée, pour les motifs précités¹³.

En revanche, elle a jugé que le demandeur qui a été mis en examen puis déclaré coupable pour des faits distincts de ceux pour lesquels il a été placé en détention provisoire et qui ont abouti à une décision de non-lieu définitive, n'est pas privé de son droit à réparation¹⁴.

Ces décisions conduisent à attirer l'attention des juges des libertés et de la détention, des juges d'instruction et des chambres de l'instruction sur la nécessité de ne viser, dans les titres de détention, que les infractions qui motivent le placement en détention provisoire ou le prolongement de celle-ci, et d'éviter les surqualifications, qui peuvent être lourdes de conséquences pour les personnes concernées.

C – La procédure et le préjudice matériel et moral

La commission a rappelé que la décision du premier président devait être notifiée non seulement au conseil du demandeur, mais également à celui-ci, en application de l'article R. 38 du Code de procédure pénale et que la notification de cette décision au seul conseil du requérant ne faisait pas courir le délai de recours prévu par l'article 149-3 dudit code¹⁵.

Elle a innové en procédant à l'audition d'un demandeur incarcéré, au moyen de la vidéoconférence, avec l'accord écrit de l'intéressé, son avocat ayant été dûment informé¹⁶.

Elle émet le souhait que la possibilité de recourir à cette technique de télécommunication, qui existe pour l'enquête, l'instruction et le jugement en matière pénale, lui soit ouverte et que les articles 149-3, ainsi que R. 40-16-1 à R. 40-16-6 soient complétés en ce sens.

Pour l'essentiel, la commission nationale a appliqué sa jurisprudence habituelle concernant la réparation du préjudice matériel (notamment sur les frais d'avocat, la perte de chance de retrouver un emploi, la perte des points retraite, les frais de cantine, les frais exposés – loyer, assurance – alors que la personne est en détention).

13. *Hafi*, 15 décembre 2008, 08 CRD 032.

14. *Plumail*, 17 novembre 2008, 08 CRD 026.

15. *Delahaye*, 2 mai 2006, 05 CRD 070 et *Maquiaba*, 17 novembre 2008, 08 CRD 019.

16. *Ben Hamed*, 17 mars 2008, 07 CRD 088.

Il en est de même concernant le préjudice moral (notamment sur l'exigence d'un lien de causalité direct avec la détention, la prise en compte de la profession du demandeur, le supplément de la souffrance ressentie compte tenu du dénuement des proches)¹⁷.

La recherche sur la souffrance psychique liée à la détention, initiée par M. Canivet, premier président, et menée par un collège de psychiatres et de psychologues, sous la direction du docteur Evry Archer et sous l'égide de la mission de recherche « Droit et Justice », a été menée à son terme.

Après deux années de travail et plusieurs centaines d'entretiens au sein de la maison d'arrêt de Lille (sites de Sequedin et de Loos) auprès de personnes refusant le motif de leur incarcération, le groupe de travail a déposé un rapport dont il a exposé les conclusions lors de la journée de formation continue organisée, pour la deuxième année consécutive, à l'initiative du parquet général, le 2 juin 2008, et qui a réuni les acteurs du contentieux de la réparation.

Le collège a mis en évidence l'existence d'un choc carcéral ressenti pendant les trois premières semaines de détention, et qui s'atténue ensuite.

Cette importante étude, qui n'a pas de précédent, a permis également de dégager un certain nombre de facteurs atténuants et aggravants de la souffrance morale, classés en sept catégories (conditions matérielles, et humaines, de détention, relations avec l'extérieur, activités, évolution de l'affaire judiciaire, capacité à mobiliser des ressources personnelles, appréhension de la perte d'intégrité physique et psychique), qui constituent autant de critères qui peuvent être utilisés par les experts et par le juge chargé de la réparation.

17. Les décisions de la commission sont accessibles sur Jurinet et sur Légifrance.



8

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
1996	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
2006	188	136	3	2	40	8	189	109
2007	156	121	3		42	2	168	97
2008	143	110	2		27	4	143	97
TOTAL	2713	1657	50	16	822	71	2616	

CHAMBRE CRIMINELLE STATUANT COMME COUR DE RÉVISION

Année	Saisine		Annulation		Rejet	
	COR	CRIM	COR	CRIM	COR	CRIM
1990	5					
1991	4		6		---	
1992	2		1		1	
1993	5		1		---	
1994	3		5		2	
1995	2		1		1	
1996	6	1	1		---	
1997	4		3		5	
1998	4	1	2	1	---	
1999	2	1	3	1	---	
2000	3		1		6	
2001	5	1	0	1	2	
2002	3		3		1	1
2003	0		2		1	
2004	2		0		0	
2005	1	2	2		0	
2006	8		2	1	2	1
2007	2		4		2	1
2008	4				2	
Total	71		41		28	

ACTIVITÉ 2008 DE LA COMMISSION DE RÉVISION

Instituée par la loi n° 89-431 du 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 1^{er} octobre 1989, ces textes confient à une Commission composée de dix magistrats de la Cour de cassation, cinq membres titulaires et cinq membres suppléants, 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 siège avec cinq membres.

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, qui siège en chambre du conseil, 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.

En outre, bien que l'article 623 du Code de procédure pénale ne le prévoit pas, la Commission a décidé d'aviser 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 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 ou si les faits sont prescrits, 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 2008, la Commission a été saisie de 143 nouvelles requêtes.

Sur un total de 143 décisions, la Commission a rendu 110 décisions d'irrecevabilité, 27 décisions de rejet et elle a transmis 4 demandes de révision en matière correctionnelle à la chambre criminelle.

Les affaires restant à examiner sont au nombre de 97 ; parmi celles-ci 29 sont en attente de pièces, 34 sont en cours d'instruction chez les conseillers désignés comme rapporteurs, 34 affaires sont fixées aux audiences du premier trimestre 2009.

Observations :

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'appréciation 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.

Cette faculté est, en pratique, ignorée par les présidents de cour d'assises.

Par ailleurs, la destruction, 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 notamment des progrès scientifiques, est de nature à entraver la recherche de la vérité.

C'est ainsi que, dans une affaire criminelle dont la révision est en cours d'examen, les expertises génétiques, réalisées en 2008, qui ont permis d'identifier l'empreinte ADN d'un individu, n'auraient jamais pu avoir lieu si les pièces à conviction examinées, qui ont été saisies en 2002, avaient été détruites, comme la loi le prévoit.

Une circulaire de la Chancellerie pourrait utilement rappeler les dispositions de l'article 308 du Code de procédure pénale et inviter les parquets à conserver les scellés dans les affaires les plus lourdes et délicates.

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.

Elle l'a rappelé régulièrement dans les précédents rapports annuels de la Cour de cassation. La nécessité d'une réforme législative sur ces questions est apparue de plus en plus urgente à la lumière de récentes affaires criminelles ayant donné lieu à des décisions contradictoires rendues successivement par les cours d'assises du premier degré et les cours d'assises d'appel sans que l'on puisse en connaître les motivations.



9

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	Saisine		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	1	5
2004	5	4	9	2			2	3	7	2
2005	2	6	8	1				5	6	2
2006	2	4	6	1			1	3	5	1
2007	1	8	9	2				3	5	4
2008	4	2	6	2				4	6	0
Total		47		14		(1)	7	26	47	

ACTIVITÉ 2008 DE LA COMMISSION DE RÉEXAMEN

Lors de son audience du 17 janvier 2008 la Commission de réexamen a déclaré irrecevable une requête tendant à la « *réouverture de l'information par une autre juridiction que celle mise en cause* ».

Le requérant avait saisi la Cour européenne à la suite du décès de son fils en garde à vue. La France avait été condamnée pour n'avoir ni protégé efficacement la vie d'une personne placée sous l'autorité de l'État ni effectué une enquête sérieuse sur les circonstances de sa mort.

L'irrecevabilité prononcée par la Commission s'est fondée sur les dispositions de l'article 626-1 du Code de procédure pénale selon lequel le réexamen ne peut être demandé qu'au bénéfice d'« *une personne reconnue coupable d'une infraction* ».

Au cours de la même audience la Commission de réexamen a été saisie de la requête d'une personne ayant obtenu la condamnation de la France à Strasbourg sur le fondement de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme au motif qu'il était impossible pour le requérant de prévoir un revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation et donc de savoir au moment où les faits ont été commis que ceux-ci pouvaient entraîner une sanction pénale.

La Commission de réexamen qui a par ailleurs dit n'y avoir lieu à suspendre l'exécution des condamnations non encore exécutées par le demandeur, a fait droit à la demande de réexamen et renvoyé l'affaire devant la Cour de cassation réunie en assemblée plénière.

Le 28 février 2008, la Commission de réexamen, dans la droite ligne de la jurisprudence intervenue à la suite de la décision *Slimane Kaïd* de la Cour européenne des droits de l'homme, a fait droit à la demande de réexamen d'un requérant qui avait bénéficié d'un arrêt condamnant la France par cette juridiction pour défaut de communication du rapport du conseiller rapporteur alors que cette pièce était communiquée à l'avocat général en violation du principe du contradictoire et de l'égalité des armes devant la chambre criminelle de la Cour de cassation.

L'affaire a été renvoyée à l'examen de l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

La Cour européenne des droits de l'homme statuant sur la requête de personnes condamnées par des juridictions françaises pour diffamation publique envers un fonctionnaire public et complicité de ce délit a considéré que l'article 10 de la Convention relatif à la liberté d'expression avait été violé et énoncé « *que le rejet, dans cette affaire, du fait justificatif de bonne foi mettait en exergue une particulière raideur dans la lecture des propos incriminés qui se concilie mal avec la liberté d'expression* » s'agissant au surplus d'un sujet « d'intérêt général ».

La Commission de réexamen saisie par le requérant a, le 28 février 2008, estimé que cette violation par sa nature et sa gravité ayant entraîné pour le condamné, des conséquences

dommageables auxquelles seul le réexamen de l'affaire pouvait mettre un terme et a renvoyé l'examen de l'affaire devant la cour d'appel de Paris autrement composée.

Le 27 novembre 2008, la Commission de réexamen a, en application de l'article 626-1 du Code de procédure pénale, déclaré irrecevable la demande de réexamen présentée par un requérant qui invoquait un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 février 2008 sur les visites domiciliaires qu'il n'était pas lui-même bénéficiaire de la décision de Strasbourg.

Le même jour la Commission de réexamen a fait droit à la demande d'un requérant qui avait contesté devant la Cour européenne des droits de l'homme sa condamnation par la cour d'appel laquelle, saisie par le procureur général dans le délai de deux mois, avait infirmé la relaxe dont il avait bénéficié en première instance.

La Cour de Strasbourg a considéré que le délai d'appel de deux mois réservé au seul procureur général n'était pas compatible avec l'article 6 (1) de la Convention « *pour ne pas respecter le principe de l'égalité des armes lors d'un procès pénal* ».

L'affaire a été renvoyée devant la cour d'appel de Lyon autrement composée.



10

**Relations
internationales**

RELATIONS INTERNATIONALES 2008

A – RELATIONS BILATÉRALES

I – Conventions de jumelage

Convention de jumelage avec la Cour suprême de la République algérienne démocratique et populaire (15 janvier 2002)

Une délégation de huit magistrats algériens a été reçue, le 3 juin, par M^{me} Marie-France Mazars, conseiller doyen à la chambre sociale sur le thème : « Tribunal des conflits ».

Les 15 et 16 juin, M. Gérard Pluyette, conseiller doyen à la première chambre civile, a participé à deux journées d'études sur l'arbitrage, la conciliation et la médiation, organisées par la Cour suprême.

M^{me} Marielle Cohen-Branche, conseiller en service extraordinaire à la chambre commerciale, s'est rendue à Alger, les 20 et 21 décembre, à l'invitation de la Cour suprême, aux journées d'étude sur le contentieux bancaire à la lumière de la jurisprudence des chambres civiles et commerciales.

Convention de jumelage avec la Cour suprême de Bénin (25 septembre 2003)

Trois hauts magistrats béninois étaient en stage à la Cour du 31 mars au 11 avril : M^{me} Edwige Boussari, président de la chambre judiciaire, M. Gilbert Comlan Ahouandjinou, président de section à la chambre judiciaire, M. Lucien Aristide Deguenon, avocat général.

Convention de jumelage avec la Cour suprême du Maroc (5 septembre 1995)

Quatre magistrats étaient en stage à la Cour du 24 au 28 novembre : M. Abdelkrim Ettoumi, président de chambre à la Cour suprême du Maroc et conseiller à la chambre criminelle, M^{me} Fatima Boukhris, président de chambre à la Cour suprême du Maroc et conseiller à la chambre criminelle, M. Omar Dahraoui, avocat général à la Cour suprême du Maroc, M^{me} Rachad Bahija, président de chambre à la Cour suprême du Maroc et conseiller à la chambre commerciale.

M^{me} Caroline Savier, chef du secrétariat du directeur de greffe de la Cour, a reçu du 1^{er} au 5 décembre, six fonctionnaires marocains : M. Rachidi Moulay Rachid, ingénieur d'état, M^{me} Fatima Moutmir, commissaire judiciaire divisionnaire, M^{me} Amine Dalachi, secrétaire, M^{me} Amina Benazzi, technicienne de 3^e grade, M^{me} Hafida El Khatiabi, technicienne de 3^e grade et M^{me} Laila Bargach, technicienne de 4^e grade.

Le 18 décembre, les deux nouveaux chefs de la Cour suprême du Royaume du Maroc, M. Taieb Cherqaoui, premier président de la Cour suprême du Royaume du Maroc,

M. Mustapha Maddah, procureur général du roi, ont été reçus à la Cour de cassation par M. Vincent Lamanda, premier président, et M. Jean-Louis Nadal, procureur général. Ils étaient accompagnés de M. Omar Labiad, président de chambre et de M. Driss Mouline, premier avocat général.

Convention de jumelage avec la Cour suprême de Madagascar (19 octobre 2007)

Du 1^{er} au 3 octobre, M. Jean-Louis Gillet, président de la deuxième chambre civile, représentant le premier président, et M^{me} Cécile Petit, premier avocat général, représentant le procureur général, accompagnés de M^{me} Catherine Bolteau-Serre, magistrat chargé auprès du premier président des relations internationales, se sont rendus, à l'invitation de M^{me} Nelly Rakotobé, premier président de la Cour suprême de Madagascar, à la cérémonie d'inauguration du nouveau bâtiment de ladite Cour à laquelle participait le président de la République malgache, M. Marc Ravalomanana, ainsi qu'à la conférence sur les thèmes associés de la responsabilité des magistrats et du rôle des hautes juridictions dans l'instauration d'un État de droit.

Au cours de cette conférence, M. Gillet a développé le premier thème et M^{me} Petit celui de l'influence des normes internationales sur le fonctionnement des parquets généraux des cours suprêmes. M^{me} Bolteau-Serre, à la suite de M^{me} le premier président, a fait le bilan de la coopération entre les deux cours dans le cadre de la convention de jumelage signée en octobre 2007.

Protocole de coopération entre le parquet général de la République bulgare et le parquet général près la Cour de cassation de la République française (16 juin)

Le 16 juin, a été signé à la Cour de cassation un protocole de coopération entre le parquet général de la République bulgare, représenté par M. Boris Velchev, procureur général, et le parquet général près la Cour de cassation de la République française, représenté par M. Jean-Louis Nadal.

La signature de ce protocole de coopération constitue la première étape d'une coopération judiciaire qui va se décliner selon trois axes : la mise à disposition de magistrats français, l'accueil de magistrats bulgares en France, et l'organisation de séminaires et de conférences.

Ont assisté à cette signature M^{me} Irina Bokova, représentant Son Excellence l'ambassadrice de Bulgarie en France, M. Philippe Dorcet, magistrat de liaison français, M. Louis Di Guardia, premier avocat général, M. Jean-Louis Gillet, président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, M. Peimane Ghaleh-Marzban, secrétaire général du parquet général, M^{me} Caroline Viguier, chargée de mission auprès du procureur général, ainsi que M^{me} Catherine Bolteau-Serre, chargée de mission relations internationales auprès du premier président.

II – Europe

Allemagne

M. Renaud Salomon, conseiller référendaire à la chambre commerciale, a participé au sixième colloque Paris-Berlin sur le thème : « Sécurité collective et libertés individuelles », à Berlin, du 3 au 5 avril.

M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, s'est rendu, du 7 au 9 mai à Berlin, à l'invitation du ministre de la Justice de Rhénanie-Palatinat, le Dr Heinz Georg Bamberger. Après une réunion de travail portant sur la formation des magistrats et plus généralement des juristes, avec la ministre fédérale de la justice, M^{me} Brigitte Zypries, M. Vincent Lamanda a été convié à une visite du *Bundestag*, puis du *Bundesrat* où il a été reçu par son directeur, M. Dirk Brouër.

Bulgarie

M. Vincent Vigneau, conseiller référendaire, chargé de mission auprès du premier président de la Cour de cassation, a participé à un séminaire intitulé « Indépendance de la magistrature et lutte contre la corruption – Analyse comparative : France, Bulgarie, Hongrie, Roumanie et Slovaquie » du 3 au 5 décembre à Sofia.

Écosse

M. le président Pierre Sargos, représentant le premier président, a participé à une conférence sur la responsabilité du juge, les 12 et 13 mai, organisée par l'université d'Édimbourg.

Pays-Bas

Le 23 et 24 octobre, M. Éric Alt, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile, s'est rendu à La Haye pour participer au séminaire « Droit et futur » organisé par l'École nationale de la magistrature. Pendant ces deux journées, il lui a été présenté le bureau virtuel des magistrats et la dématérialisation des procédures.

Pologne

Le 15 avril, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, et M. Jean-Louis Nadal, procureur général, ont reçu M. Zbigniew Cwiakalski, ministre de la Justice, M. Lukasz Redziniak, vice-ministre, et Son Excellence M. Tomasz Orłowski, ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire de la République de Pologne en France.

Les 10, 11 et 12 octobre, M^{me} Françoise Monéger, conseiller en service extraordinaire à la première chambre civile, a participé au colloque organisé à par l'université de Wrocław sur le thème « L'espace judiciaire européen, entre unification et principe de reconnaissance

mutuelle ». M^{me} Françoise Monéger a présenté la jurisprudence de la première chambre civile sur les règlements relatifs à la compétence et à la reconnaissance des jugements en matière matrimoniale et responsabilité parentale (Bruxelles II et Bruxelles II bis).

Portugal

Le 29 janvier, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, s'est rendu à Lisbonne à l'audience solennelle de rentrée de la Cour suprême du Portugal.

M. Pierre Sargos, président de chambre honoraire maintenu en activité a reçu le 10 décembre, M^{me} Simona Camelia Marcu, juge à la haute Cour de cassation et de justice de Roumanie.

Serbie

Le 27 octobre, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a reçu M^{me} Snezana Malovic, ministre de la Justice de Serbie.

Russie

Les 17 et 18 avril, M. Pierre Bague, président de la première chambre civile, s'est rendu à Moscou, sur l'invitation de l'université d'État des relations internationales (MGIMO).

Le 26 juin, une délégation de la haute cour d'arbitrage de la Fédération, a été reçue à la Cour par M^{me} Catherine Bolteau-Serre, magistrat chargé des relations internationales auprès du premier président, M. Michel Azoula, ingénieur chef de projet et M. André Sinigaglia, greffier en chef au service de documentation et d'études, pour une présentation internet, Intranet, et du bureau virtuel. Ils ont également, sous la conduite de M^{me} Claire Marcadeux, greffier en chef du premier grade, visité le greffe des pourvois.

Le 10 septembre, une délégation de la Cour de Saint-Pétersbourg, liée par une convention de jumelage à la cour d'appel de Versailles, a visité la Cour de cassation et rencontré M. le premier président Vincent Lamanda. Cette délégation était accompagnée de M. Alain Nuée, premier président de la cour d'appel de Versailles.

Ukraine

Du 3 au 6 octobre, M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle, s'est rendu à Kiev pour assister à la troisième conférence et à l'assemblée générale de l'*International Association Anti-Corruption Authorities* (IAACA). Cette conférence portait sur les efforts d'incriminations et sur les poursuites contre la corruption.

III – Afrique

Burundi

Le 22 septembre, M. le premier président Vincent Lamanda a accueilli une délégation burundaise conduite par M^{me} Marie-Ancilla Ntakaburimvo, président de la Cour suprême du Burundi, et M. Audace Ndikunkiko, président de la Cour anticorruption.

Cette délégation s'est également entretenue avec M^{me} Claude Nocquet, conseiller à la chambre criminelle, et M. Claude Mathon, avocat général, notamment sur le thème de la corruption.

Gabon

M^{me} Honorine Dossou Naki, ministre du Contrôle d'État, des Inspections, de la Lutte contre la corruption et Contre l'enrichissement illicite, de la République gabonaise a été reçue le 15 janvier par M. le premier président et par M. le procureur général.

M. Christian Minko, président du tribunal d'Oyem, a effectué, le 25 novembre, un stage à la chambre commerciale.

Lybie

M. Henri-Claude Le Gall, conseiller à la chambre criminelle, président de la Cour de justice de la République, a reçu une délégation de magistrats lybiens, le 30 mai. Le sujet abordé était le « Programme d'appui à la réforme de la justice pénale en Lybie ».

Mali

Du 6 au 17 octobre, M^{me} Coulibaly Madelaine Maiga et M. Salikou Diarra, conseillers à la section judiciaire de la Cour suprême du Mali, ont effectué un stage à la Cour de cassation.

Sénégal

M^{me} Colette Gabet, conseiller à la troisième chambre civile, a participé à un séminaire de formation des chefs de cours et de juridictions à Dakar, du 21 au 28 juin.

Le 14 octobre, M. Papa Oumar Sakho, premier président de la Cour suprême du Sénégal, a rendu visite à M. le premier président Vincent Lamanda.

Tunisie

M. Guy Rivière, conseiller en service extraordinaire à la première chambre civile, a reçu à la Cour, le 4 décembre, une délégation de notaires tunisiens accompagnée d'un représentant du Conseil supérieur du notariat.

IV – Amériques

Argentine

M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a reçu, le 3 mars, M. Ricardo Li Rosi, juge à la chambre nationale d'appel en matière civile de la République d'Argentine et directeur délégué pour l'Amérique du Sud de l'*International Judicial Academy*.

Brésil

M. le président Pierre Sargos a reçu, le 24 avril, M. Sidnei Beneti, ministre du tribunal suprême de Brésil.

M. Vincent Lamanda a reçu M. Asfor Rocha, vice-président de la Cour suprême du Brésil, secrétaire général du Conseil national de la justice, futur président de la Cour suprême du Brésil, le 5 juin, et M. Hussein Ali Kalout, directeur des relations internationales de la Cour suprême du Brésil.

M. Philippe Florès, conseiller référendaire à la chambre sociale, et M. Jean-Louis Gallet, conseiller à la première chambre civile, ont participé, les 29 et 30 mai, à un colloque international de l'université fédérale du Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

Canada

M^{me} Laurence Pécaut-Rivolier, conseiller référendaire à la chambre sociale, a participé, du 28 au 31 mai à Québec, à un colloque organisé par le barreau de Québec intitulé « Mémoire d'avenir ».

M^{me} Claire Favre, président de la chambre commerciale, représentant M. le premier président Vincent Lamanda, a participé à la conférence « Quel juge pour quelle société ? » à Québec, du 4 au 7 novembre, dans le cadre du 400^e anniversaire de la ville de Québec.

Colombie

Le 16 janvier, M. César Julio Valencia Copete, président de la Cour suprême de Colombie, et une délégation de magistrats colombiens, accompagnés par Son Excellence Fernando Cepeda Ulloa, ambassadeur de Colombie en France, ont rencontré M. le premier président Vincent Lamanda.

Le 20 octobre, M. Francisco Ricaurte, nouveau président de la Cour suprême de Colombie et M. Fernando Cepeda Ulloa, ambassadeur de Colombie, ont été reçus par M. Vincent Lamanda.

V – Asie

Afghanistan

Le 21 novembre, une délégation de la cour Suprême d’Afghanistan a été reçue par M. le premier président Vincent Lamanda, puis par M. le procureur général Jean-Louis Nadal.

Chine

À la suite du projet initié par M. le premier président Vincent Lamanda, a été mis en ligne, à compter du 12 novembre, sur le site internet de la Cour de cassation, la traduction en langue chinoise de la présentation de la Cour et de neuf arrêts rendus en 2008 en formation solennelle. Site (http://www.courdecassation.fr/arrets_traduits_2850/_2853/).

M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle, est intervenu lors d’un séminaire international organisé sous l’égide du haut commissariat aux droits de l’homme de l’ONU (OHCHR), du 8 au 10 janvier à Pékin, et ce, dans la perspective d’une ratification de la convention des droits de l’homme de l’ONU et de refonte du système judiciaire chinois en matière pénale.

M. Yves Charpenel, s’est rendu à nouveau en Chine (à Chongqing), du 14 au 23 mai, pour représenter M. Nadal procureur général, et assister à la seconde conférence organisée par l’*International Association of Anti-Corruption Authorities* (IAACA) sur le thème de la corruption.

M^{me} Martine Betch, conseiller à la chambre commerciale, s’est entretenue avec une délégation de magistrats chinois, le 13 mai, sur la révision des condamnations pénales en France.

Le 27 octobre, une délégation de notaires chinois, accompagnée d’un représentant du Conseil supérieur du notariat, a été accueillie par M^{me} Martine Betch, conseiller à la chambre commerciale.

M. Jean-François Weber, président de la troisième chambre civile, représentant le premier président Vincent Lamanda, s’est rendu, en Chine du 17 au 23 novembre, à l’invitation du Conseil supérieur du notariat, lequel organise deux fois par an des missions de formation des notaires chinois en Chine. M. Weber a participé à de nombreuses manifestations à Shanghai, puis sur l’île de Hainan.

Le 20 novembre, M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle, a reçu une délégation chinoise de la *chinese law society* sur le thème de la médiation pénale.

Corée du Sud

M. Ahn Dae Hee, juge à la Cour suprême de Séoul, a été reçu, le 29 avril, par M. Vincent Lamanda, premier président. Il s’est ensuite entretenu avec M. Yves Charpenel, avocat général sur le thème de la corruption.

Japon

Le 21 février, M^{me} Laurence Pécaut-Rivolier, conseiller référendaire à la chambre sociale, s'est entretenue avec M. Yoshihiro Senoo, directeur général adjoint du secrétariat de la Commission des relations professionnelles du ministère du Travail, et M^{me} Taga Sota, membre de cette commission, sur le thème du règlement des conflits professionnels en France.

Le 3 juillet, M. Kunio Hatoyama, ministre de la Justice du Japon, a été reçu par M. Vincent Lamanda, premier président. Il était accompagné de M. Hiromu Kurokawa vice-ministre adjoint, magistrat, M. Juichi Takahara, ministre de l'ambassade du Japon en France, M. Kenichi Kiyono secrétaire particulier du ministre de la Justice, magistrat, M. Yasuhiro Togo adjoint au chef de bureau des affaires internationales, ministère de la Justice, et M. Kohei Sakai, premier secrétaire de l'ambassade du Japon en France chargé des affaires juridiques, magistrat.

Le 24 septembre, une délégation de magistrats japonais conduite par M. Kohei Sakai, magistrat et premier secrétaire de l'ambassade du Japon, a été reçue par M. Henri-Claude Le Gall, conseiller à la chambre criminelle, président de la Cour de justice de la République, et M^{me} Catherine Bolteau-Serre, chargée de mission auprès du premier président, sur le thème du jury populaire à la cour d'assises.

Thaïlande

Le 4 mars, une délégation conduite par M. Montri Sriiamsaard, président de chambre à la Cour suprême de Thaïlande, a été reçue par M. le premier président Vincent Lamanda.

Vietnam

Le 8 septembre, une délégation de magistrats vietnamiens a été reçue par M^{me} Martine Betch, conseiller à la chambre commerciale, pour un entretien sur le thème de « résolution des conflits commerciaux ».

Le 16 décembre, M. Louis Di Guardia, premier avocat général, a reçu une délégation du parquet populaire suprême de la République socialiste du Vietnam.

VI – Moyen-Orient

Au cours de l'année 2008, le projet de M. Vincent Lamanda, premier président, de traduction en langue arabe des arrêts rendus en 2008 en formation solennelle de la Cour, a été mis en œuvre.

Depuis le 8 octobre, la page d'accueil du site internet de la Cour de cassation comporte désormais une rubrique en langue arabe. Site (http://www.courdecassation.fr/arrets_tra-duits_2850/_2852/) comprenant une présentation de la Cour et six arrêts de la Cour en formation solennelle.

Arabie saoudite

Les 27 et 28 octobre, sept magistrats saoudiens, accompagnés de M. Ahmed Fahd Almarek, conseiller au ministère des Affaires étrangères saoudien, ont été accueillis à la Cour de cassation. Ils ont notamment assisté à une audience de la chambre commerciale, présidée par M^{me} Claire Favre, présidente de la chambre, et ont été reçus par M. Christian Raysséguier, premier avocat général.

Le 28 octobre, dans le cadre du stage effectué à la Cour de cassation par les magistrats saoudiens, Son Altesse le Prince Bandar Ben Salman Al-Saud, conseiller du roi d'Arabie saoudite, et M. Ahmed Fahd Almarek, ont été reçus par M. le premier président Vincent Lamanda.

Émirats arabes unis

Les 23 et 24 mars, à Abu Dhabi, M. le Président Pierre Sargos, représentant M. le premier président Vincent Lamanda, a participé au Congrès mondial des présidents de cours suprêmes du monde. Il a prononcé un discours ayant pour thème « Justice et défis au XXI^e siècle ».

Du 1^{er} au 12 novembre, M. Jean-Pierre Gridel, conseiller à la première chambre civile, a dispensé un enseignement sur le droit des contrats à l'université Paris-Sorbonne Abu Dhabi.

Irak

Le 2 juin, M. Gilles Straehli, conseiller à la chambre criminelle, et M^{me} Hélène Magliano, avocat général, ont reçu une délégation de magistrats irakiens qui ont assisté à une session de formation portant sur la « Délinquance des mineurs, assistance éducative et réponses judiciaires ».

Le 10 juillet, M. Gilles Straehli, conseiller à la chambre criminelle, et M. Laurent Davenas, avocat général, ont reçu une délégation de magistrats irakiens. Le thème de la réunion était : « La preuve scientifique dans le cadre des enquêtes pénales ».

Jordanie

Le ministre de la Justice M. Ayman Odeh a été reçu à la Cour, le 3 mars, par M. le premier président Vincent Lamanda.

M^{me} Isabelle Goanvic, conseiller référendaire et adjointe du directeur du service de documentation et d'études, et M^{me} Catherine Bolteau-Serre, magistrat chargé des relations internationales auprès du premier président, ont été reçues du 7 au 11 mars, à Amman, par le ministre de la Justice M. Ayman Odeh, ainsi que par le premier président et les magistrats de la Cour suprême jordanienne.

Liban

Du 23 au 25 octobre, M. Gérard Pluyette, conseiller doyen de la première chambre civile, s'est rendu à Beyrouth au colloque dont le thème était « Le Code des obligations et des contrats libanais ».

Palestine

M. Gérard Pluyette, conseiller doyen de la première chambre civile, a rencontré, le 11 décembre, M. Jamil Salem, chercheur et responsable des programmes à la faculté de droit et d'administration publique de l'université de Birzeit. M. Jamil Salem était invité en France par le ministère des Affaires étrangères et européennes au titre des personnalités d'avenir.

Qatar

M. le procureur général du Qatar, D^r Ali Bin Fetais Al-Marri, a été reçu le 16 décembre par M. Jean-Louis Nadal, procureur général.

VII – Organisations ou associations internationales, juridictions internationales

ACOURIS

– Liban

M. Yves Charpenel a participé à deux séminaires, à Beyrouth, de formation des magistrats libanais, intitulés « Renforcement des capacités du ministère de la justice soutien à la professionnalisation » : le premier, du 4 au 8 août, le second du 19 au 25 octobre. M. Gilles Straehli, conseiller à la chambre criminelle, a participé également au second séminaire. L'objectif de ce projet est la rédaction d'un guide pratique destiné aux participants, aux formations et aux futurs formateurs, sur les thèmes du droit pénal et de la procédure pénale. Au titre de ce même projet, M. Tony Moussa, conseiller à la deuxième chambre civile, a, du 17 au 22 novembre, animé une session de formation continue des magistrats libanais en matière de procédure civile et de droit civil.

Le 9 octobre, une délégation libanaise conduite par M. Antoine Khair, alors premier président de la Cour de cassation du Liban, a rencontré M. le premier président Vincent Lamanda, ainsi que M. le procureur général Jean-Louis Nadal. La délégation était notamment composée de M. Ghaleb Ghanem, alors président du Conseil d'État.

– Roumanie

Le 17 juin, M. Jean Louis Gillet, président de la deuxième chambre civile a accueilli avec M. André Gariazzo, premier avocat général, dix magistrats Roumains et s'est entretenu avec eux sur le thème : « Renforcement institutionnel de l'Institut national de la magistrature en Roumanie ».

Le 2 juillet, M^{me} Ana Dascalu, magistrat de la chambre criminelle de la haute Cour de cassation et de justice de Roumanie, a été reçue par M. Louis Di Guardia, premier avocat général à la chambre criminelle, dans le cadre d'un projet d'aide à la haute Cour de cassation et de justice.

– Slovaquie

M^{me} Magali Ingall-Montagnier, conseiller référendaire à la première chambre civile, a reçu, le 11 mars, une délégation de magistrats slovaques. Les magistrats ont ensuite rencontré M. le premier président Vincent Lamanda. M. André Gariazzo, premier avocat général à la troisième chambre civile, s'est entretenu avec eux du fonctionnement du parquet général.

Cour européenne des droits de l'homme

Le 25 janvier, M. le premier président Vincent Lamanda et M. le procureur général Jean-Louis Nadal ont assisté à l'audience solennelle de rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg.

Le 8 décembre, M. Alain Lacabarats, conseiller à la deuxième chambre civile, directeur du service de documentation et d'études, a participé, au siège de la Cour, à la séance inaugurale du séminaire consacré au soixantième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Cour de justice de la communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC)

M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a reçu le 28 novembre, M. Mongo Antchoin, premier président de la Cour de justice de la communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC).

Fondation pour le droit continental

M. le premier président Vincent Lamanda a participé à la Convention internationale des juristes de l'Union pour la Méditerranée qui s'est tenue à Nice les 28 et 29 juin. Il s'est notamment entretenu du Réseau des cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne et de l'Association des hautes juridictions ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF).

Forum Justice

Le Forum sur la justice créé par une communication de la Commission intitulée « Création d'un Forum pour l'examen des politiques et des pratiques de l'Union européenne dans le domaine de la justice » (COM (38) du 4 février), dans le but d'encourager les praticiens concernés par l'application et l'exécution des politiques en matière de justice à entretenir un dialogue permanent avec la Commission, a tenu sa première réunion fondatrice le 30 mai à laquelle a participé M. Peimane Ghaleh-Marzban secrétaire général de M. le procureur général Jean-Louis Nadal, et ce, au titre du projet de réseau des procureurs généraux initié par ce dernier.

À ce même titre, M. Louis Di Guardia a participé, le 10 juillet, à une conférence sur le thème de « L'analyse de l'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne ».

Le 11 novembre, M. Peimane Ghaleh-Marzban s'est rendu à Bruxelles pour une seconde conférence sur le thème « La formation judiciaire et le besoin des professionnels de la justice d'appliquer le droit communautaire ».

Institut européen de l'expertise et des experts (IEEE)

Les 4 et 5 avril s'est déroulé, dans les locaux de la Cour de cassation, puis dans ceux de la cour d'appel de Versailles, le colloque fondateur de l'Institut européen de l'expertise et des experts. Cet organisme, qui rassemble des experts, des représentants de juridictions judiciaires, des universités, des institutions représentatives d'avocats et d'avoués, des associations d'experts, a pour objet de contribuer aux réflexions et à la recherche sur tous les aspects de l'expertise de justice, en France et en Europe, à contribuer à l'harmonisation des pratiques et à constituer un fond documentaire européen sur l'expertise.

Ce colloque, placé sous le haut patronage du premier président de la Cour de cassation et du procureur général près ladite cour, a rassemblé des personnalités judiciaires, (magistrats, avocats, experts), universitaires et politiques de France, de Grande-Bretagne, d'Italie et d'Espagne. Il a permis de comparer les différentes procédures de recours à l'expertise et les statuts des experts en Europe et d'étudier leurs perspectives d'évolution. Il a été clôturé par le Docteur Heinz Georg Bamberger, ministre de la Justice du *Land* de Rhénanie-Palatinat.

Organisation internationale de la francophonie (OIF)

Le 15 février, M. le premier président Vincent Lamanda a reçu une délégation de ministres francophones.

VIII – Conférences organisées sur le droit européen et international et sur le droit comparé

Association Louis-Chatin

Le 14 janvier, s'est tenu en grand chambre un colloque coorganisé par la Cour de cassation et l'Association Louis-Chatin pour la défense des droits de l'enfant, avec le concours du ministère des Affaires étrangères, du ministère de la Justice et de l'Ordre des avocats du barreau de Paris, sur le thème « L'enfant en droit musulman (Afrique et Moyen-Orient) ».

Académie de droit européen (ERA)

Les 14 et 15 février, s'est tenu en grande chambre, une conférence sur le droit de l'environnement, organisée par l'ERA avec le concours de la Commission européenne, de l'École nationale de la magistrature et de la Cour de cassation.

B – RÉSEAUX

I – Réseau des présidents des cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne (www.reseau.presidents.eu)

Réunions du conseil d'administration

M. le premier président Vincent Lamanda a assisté à l'assemblée générale qui s'est tenue le 30 juin à Ljubljana, où M. Torben Melchior, président de la Cour suprême du Danemark, a été élu président du Réseau. À l'issue de cette élection, le troisième colloque du Réseau a eu lieu sur le thème « La motivation des décisions des cours suprêmes ». Au cours de la première session, les discussions ont porté sur « l'assistance à la décision des juges » et sur « le jugement ou l'arrêt pris sous la forme d'une décision unique ou de l'addition de plusieurs décisions individuelles ». À l'occasion de la seconde session, dans l'après-midi, ont été traités les sujets concernant la valeur de précédent obligatoire des décisions de la cour suprême et la publication et la diffusion des jugements ou arrêts.

Les rapports et un compte rendu des débats sont disponibles sur le site du Réseau (www.rpcsjeu.org).

Le 4 novembre, les membres du nouveau conseil d'administration du Réseau élu à Ljubljana ont été accueillis à la Cour de cassation par M. Vincent Lamanda. Étaient présents le Prof. Dr. Klaus Tolksdorf, président de la Cour suprême d'Allemagne, le Rt Hon The Lord Phillips of Worth Matravers, président de la Cour suprême d'Angleterre, Hon. Prof. Dr. Irmgard Griss, président de la Cour suprême d'Autriche, M. Torben Melchior, président de la Cour suprême du Danemark, M^{me} Pauline Koskelo, président de la Cour suprême de Finlande, M. John L. Murray, président de la Cour suprême d'Irlande, M. Vincenzo Carbone, président de la Cour suprême d'Italie.

Échanges de magistrats entre cours suprêmes de l'Union européenne

– Allemagne

Du 6 au 17 octobre, le D^r Wolfgang Kirchhoff, juge à la Cour fédérale de justice allemande, a effectué un stage à la Cour de cassation.

– Espagne

M. Martin Valverde, juge au tribunal suprême d'Espagne, était en stage à la Cour du 16 au 27 juin.

– Estonie

Du 6 au 17 octobre, M. Pritt Pikamae, juge à la chambre criminelle de la Cour suprême d'Estonie, a effectué un stage à la Cour de cassation.

– Roumanie

M^{me} Maura Olaru, juge à la section commerciale de la haute Cour de cassation et de justice de Roumanie, était en stage à la Cour du 10 au 21 mars, M^{me} Rodica Aida Popa, juge à la haute Cour de cassation et de justice de Roumanie, du 13 au 23 mai, M^{me} Ana Dascalu, juge à la chambre criminelle de la haute Cour de cassation et de justice de Roumanie et M^{me} Edita Lovin, juge à la chambre commerciale de la haute Cour de cassation et de justice de Roumanie, du 23 juin au 4 juillet.

Conférence des présidents des cours suprêmes judiciaires et des procureurs généraux des États membres de l'Union européenne

Du 16 au 17 octobre a eu lieu à Vienne la conférence des présidents des cours suprêmes judiciaires et des procureurs généraux des États membres de l'Union européenne à laquelle ont participé M. le premier président Vincent Lamanda et M. le procureur général Jean-Louis Nadal. Le thème de la conférence s'intitulait « Procédures alternatives de règlement de conflits » et comportait trois volets : l'arbitrage, la médiation et les peines alternatives. Le premier président est intervenu sur le premier thème en présentant des observations sur les rapports respectifs entre juge et arbitre dans la conception française.

Lors de la réception d'accueil, le procureur général a présenté le projet de constitution d'un réseau des procureurs généraux et institutions équivalentes près des cours suprêmes judiciaires des États membres de l'Union européenne.

II – Réseau des procureurs généraux ou institutions équivalentes près les cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne

M. Jean-Louis Nadal a proposé à ses partenaires européens la constitution d'un réseau des procureurs généraux ou institutions équivalentes près les cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, fondée sur la nécessité d'initier une réflexion propre aux ministères publics des cours suprêmes de l'Union européenne.

Un groupe de travail regroupant les procureurs généraux de plusieurs États membres de l'Union européenne (Autriche, Allemagne, Belgique, Bulgarie, Chypre, Écosse, Espagne, Luxembourg, Portugal, Italie, Pays-Bas, Pologne, Roumanie et République tchèque) s'est réuni le 3 octobre à la Cour de cassation. Cette réunion a permis d'élaborer un projet de convention et de préparer la conférence constitutive de ce réseau qui se tiendra le 6 février 2009, en présence de M^{me} le garde des Sceaux, et qui aura pour thème : « Parquets généraux des cours suprêmes des États membres de l'Union européenne et renforcement de l'espace judiciaire européen ».

De manière générale, la réalisation des objectifs de ce réseau s'effectuera, d'une part, par l'organisation de conférences bi-annuelles, préparées scientifiquement pendant l'année précédant la conférence, d'autre part, par l'échange d'informations.

III – Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l’usage du français (AHJUCAF) et relations avec les cours suprêmes membres de l’AHJUCAF (www.ahjucaf.org)

Réunion du bureau de l’AHJUCAF

Le bureau de l’AHJUCAF s’est réuni à la Cour de cassation le 13 février, sous la présidence de M. Antoine Khair, premier président de la Cour de cassation du Liban. Ont été examinés les développements de la base de données de jurisprudence francophone JURICAF (<http://www.juricaf.org>), ainsi que la préparation du comité des juges pour l’environnement. Il a été également admis comme membre observateur le tribunal supérieur de justice d’Andorre. À l’issue de la réunion, les membres du bureau ont assisté à la conférence de clôture de la quatrième conférence des ministres de la Justice francophones.

Comité sur l’environnement de l’AHJUCAF – Porto-Novo (Bénin) – 26 et 27 juin

Organisée par l’AHJUCAF et la Cour suprême du Bénin, avec le soutien de l’Organisation internationale de la francophonie, la réunion constitutive du comité des juges des cours suprêmes francophones pour l’environnement s’est tenue les 26 et 27 juin dans les locaux de l’École régionale supérieure de la magistrature de l’OHADA à Porto-Novo (Bénin). M. Paul Chaumont, conseiller référendaire à la chambre criminelle, a participé à cette manifestation, placée sous la direction scientifique de M. Michel Prieur, professeur à l’université de Limoges, qui a réuni quarante-huit magistrats issus de vingt pays francophones.

IV – Forum des juges de l’Union européenne pour l’environnement (<http://www.eufje.org/FR>)

Dans le cadre de la présidence française de l’Union européenne, a eu lieu, les 7 et 8 octobre, en grande chambre de la Cour de cassation, la conférence annuelle du Forum qui portait sur le thème « Pollution des sols » et qui fut ouverte par M. le premier président Vincent Lamanda et le président du Forum, M. Luc Lavrysen, juge à la Cour constitutionnelle de Belgique.

V – Association européenne des juges du travail

Le 12 septembre, M. Michel Blatman, conseiller à la chambre sociale, a participé à la seizième réunion des juges européens du travail au niveau des cours supérieurs (ELCJM) à Helsinki.



11

Manifestations organisées à la Cour de cassation

Manifestations organisées à la Cour de cassation en 2008

I – COLLOQUES ET CONFÉRENCES ORGANISÉS À LA COUR DE CASSATION

Le 4 février 2008, M. Jean Paillusseau, professeur émérite de l'université de Rennes I, a donné une conférence sur le thème « L'influence de la mondialisation sur le droit des affaires », organisée, à l'invitation de la Cour de cassation, par l'Association droit et commerce.

Le 29 mai 2008, s'est tenu un colloque sur le thème : « La santé devant la Cour de cassation : regards croisés sur quelques perspectives après le rapport 2007 » co-organisé par l'université Paris-Descartes.

Le 16 octobre 2008, s'est tenu un colloque sur le thème : « Lutter contre la traite des enfants : que faire dans l'Union européenne », co-organisé par le Secours catholique et la Commission européenne. Cette manifestation a été suivie d'une exposition.

Le 27 novembre 2008, s'est tenu un colloque sur le thème : « La communauté de biens entre époux : bilan critique » co-organisé par l'institut de recherche en droit des affaires de l'université Paris XIII.

Le 22 décembre 2008, dans le cadre des cérémonies du cinquantenaire de l'École nationale de la magistrature, M. Jean-Louis Debré, président du Conseil constitutionnel, a donné une conférence sur le thème « Michel Debré, une certaine idée de la justice ».

II – CYCLES DE CONFÉRENCES DE LA COUR DE CASSATION

En 2008, ont été données à la Cour de cassation des conférences incluses dans des cycles, organisés ou co-organisés par la première présidence de la Cour de cassation dans le cadre de la formation continue déconcentrée de l'École nationale de la magistrature.

Cycle de conférences « Grands procès criminels de l'histoire de la justice »

Co-organisé par la Cour de cassation et l'Association française pour l'histoire de la justice (AFHJ), ce cycle de conférences a pour ambition de faire connaître les affaires judiciaires qui ont eu un retentissement dans l'opinion publique et ont été à l'origine d'un mouvement de réforme de la justice. Il s'agit d'explorer ce lien méconnu entre l'éclosion d'une affaire,

les mutations morales de la société et les évolutions juridiques, procédurales, institutionnelles de la justice.

En 2008, les conférences suivantes se sont tenues dans la grande chambre de Cour de cassation :

- le 7 février 2008, M^{me} Arlette Lebigre, professeur émérite des universités, a donné une conférence sur le thème : « Madame Lafarge : innocente ou coupable ? » ;
- le 13 mars 2008, M. Jean-Marie Augustin, professeur à l'université de Poitiers, a donné une conférence sur le thème : « L'affaire de la séquestrée de Poitiers » ;
- le 22 mai 2008, M^{me} Anne-Emmanuelle Demartini, historienne, université Paris Diderot-Paris VII, a donné une conférence sur le thème : « Violette Nozière, parricide dans la France des années trente » ;
- le 12 juin 2008, M^{me} Catherine Fillon, maître de conférences à l'université Lyon III, a donné une conférence sur le thème : « La Justice au miroir de l'affaire Stavisky (débat et projets de réformes) » ;
- le 30 octobre 2008, M. Christian Raoult, avocat honoraire au barreau de Versailles, ancien bâtonnier, a donné une conférence sur le thème : « L'affaire Weidmann : les coulisses du procès » ;
- le 11 décembre 2008, M. Henri Ader, ancien bâtonnier du barreau de Paris, M. Francis Teitgen, avocat au barreau de Paris, M. Jean-Amédée Lathoud, procureur général près la cour d'appel de Versailles, et M. Denis Salas, secrétaire général de AFHJ, sont intervenus dans une table ronde sur le thème « Les procès de l'épuration ».

En 2009, les conférences suivantes se tiendront à la Cour de cassation :

- le 22 janvier 2009, M^{me} Claude Gauvard, membre de l'Institut universitaire de France, professeur à l'université Paris I, vice-présidente de l'AFHJ, donnera une conférence sur le thème : « Affaires médiévales et développement de la procédure inquisitoire » ;
- le 12 février 2009, M. Frédéric Chauvaud, professeur à l'université de Poitiers, donnera une conférence sur le thème : « Les sœurs Papin » ;
- le 2 avril 2009, M. Denis Salas, magistrat, secrétaire général de l'AFHJ, donnera une conférence sur le thème : « Les affaires criminelles dans la littérature » ;
- le 14 mai 2009, M. Jacques Dallest, procureur de la République près le tribunal de grande instance de Marseille, donnera une conférence sur le thème : « L'affaire Vacher, éventreur de bergers au XIX^e siècle dans la région de Bourg en Bresse » ;
- le 18 juin 2009, M. Jean-Pierre Royer, professeur émérite de Lille II, M^{me} Sylvie Humbert, maître de conférences à la faculté libre de droit de Lille, donnera une conférence sur le thème : « Les procès de la laïcité ».

Cycle de conférences « risques, assurances, responsabilités »

Co-organisé, pour la quatrième fois, par la Cour de cassation, l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ), le centre des hautes études d'assurances (CHEA), l'École nationale supérieure de sécurité sociale (EN3S), et l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ce cycle de conférences présente la particularité de faire précéder chaque

conférence d'une réflexion menée pendant plusieurs mois dans le cadre de groupes de travail pluriprofessionnels travaillant de manière pluridisciplinaire.

Dans le cadre de la session 2008-2009, cinq groupes de travail ont traité de sujets particuliers déclinant le thème général « Bonne foi, transparence, information ». Cette réflexion s'est conclue par des contributions écrites, dont certaines sont disponibles sur le site internet de la Cour de cassation, et la présentation de propositions discutées à l'occasion de cinq conférences de restitution publique dont quatre se sont tenues en 2008 à la Cour de cassation :

- le 19 juin 2008, les membres du groupe de travail animé par M. François Ewald, professeur au Conservatoire nationale des arts et métiers (CNAM) ont restitué leurs travaux sur le thème « Bonne foi et assurance : la bonne foi dans la déclaration du risque » ;
- le 25 septembre 2008, les membres du groupe de travail animé par M. Laurent Leveneur, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II), ont restitué leurs travaux sur le thème « La bonne foi dans l'exécution du contrat d'assurance » ;
- le 20 octobre 2008, les membres du groupe de travail animé par M. Antoine Garapon, secrétaire général de l'Institut des hautes études pour la justice, M^{me} Horatia Muir Watt, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I), M. Patrick Matet, conseiller à la cour d'appel de Paris, et M. Uzan-Sarano, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ont restitué leurs travaux sur le thème « La crédibilité » ;
- le 18 décembre 2008, les membres du groupe de travail animé par M. Bernard Beignier, professeur à l'université Toulouse I, doyen de la faculté de droit, ont restitué leurs travaux sur le thème « Le secret ».

Le 26 mars 2009, le groupe de travail animé par M. Nicolas Molfessis, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II) et M. Maurice Nussenbaum, professeur à l'université Paris IX-Dauphine, restitueront leurs travaux sur le thème « La transparence en droit économique ».

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 en matière civile 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.

- le 2 octobre 2008, M. Hervé Croze, professeur à l'université Lyon III, a donné une conférence sur le thème « Le progrès technique de la procédure civile » ;
- le 23 octobre 2008 s'est tenu à la Cour de cassation un colloque sur le thème « Cassations évocations devant le Conseil du roi au XVIII^e siècle », co-organisé par l'université Paris IV et la Cour de cassation.

Le cycle de conférence se poursuivra en 2009.

Le 2 février 2009, M. Christian Charruault, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation, et M. Xavier Bachellier, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, donneront une conférence sur le thème « Le pouvoir souverain du juge du fond ».

Cycle de conférences « droit, économie et justice »

Co-organisé 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.

Dans le cadre de la session 2008-2009, consacrée au thème général « Droit et économie du travail et de la protection sociale », dix conférences sont prévues. Les manifestations suivantes se sont tenues en 2008 à la Cour de cassation :

– le 26 mai 2008, M. Francis Kramarz, directeur du Centre de recherche en économie et statistique (CREST), chargé de cours à l'École polytechnique, et M. Jean-Claude Javillier, professeur émérite de l'université Panthéon-Assas (Paris II), ont donné la conférence inaugurale sur le thème « Mondialisation, mutations des relations de travail : défis et opportunités pour le droit social » ;

– le 16 juin 2008, M. Étienne Wasmer, professeur d'économie à Sciences-Po, et M^{me} Cléopatra Doumbia-Henry, directrice du département des normes, Bureau international du travail (Genève), ont donné une conférence sur le thème « L'impact économique et l'effectivité des normes internationales du travail » ;

– le 22 septembre 2008, M. Olivier Favereau, professeur d'économie à l'université Paris X-Nanterre et M. Jean-Emmanuel Ray, professeur de droit à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I), ont donné une conférence sur le thème « Travail et emploi : quels liens entre droit et économie ? » ;

– le 13 octobre 2008, M. Peter Auer, Département de l'emploi, Bureau international du travail (Genève), et M. Antoine Lyon-Caen, professeur de droit à l'université Paris X-Nanterre, ont donné une conférence sur le thème « Comment concilier flexibilité et sécurité ? » ;

– le 17 novembre 2008, M. Frédéric Jenny, conseiller en service extraordinaire à la chambre commerciale de la Cour de cassation, et M. Bernard Edelman, maître de conférences à l'École normale supérieure, avocat au barreau de Paris, ont donné une conférence sur le thème « Le droit du travail à l'épreuve de droit de la concurrence » ;

– le 15 décembre 2008, M. Maurice Thevenet, professeur de gestion au CNAM, et M^{me} Françoise Favennec-Hery, professeur de droit à l'université Panthéon-Assas (Paris II), ont donné une conférence sur le thème « L'appropriation des concepts managériaux par le droit du travail ».

Elles seront suivies en 2009 des conférences suivantes :

– le 19 janvier 2009, M^{me} Christine Neau-Leduc, professeur de droit à l'université Montpellier I, Bernard Saincy, responsable du collectif « Développement durable de la CGT », M. Jacques Khelif, directeur du développement durable, Rhodia, et M. Manfred Warda, secrétaire général de l'*International Federation of Chemical, Energy, Mine and General Workers' Unions*, interviendront dans une table ronde sur le thème « L'entreprise et sa responsabilité sociétale » ;

– le 9 février 2009, M^{me} Mireille Elbaum, professeur au CNAM, directrice de la chaire de « Politiques et économie de la protection sociale », membre du Conseil de l'emploi, des revenus et de la cohésion sociale (CERC), et M. Jean-Pierre Chauchard, professeur de droit à

l'université de Nantes, donneront une conférence sur le thème « Travail, protection sociale et pauvreté : quels droits ? » ;

– le 9 mars 2009, M. Antoine Jeammaud, professeur de droit, Institut d'études du travail de Lyon, et M^{me} Françoise Piotet, professeur de droit à l'université de Nantes, donneront une conférence sur le thème « Droit social et relations professionnelles : acteurs et normes » ;

– le 6 avril 2009, M. Paul Chaumont, conseiller référendaire à la Cour de cassation, ancien juge départiteur, M. Hervé Gosselin, conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation, M. Gilles Soetemondt, président du Conseil de prud'hommes de Paris, et M. Jean-Marc Soulat, président du Conseil de prud'hommes de Versailles, interviendront dans une table ronde sur le thème « L'analyse économique de la justice du travail ».

L'ensemble des conférences fera l'objet d'une publication dans la collection « Droit et économie » chez LGDJ.

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 2008, a été donnée le 17 avril 2008, à la Cour de cassation, par M^{me} Anne Rousselet-Pimont, professeur à l'université Lille II, une conférence sur le thème : « Les harangues de Michel de l'Hospital ».

III – SÉMINAIRES DE FORMATION

Ces actions de formation, également organisées dans le cadre de la formation continue déconcentrée de l'École nationale de la magistrature, ont été initiées par le parquet général de la Cour de cassation en direction de deux publics, les magistrats des cours d'appel et les magistrats de la Cour de cassation, dans une démarche d'ouverture sur l'extérieur.

Séminaires de formation sur « la responsabilité des professionnels du droit »

Le 30 mai 2008, s'est tenu, en lien avec le Conseil supérieur du notariat, un séminaire sur « La responsabilité des notaires », réunissant soixante magistrats et notaires, en vue de réfléchir aux évolutions du droit de la responsabilité appliqué aux notaires.

Le 12 décembre 2008, s'est tenu un séminaire sur « La responsabilité de l'administrateur judiciaire et du mandataire judiciaire » réunissant quatorze magistrats de la Cour de

cassation, afin d'examiner la jurisprudence de la chambre commerciale sur la responsabilité des administrateurs et des mandataires judiciaires.

Autres séminaires de formation

Le 2 juin 2008, s'est tenu, pour la seconde année consécutive, un séminaire sur « La réparation des détentions provisoires, contentieux émergent et observatoire de la pratique judiciaire ». Il a réuni quarante et un magistrats du siège et du parquet des cours d'appel pour une présentation de la jurisprudence de la commission nationale de réparation des détentions (principes directeurs, évolutions du contentieux, rôle du ministère public, l'intervention de l'agent judiciaire du Trésor).

Le 6 octobre 2008 s'est tenu, pour la seconde année consécutive, un séminaire sur la « Formation au pourvoi en cassation » à l'attention de trente magistrats des parquets généraux des cours d'appel en vue de leur présenter la technique et l'opportunité du pourvoi, et la procédure devant la Cour de cassation, tant devant les chambres civiles que devant la chambre criminelle.

Le 28 novembre 2008 s'est tenu un séminaire réunissant trente-huit magistrats et avocats sur « La preuve en matière pénale » en vue d'examiner en quoi l'évolution technologique et les moyens nouveaux mis en œuvre par les groupes criminels ont profondément transformé l'administration de la preuve pénale, s'agissant notamment de la conciliation des principes de loyauté et de liberté.

IV – AUDIENCE SOLENNELLE DE RENTRÉE

En 2009, l'audience solennelle de rentrée s'est tenue le mercredi 7 janvier, en présence de M. Nicolas Sarkozy, président de la République, de M^{me} Rachida Dati, garde des Sceaux, ministre de la Justice, et de nombreuses personnalités du monde politique et judiciaire.

Les discours de M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, de M. Jean-Louis Nadal, procureur général près ladite Cour, et de M. Nicolas Sarkozy, président de la République, peuvent être consultés dans la deuxième partie de ce rapport (V^o « Discours »).



12

Attributions des chambres civiles (*)

(*) Article R. 431-2, alinéa 1, du Code de l'organisation judiciaire : « *Le premier président fixe les attributions de chacune des chambres civiles par ordonnance après avis du procureur général.* »

PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE

Agents immobiliers.

Arbitrage international et interne.

Assistance éducative.

Associations.

Contrats commerciaux lorsqu'une partie non commerçante a choisi la voie civile.

Contrats de mariage, régimes matrimoniaux, pactes civils de solidarité.

Coopératives agricoles et contrats d'intégration en agriculture.

Discipline des experts judiciaires (articles 24 et suivants du décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004).

Discipline et responsabilité des avocats et officiers publics et ministériels et des conseils juridiques, sauf lorsque la responsabilité de ces derniers est mise en cause à l'occasion d'une activité de 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.

Nationalité.

Obligations et contrats civils, à l'exception des baux portant sur des immeubles et des ventes immobilières, ainsi que de la responsabilité des architectes, entrepreneurs et promoteurs.

Ordres professionnels et professions organisées en ce qui concerne leur organisation, leur fonctionnement et leur gestion, à l'exception des honoraires d'avocats.

Presse (diffamation, injure, respect de la vie privée et du droit à l'image, respect de la présomption d'innocence) (articles 9 et 9-1 du Code civil).

Prises à partie.

Prolongation du maintien des étrangers en rétention administrative ou en zone d'attente (articles L. 551-1-1 et suivants et articles L. 221-1 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile).

Propriété et droits réels mobiliers.

Propriété littéraire et artistique.

Rentes viagères entre particuliers.

Réquisions.

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.

Copropriété.

Lotissement.

Remembrement.

Urbanisme.

Contrats d'entreprise et de travaux.

Responsabilité des architectes, entrepreneurs et promoteurs.

Hypothèques et privilèges immobiliers.

Publicité foncière.

Construction.

Société civile immobilière.

Promotion immobilière.

Environnement et pollutions.

CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE

Assurance crédit.

Banques et effets de commerce.

Bourse.

Cautionnement dans la vie des affaires.

Concurrence : concurrence déloyale et pourvois formés contre les arrêts de la cour d'appel de Paris en application de l'article L. 464-8 du Code de commerce.

Droit fiscal : enregistrement, impôt de solidarité sur la fortune, douane.

Droit maritime et assurance maritime.

Entreprises de presse.

Sauvegarde des entreprises et procédures collectives.

Fonds de commerce.

Obligations, contrats commerciaux et contrats de distribution.

Professions commerciales.

Propriété industrielle (brevets d'invention, marques, dessins et modèles, contrefaçons).

Sociétés civiles à l'exclusion des sociétés civiles immobilières, des sociétés civiles professionnelles et des coopératives agricoles.

Sociétés commerciales et autres personnes morales de droit commercial.

Transport de marchandises par voies routière, ferroviaire, fluviale ou aérienne.

CHAMBRE SOCIALE

Droit communautaire du travail.

Droit de l'emploi et de la formation.

Droits et obligations des parties au contrat de travail.

Élections en matière sociale et professionnelle, internes à l'entreprise.

Entreprises à statut.

Interférence du droit commercial et du droit du travail.

Licenciement disciplinaire.

Relations collectives du travail.

Représentation du personnel ; protection des représentants du personnel.

Situation économique et droit de l'emploi (notamment licenciement économique).

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 – PROPOSITIONS DE RÉFORME EN MATIÈRE CIVILE	9
A – Suivi des suggestions de réforme dans le domaine civil	9
B – Suggestions nouvelles	13
II – PROPOSITIONS DE RÉFORME EN MATIÈRE PÉNALE	17
A – Suivi des suggestions de réforme dans le domaine pénal	17
B – Suggestions nouvelles	19
DEUXIÈME PARTIE	
DISCOURS	25
DISCOURS PRONONCÉ lors de l’audience solennelle de début d’année judiciaire, le mercredi 7 janvier 2009 par : Monsieur Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation	27
DISCOURS PRONONCÉ lors de l’audience solennelle de début d’année judiciaire, le mercredi 7 janvier 2009 par : Monsieur Jean-Louis Nadal, procureur général près la Cour de cassation	33
DISCOURS PRONONCÉ lors de l’audience solennelle de début d’année judiciaire, le mercredi 7 janvier 2009 par : Monsieur Nicolas Sarkozy, président de la République	39

TROISIÈME PARTIE

ÉTUDE	47
AVANT-PROPOS, par M. Édouard Verny.....	49
LES DISCRIMINATIONS DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION	61
Propos préliminaires sur l'application par la Cour de cassation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme	65
0.1. LA PROHIBITION DE LA DISCRIMINATION PAR APPLICATION DE L'ARTICLE 14 CEDH	67
0.1.1. L'application par la chambre sociale et par l'assemblée plénière	67
0.1.2. L'application par les autres chambres.....	71
0.2. LES DISTINCTIONS ACCEPTÉES NONOBTANT L'ARTICLE 14 CEDH	72
0.2.1. L'article 14 CEDH écarté pour des raisons procédurales.....	72
0.2.2. L'article 14 CEDH écarté en raison de son champ d'application	73
0.2.3. L'inexistence de la discrimination alléguée.....	75
0.2.4. La proportionnalité ou la similitude de traitement	76
0.2.5. Le critère de légitimité	79
1. Les discriminations prohibées	83
1.1. LES DISCRIMINATIONS EN DROIT SOCIAL.....	83
1.1.1. Les discriminations dans le travail	83
1.1.2. Les discriminations et le droit de la sécurité sociale	117
1.2. LES DISCRIMINATIONS EN DROIT ÉCONOMIQUE.....	128
1.2.1. Les éléments constitutifs de la discrimination	129
1.2.2. Le régime de mise en œuvre de la sanction et de la réparation des pratiques constitutives de discrimination.....	134
1.3. LES PRATIQUES DISCRIMINATOIRES EN MATIÈRE PÉNALE.....	137
1.3.1. Les aspects procéduraux.....	137
1.3.2. Les aspects de droit substantiel.....	139
2. Les distinctions justifiées	155
2.1. LES DISTINCTIONS FAMILIALES	155
2.1.1. Les distinctions en droit extrapatrimonial de la famille	155
2.1.2. Les distinctions en droit successoral	164
2.2. LES DISTINCTIONS ENTRE PROPRIÉTAIRES.....	171
2.2.1. Les limitations à l'exercice du droit de propriété.....	173
2.2.2. La privation du droit de propriété	181
2.3. LE CONTRÔLE VARIABLE DES DISTINCTIONS JUSTIFIÉES.....	188
2.3.1. Le traitement de l'étranger en situation irrégulière	188
2.3.2. Le devoir de mise en garde.....	191

QUATRIÈME PARTIE

JURISPRUDENCE DE LA COUR 197

ARRÊTS RENDUS EN ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET EN CHAMBRE MIXTE

Présentation d'ensemble 199

A – Assemblée plénière 199

B – Chambre mixte 201

I – DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE 202

A – État civil 202

B – Successions et libéralités 204

C – Étrangers 205

II. DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE 207

DROIT DU TRAVAIL 207

A – Contrat de travail, organisation et exécution du travail 211

B – Durée du travail et rémunérations 219

C – Santé et sécurité au travail 228

D – Égalité de traitement, discrimination, harcèlement 233

E – Accords collectifs et conflits de travail 235

F – Représentation du personnel et élections professionnelles 241

G – Rupture du contrat de travail 250

H – Actions en justice 258

DROIT DE LA SÉCURITÉ SOCIALE 260

A – Prestations 260

B – Procédure 262

III – DROIT IMMOBILIER, ENVIRONNEMENT ET URBANISME 266

A – Baux 266

B – Construction 274

C – Copropriété 276

D – Expropriation pour cause d'utilité publique 278

E – Vente 279

F – Protection de la nature et de l'environnement 283

IV – ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES, COMMERCIALES ET FINANCIÈRES 287

A – Entreprises en difficulté 287

B – Droit des sociétés 289

C – Droit bancaire 290

D – Impôts et taxes 295

E – Protection des consommateurs 300

F – Droit de la concurrence 303

G – Transports 307

H – Droit maritime 310

I – Divers 310

V – RESPONSABILITÉ CIVILE ET ASSURANCES.....	313
A – Droit de la responsabilité	313
B – Assurances	323
VI – PROCÉDURE CIVILE ET ORGANISATION DES PROFESSIONS	328
A – Arbitrage	328
B – Procédure civile	332
C – Procédures civiles d’exécution	334
D – Élections.....	336
VII. DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE	338
A – Procédure pénale	338
B – Droit pénal général	352
C – Droit pénal spécial	353
D – Intérêts civils	363
E – Sécurité sociale	364
CINQUIÈME PARTIE	
ACTIVITÉ DE LA COUR.....	367
1. Statistiques année 2008.....	369
2. Évolution du stock et de la durée des affaires civiles et pénales	375
3. Appréciation par chambre de l’activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle.....	381
4. Avis de la Cour	403
5. Service de documentation et d’études de la Cour de cassation	411
6. Bureau d’aide juridictionnelle	419
7. Commission nationale de réparation des détentions	423
8. Commission de révision des condamnations pénales	435
9. Commission de réexamen d’une décision consécutif à un arrêt CEDH	441
10. Relations internationales	447
11. Manifestations organisées à la Cour de cassation	465
12. Attributions des chambres civiles	473